





# LECCIONES DE DERECHO DISCIPLINARIO

VOLUMEN I

OBRA  
COLECTIVA



Instituto  
de Estudios  
del Ministerio  
Público



**Instituto de Estudios del Ministerio Público**

Coordinación editorial:  
JOSÉ PATROCINIO CASTAÑEDA

Portada:  
CÉSAR PUERTAS CÉSPEDES

Diagramación e impresión:  
IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA

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

ISBN 978-958-8295-14-5

© Noviembre de 2006

PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN  
**EDGARDO JOSÉ MAYA VILLAZÓN**

VICEPROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN  
**CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU**

DIRECTORA INSTITUTO DE ESTUDIOS  
DEL MINISTERIO PÚBLICO  
**ELSA BARÓN DE RAYO**



# CONTENIDO

	Pág.
<b>PRESENTACIÓN</b> .....	11

## LIBRO PRIMERO **PARTE GENERAL**

<b>LA ILICITUD SUSTANCIAL</b> .....	17
<i>Carlos Arturo Gómez Pavajeau</i>	

<b>EL DEBER COMO REFERENTE PARA DETERMINAR EL AGOTAMIENTO DE LA FALTA DISCIPLINARIA. LÍNEA JURISPRUDENCIAL</b> .....	39
<i>Soraya Clavijo Ramírez</i>	

<b>LA CULPABILIDAD EN EL DERECHO DISCIPLINARIO</b> .....	53
<i>Flor Alba Torres, César Augusto Amaya y Manuel Dagoberto Caro</i>	

## LIBRO SEGUNDO **PARTE ESPECIAL**

<b>PRECISIONES SOBRE EL CONTRATO ESTATAL DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS</b> .....	71
<i>Mario Roberto Molano López</i>	

Planteamiento del problema .....	71
1.    Elementos básicos del contrato estatal de prestación de servicios .....	72
2.    Sobre el alcance del numeral 29 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 ...	83
3.    Sobre la celebración del contrato de prestación de servicios profesionales .	90

<b>REFLEXIONES PARA UN MANEJO ADECUADO DE LAS ACCIONES DISCIPLINARIAS EN MATERIA PRESUPUESTAL</b> .....	97
<i>Andrés Varela Algarra</i>	

	<b>Pág.</b>
1. Aplicación del Estatuto Orgánico de Presupuesto y otras normas en el ámbito territorial. ....	97
2. Acerca de las faltas gravísimas del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 .....	99
2.1. Numeral 20. “Autorizar u ordenar la utilización indebida, o utilizar indebidamente rentas que tienen destinación específica en la Constitución o en la ley.” .....	99
2.2. Formación del déficit fiscal y sus consecuencias .....	105
2.3. La falta descrita en el numeral 21 .....	108
2.4. Otras consideraciones a tener en cuenta. ....	109
Reflexiones finales .....	110
<b>RÉGIMEN DISCIPLINARIO PARA LAS FUERZAS MILITARES</b> .....	<b>113</b>
<i>Gloria Inés Segovia Quintero</i>	
Introducción .....	113
1. Concepto .....	114
2. Antecedentes jurisprudenciales de la aplicación del régimen especial para las fuerzas militares .....	114
3. Normatividad sustancial aplicable .....	118
4. Normatividad procesal aplicable .....	119
5. Competencia disciplinaria de la Procuraduría respecto de las Fuerzas Militares .....	120
5.1. Dependencias que cumplen funciones disciplinarias .....	120
5.2. Funciones asignadas .....	121
5.3. Factores que determinan la competencia .....	126
5.3.1 Sujeto disciplinable .....	126
5.3.2 Naturaleza del hecho .....	130
5.3.3 Factor territorial .....	131
5.3.4 Factor funcional .....	132
5.3.5 Competencia por conexidad .....	135
6. Sugerencias para el proceso de adecuación típica en el pliego de cargos contra servidores de las fuerzas militares: .....	136
<b>ANÁLISIS DE LA NORMATIVIDAD DISCIPLINARIA</b> .....	<b>139</b>
<i>Patricia Murcia Páez</i>	
1. Normas sustantivas y procesales .....	148
2. Competencia disciplinaria para conocer de las faltas perpetradas por funcionarios de la Justicia Penal Militar .....	149
3. Al interior de la institución, la competencia disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación para procesar a funcionarios de la Justicia Penal Militar se distribuye en los ámbitos nacional, regional, distrital y provincial, de acuerdo con las siguientes normas .....	150

	Pág.
<b>RÉGIMEN DISCIPLINARIO DE LA POLICÍA NACIONAL .....</b>	<b>153</b>
<i>Fernando Brito Ruiz</i>	
Consideraciones generales .....	153
1.    Control disciplinario interno de la Policía Nacional .....	154
2.    Control externo. Procuraduría General de la Nación .....	155
a) Competencia de las Procuradurías Distritales y Provinciales .....	157
b) Competencia de las Procuradurías Regionales .....	158
c) Competencia de la Procuraduría Delegada para la Policía Nacional ..	159
3.    Poder preferente .....	160
4.    Régimen especial aplicable a la Policía Nacional .....	162
a) El cumplimiento de las órdenes impartidas .....	164
b) El uso de la fuerza y de la coerción por la Policía Nacional .....	165
c) Violaciones a los Derechos Humanos .....	166
d) Infracciones al Derecho Internacional Humanitario .....	169
5.    Conductas violatorias de los Derechos Humanos e infracciones al DIH.	171
6.    Vigencia de las disposiciones .....	172
Bibliografía consultada .....	174

### LIBRO TERCERO

## PROCESAL DISCIPLINARIO

<b>APUNTES SOBRE LA FORMULACIÓN DE CARGOS POR FALTAS DISCIPLINARIAS REFERIDAS A LA CONTRATACIÓN ESTATAL ....</b>	<b>179</b>
<i>María Cecilia M'Causland</i>	
1.    La regulación legal de la formulación de los cargos .....	180
2.    La estructura de la decisión de cargos. Sugerencias .....	182
2.1. Presentación de antecedentes .....	182
2.2. Identificación del investigado. ....	183
2.3. Descripción de la conducta imputada. ....	184
2.4. Identificación de las normas violadas .....	186
2.5. El concepto de la violación .....	188
2.6. Determinación del grado de culpabilidad .....	188
2.7. Calificación de la falta .....	189
2.8. Análisis de los argumentos del investigado .....	191
2.9. Otras decisiones .....	191
3.    Algunos aspectos que deben considerarse para formular cargos en materia de contratación estatal .....	193

	<b>Pág.</b>
<b>NOTIFICACIONES Y RECURSOS DISCIPLINARIOS</b> .....	199
<i>Benjamín Perdomo Sarmiento</i>	
Introducción .....	199
1.    Notificaciones .....	200
1.1.    Clases de notificaciones .....	200
1.1.1.    Notificación personal .....	200
1.1.2.    Notificación por medios electrónicos .....	204
1.1.3.    Notificación por edicto .....	204
1.1.4.    Notificación por estado .....	206
1.1.5.    Notificación por estrado .....	208
1.1.6.    Notificación por conducta excluyente .....	208
1.1.7.    Notificación por comisionado .....	209
1.2.    Providencias que se notifican .....	210
1.3.    Providencias que se comunican .....	211
1.4.    Providencias que no se notifican ni comunican .....	213
1.5.    Auto de cargos .....	213
2.    Recursos .....	216
2.1.    Recurso de reposición .....	217
2.2.    Recurso de apelación .....	217
2.3.    Recurso de queja .....	219
3.    Diferencia entre informante y quejoso .....	219
Bibliografía .....	222
<b>LAS NULIDADES EN MATERIA DISCIPLINARIA</b> .....	223
<i>Esiquio Manuel Sánchez Herrera</i>	
1.    El concepto de proceso disciplinario .....	223
2.    Las nulidades. Concepto .....	227
3.    Criterios limitadores de las nulidades .....	229
4.    Las nulidades del régimen disciplinario .....	230
5.    Los principios que rigen las nulidades procesales .....	230
5.1.    Principio de instrumentalidad de las formas .....	232
5.2.    Principio de trascendencia .....	233
5.3.    Principio de protección .....	236
5.4.    Principio de convalidación .....	237
5.5.    Principio de naturaleza residual de la nulidad .....	238
5.6.    Principio de la necesidad y procedencia de la prueba .....	239
5.7.    Principio de la taxatividad o de especificidad .....	241
5.8.    Principio de acreditación .....	241
6.    Nulidad e inexistencia .....	242
7.    Las causales de nulidad .....	242

## PRESENTACIÓN

**D**esde mi primera posesión como Procurador General de la Nación propuse crear al interior de la institución algo que, durante los años en que ejercí como Magistrado del Consejo Superior de la Judicatura ya venía desarrollando, concerniente a la necesidad de elaborar un texto en materia disciplinaria en el que se compilaran diversos temas y tendencias en la proyección de seguir construyendo una dogmática en el plano sustancial y procesal de este derecho sancionador, obra que debería resaltar la autonomía y sistematización de esta disciplina.

La obra que ahora presentamos materializa esa pretensión. Las “lecciones de Derecho Disciplinario” recogen las posturas de varios servidores de la Procuraduría General de la Nación, fruto de sus experiencias académicas, profesionales y funcionales, con el ánimo de contribuir a esclarecer la problemática que se suscita a diario en la tarea de operar en la materia. La importancia de la obra radica en el lenguaje sencillo, la forma sistemática en que se abordan los temas, la actualidad de los estudios y la visión constitucional con la que los autores diseñan sus propuestas. El texto está integrado por artículos debidamente seleccionados, atendiendo principalmente la complejidad y relevancia de los temas.

El texto está referido a temas de la parte general, especial y procesal disciplinaria. **La parte general**, está integrada por tres artículos. En el primero de ellos, titulado “La Ilícitud Sustancial”, de la autoría del señor Viceprocurador General de la Nación, doctor CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU, el autor traza las líneas fundamentales de esta categoría dogmática propia del Derecho Disciplinario, destacando su específica connotación en aras de establecer precisas reglas para diferenciarla de los contenidos en los que se fundamenta la estructura de la responsabilidad penal. Afirmo el doctor GÓMEZ PAVAJEAU, que la expresión “quebrantamiento sustancial de un deber” no se corresponde con la institución de la antijuricidad material según su significado

en un derecho penal, que construye su idea de injusto a partir de la norma penal entendida como norma objetiva de valoración. Esclarece el autor la temática a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, y reafirma la posición del alto tribunal al considerar que tal categoría está determinada por la infracción sustancial de los deberes funcionales del servidor público.

En el segundo artículo, obra de la doctora SORAYA CLAVIJO RAMÍREZ, referido a “El deber como referente para determinar el agotamiento de la falta disciplinaria”, la autora demarca la línea jurisprudencial acerca del tema de la ilicitud sustancial, destacando que el concepto de “Infracción de deber” ha propiciado derroteros claros en el desarrollo de una dogmática autónoma del Derecho Disciplinario, contribuyendo de esa manera a la distinción y separación del Derecho Penal.

En el tercero, los doctores FLOR ALBA TORRES, CÉSAR AUGUSTO AMAYA y MANUEL DAGOBERTO CARO, abordaron la temática de la “Culpabilidad en el Derecho Disciplinario”, tomando partido por la ubicación del dolo y la culpa en sede del tipo subjetivo de la estructura de la falta; distinguen entre la culpabilidad como principio y como categoría dogmática y concluyen en el análisis de los elementos que integran la categoría y la forma de su prueba en el proceso disciplinario.

**En el ámbito especial** aparecen cinco artículos, así;

- 1) “Precisiones sobre el contrato de prestación de servicios”, autoría del señor Procurador Delegado para la Contratación Estatal, doctor MARIO ROBERTO MOLANO LÓPEZ, en el que se ocupa en detalle de los elementos básicos del contrato de prestación de servicios, tal y como lo regula en términos generales el artículo 32.3 de la Ley 80 de 1993, formula algunas reflexiones sobre el alcance del numeral 29 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, norma que establece que es falta gravísima la conducta constitutiva de irregularidades predicables de algunas modalidades del contrato de prestación de servicios; y también, se pronuncia acerca de los diversos problemas que plantea la etapa de celebración del contrato de prestación de servicios profesionales.
- 2) El Procurador Delegado para la Hacienda Pública, doctor ANDRÉS VARELA ALGARRA, en su ensayo “Reflexiones para un manejo Adecuado de las Acciones Disciplinarias en Materia Presupuestal”, hace una explicación pormenorizada de la legislación presupuestal y del gasto público. El artículo desentraña las complejidades de la materia y de manera práctica, adentrándose en casos particula-

res, se convierte en valiosa herramienta para los operadores disciplinarios, en tan técnica como especializada materia.

- 3) En el artículo “Régimen Disciplinario para los Fuerzas Militares”, su autora, la Procuradora Delegada doctora GLORIA INÉS SEGOVIA QUINTERO, realiza un detallado estudio y análisis de los temas fundamentales de la normatividad disciplinaria especial que rige a los servidores de las Fuerzas Militares, entre estos, sus antecedentes, las disposiciones jurídicas que son aplicables a cada caso y las competencias atribuidas a la Procuraduría General de la Nación para disciplinarlos.
- 4) En su ensayo titulado “Análisis de la Normatividad Disciplinaria que regula las conductas de los miembros de la Justicia Penal Militar”, la Delegada para la Vigilancia Judicial y la Policía Judicial, doctora PATRICIA MURCIA PÁEZ, efectúa un pormenorizado estudio de la normatividad y la jurisprudencia referida a la competencia para disciplinar a los miembros de la Justicia Penal Militar. La autora se introduce en el complejo tema de la definición del régimen de faltas imputables a tales servidores públicos, tomando posición sobre las leyes que resultan aplicables en cada caso en concreto.
- 5) El doctor FERNANDO BRITO RUIZ, Procurador Delegado para la Policía Nacional, en su artículo “El Régimen Disciplinario de la Policía”, plantea las controversias que suscita la entrada en vigencia de la Ley 1015 de 2006, abordando el análisis de los tipos de faltas, las competencias, las modalidades de imputación subjetiva y las sanciones, dedicando especial atención a la temática de la favorabilidad y la pérdida del carácter ilícito de algunas conductas.

En el derecho Procesal Disciplinario la obra recoge tres importantes artículos. En el primero de ellos, la Procuradora para la Contratación Estatal, doctora, MARÍA CECILIA M’CAUSLAND, en su ensayo titulado “Apuntes sobre la formulación de cargos por faltas disciplinarias referidas a la contratación estatal”, hace referencia a la regulación legal del tema, a la estructura misma del auto de cargos, formulando algunas sugerencias para el efecto; toma postura por algunos aspectos, que en su sentir, deben ser especialmente considerados en la elaboración del pliego de cargos cuando se trata de faltas cometidas en el ámbito de la contratación estatal, para evitar graves errores que comúnmente se presentan en la configuración del tal proveído.

En el segundo, denominado “Notificaciones y recursos en materia disciplinaria”, su autor, el doctor BENJAMÍN PERDOMO SARMIENTO, se adentra en cada una de las

modalidades de notificaciones que contempla la Ley 734 de 2002, planteando las formas como deberían llevarse a cabo; en el tema de los recursos especifica su procedencia, el trámite y los plazos para interponerlos y las decisiones contra los cuales pueden ser interpuestos.

En el tercer escrito procesal intitulado “Las nulidades en materia disciplinaria- Los Principios que las rigen”, su autor el profesor ESIQUIO MANUEL SÁNCHEZ HERRERA, Procurador Delegado de la Sala Disciplinaria, luego de explicar la filosofía del proceso disciplinario que perfila el CDU, entroniza en sede de la teoría general de la ineficacia de los actos procesales, el tema de las nulidades, haciendo especial hincapié en los principios en los que se funda su declaratoria, los modelos de aplicación y su distinción con la figura de la inexistencia.

En hora buena, este opúsculo, que si bien no representa el criterio institucional, y sólo compromete la posición de los diferentes autores, será de todas maneras herramienta a considerar por todos los operadores del derecho disciplinario en la importante tarea de impartir la justicia disciplinaria. Por último debo manifestar sinceros reconocimientos a los Coordinadores académicos del texto, doctores Carlos Arturo Gómez Pavajeau y Esiquio Manuel Sánchez Herrera. Bienvenido sea, al mundo jurídico, este Primer Volumen de las “Lecciones de Derecho Disciplinario”.

**EDGARDO JOSÉ MAYA VILLAZÓN**  
**Procurador General de la Nación**

**LIBRO PRIMERO**  
**PARTE GENERAL**



## LA ILICITUD SUSTANCIAL

Por: CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU<sup>1</sup>

La ilicitud sustancial es una categoría dogmática propia del Derecho Disciplinario y con una connotación tan específica que se constituye en la principal diferencia con la estructura de la responsabilidad penal.

Sus notas esenciales fueron pergeñadas paulatinamente por la jurisprudencia de las llamadas Altas Cortes como la Constitucional, Consejo de Estado y Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la judicatura.

Posteriormente tal criterio fue acogido por la Ley 734 de 2002 y resultó convalidado constitucionalmente por la Corte Constitucional con alguna vacilación reciente, pero prontamente corregida.

La práctica jurídica de los entes disciplinarios, Procuraduría General de la Nación y Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, así lo ha confirmado.

La Corte Constitucional muy temprano señaló que,

En lo que concierne al Estado, no podría alcanzar sus fines si careciera de *un sistema jurídico enderezado a regular el comportamiento disciplinario de su personal*, fijando los *deberes y obligaciones* de quienes lo integran, las faltas, las sanciones correspondientes y los procedimientos para aplicarlas<sup>2</sup>.

Así mismo, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha dicho que “con el régimen disciplinario se pretende asegurar la eficiencia en los servicios a cargo del Estado, la moralidad, la responsabilidad y la con-

---

<sup>1</sup> Viceprocurador General de la Nación.

<sup>2</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-417, 4 de octubre de 1993, M.P. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO.

ducta de los servidores públicos, de manera que cumplan sus funciones de la manera prevista en la Constitución, la ley y los reglamentos”<sup>3</sup>, y que “el derecho disciplinario es consustancial con la existencia del Estado de derecho y está previsto como elemento necesario para garantizar el buen suceso del ejercicio de la función pública y para asegurar el beneficio de la comunidad por la acción de un Estado eficiente”<sup>4</sup>.

El Consejo de Estado en su ámbito jurisdiccional ha precisado que “la sanción disciplinaria administrativa tiene por finalidad el logro de la disciplina en el ejercicio de la función pública, y reprimir las transgresiones a los deberes y obligaciones impuestos a los agentes estatales [...] la facultad sancionadora de la administración que tiene por fundamento primo la defensa misma de la administración y de su moralidad, y no sólo la simple corrección del funcionario que no guarda sus deberes y compromisos con aquella”<sup>5</sup>.

Planteadas así las cosas ha de concluirse que el derecho disciplinario en general tiene como fin o función 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.

El derecho disciplinario demuestra no estar dispuesto a que los vinculados por las relaciones especiales de sujeción se aparten del cumplimiento de los deberes, cuando ello ocurre sin explicación válida y razonable conforme a la sistemática de las causales que eximen de responsabilidad; reciben así aquellos un mensaje donde se reafirma la vinculación con los deberes y las consecuencias de apartarse de los derroteros y parámetros propios del encauzamiento de la conducta en aras de la función social que se cumple.

Se habla de ilícito disciplinario y no de injusto disciplinario. Lo de ilícito se aviene más al quebrantamiento del orden jurídico, al desconocimiento de los deberes impuestos por la positividad, con lo que la discusión en tales materias tiene que asentarse en el plano del derecho positivo fundamentalmente<sup>6</sup> y en tal sentido se encuentra estandarizado legalmente.

El Consejo de Estado desde hace mucho tiempo viene insistiendo en que las “sanciones administrativas disciplinarias son una consecuencia necesaria de

<sup>3</sup> Concepto del 20 de agosto de 1996 (rad. 868).

<sup>4</sup> Concepto del 27 de agosto de 1996 (rad. 822).

<sup>5</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 29 de julio de 1987, M.P. GASPARD CABALLERO SIERRA, exp. 1063.

<sup>6</sup> Así EDGARDO JOSÉ MAYA VILLAZÓN. Cambios fundamentales y filosofía de la reforma. Código Disciplinario Unico, Procuraduría General de la Nación, 2002, p. 34.

la organización administrativa [...] La sanción disciplinaria administrativa tiene por finalidad el logro de la disciplina en el ejercicio de la función pública, y reprimir las *transgresiones a los deberes y obligaciones* impuestos a los agentes estatales”<sup>7</sup>. La misma corporación, en su Sala de Consulta y Servicio Civil, ha dicho recientemente que “el derecho disciplinario concierne a la potestad sancionadora que se reconoce a la administración frente a los servidores públicos cuando estos se apartan del cumplimiento de las obligaciones derivadas de la función que desempeñan o el servicio que prestan”<sup>8</sup>.

Sobre este tópico tiene dicho la jurisprudencia disciplinaria:

De una atenta lectura de los artículos 26 y 256 numeral 3 de la Constitución Nacional, en armonía con el artículo 47 del Decreto 196 de 1971, emana en una forma diáfana que el derecho disciplinario aplicable a los abogados en ejercicio no se fundamenta en la protección de bienes jurídicos, como ocurre con el derecho penal según el artículo 4.º del Decreto 100 de 1980, y por lo tanto el injusto disciplinario no tiene como objeto la lesión de un bien jurídico, pues por lo contrario, la materia de la que se ocupa esta Sala tiene como fundamento la “lesión a un deber” y por lo tanto son tipos de “infracción de deberes” que se caracterizan principalmente y de una manera esencial: por ser de sujetos activos cualificados, no admitir la figura de la tentativa, porque no es de su exigencia que el tipo disciplinario comporte un resultado dañoso que no alcanza a producirse y, sobre todo, por ser tipos de mera conducta, en tanto basta un comportamiento externo que revele una infracción a los *deberes profesionales del abogado* consagrados en el título v, artículo 47, del Decreto 196 de 1971, consagratorios de la específica antijuridicidad sustancial que informa a los tipos disciplinarios descritos a continuación y que se agrupan conforme al deber del abogado que se estime infringido con determinadas acciones. Fíjese bien cómo el artículo 256 numeral 3 de la Constitución Nacional habla de que lo constitutivo de la sanción disciplinaria son las “conductas” que constituyen “faltas”, sin que se involucren en tales conceptos aspectos relativos a la afectación de un bien jurídico tutelado, que se produce por su puesta en peligro o lesión.

Es que el derecho punitivo puede fundamentarse en su consagración como “norma objetiva de valoración”, donde lo que importa es la afectación de un bien jurídico tutelado, tal como ocurre con el derecho penal; o por el contrario, tener como fundamento el ser norma de “determinación”, donde lo que importa ante todo es dirigir la conducta del individuo, tal como ocurre con el “Estatuto del Ejercicio de la Abogacía”, en orden a lograr, para el

<sup>7</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 29 de julio de 1987, M.P. GASPAS CABALLERO SIERRA, exp. 1063.

<sup>8</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 21 de junio de 1999, M.P. AUGUSTO TREJOS JARAMILLO, rad. 1196.

caso que nos ocupa, los fines contemplados en los artículos 1º y 2º. Por ello, la normatividad mencionada regula todo lo concerniente a la inscripción (tít. II), ejercicio de la profesión (tít. III) e inspección y vigilancia de la profesión (tít. IV), caracterizando a un sujeto activo del tipo disciplinario perfectamente definido, quien tiene unos especiales *deberes profesionales* (tít. V), que de ser infringidos o lesionados dan lugar a las faltas contempladas en el Régimen Disciplinario (tít. VI, cap. I)<sup>9</sup>.

Con posterioridad se volvió sobre el tema:

Pues bien, tal como en innumerables ocasiones lo ha afirmado la jurisprudencia de esta Sala, el derecho disciplinario aplicable a los abogados en el ejercicio profesional se estructura y fundamenta a partir de la infracción a los deberes, cuyo señalamiento específico lo encontramos a partir de la descripción de las conductas que se efectúan en los artículos 48 a 56 del Decreto 196 de 1971, conocidos como tipos disciplinarios, que desarrollan de manera concreta las infracciones punibles de los deberes profesionales del abogado consagrados en el artículo 47 *ibidem*.

Dichos deberes profesionales se constituyen en la fuente que da vida a la antijuridicidad sustancial en el derecho disciplinario, hasta el punto que, si se constata, los artículos que realizan las respectivas descripciones típicas concuerdan o coinciden con alguno de los deberes profesionales consignados en el catálogo del artículo 47. Ello se hace más evidente cuando se mira el encabezamiento de cada uno de los siguientes artículos que realizan las descripciones típicas: a. Artículo 48: “Constituyen faltas contra la dignidad de la profesión”; que se corresponde con la primera parte del numeral 1 del artículo 47: “Conservar la dignidad de la profesión”; b. Artículo 49: “Son faltas contra el decoro profesional”; que se sustenta en el deber profesional consagrado en la segunda parte del numeral 1 del artículo 47: “Conservar el decoro de la profesión”; c. Artículo 50: “Constituyen faltas contra el debido respeto a la administración de justicia”; que desarrolla el deber profesional consagrado en el numeral 3 del artículo 47: “Observar y exigir la mesura, la seriedad y el respeto debido en sus relaciones con los funcionarios, con los colaboradores y auxiliares de la justicia, con la contraparte y sus abogados, y con las demás personas que intervengan en los asuntos de su profesión”; d. Artículo 51: “Son faltas contra la recta administración de justicia”; correspondiente al deber profesional consagrado en la parte primera del numeral 2 del artículo 47: “Colaborar lealmente en la recta administración de justicia”; e. Artículo 52: “Son faltas contra la lealtad debida a la administra-

<sup>9</sup> Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. Sentencia del 16 de diciembre de 1992, M.P. EDGARDO JOSÉ MAYA VILLAZÓN, rad. 664-106-1. En sentencia del 1º de abril de 1993 la misma institución, en el proceso radicado bajo el 047-009 v, ratificó tal posición en materia del derecho disciplinario de los funcionarios judiciales.

ción de justicia”; que se fundamenta en el deber profesional consignado en la segunda parte del numeral 2 del artículo 47: “Colaborar lealmente en la cumplida administración de justicia”; f. Artículo 53: “Constituyen faltas de lealtad con el cliente”; cuyo origen es la primera parte del numeral 4 del artículo 47: “Obrar con absoluta lealtad en sus relaciones con los clientes”; g. Artículo 54: “Constituyen faltas a la honradez del abogado”; fundada en el deber profesional consagrado en la segunda parte del numeral 4 del artículo 47: “Obrar con absoluta honradez en sus relaciones con los clientes”; h. Artículo 55: “Incurrir en falta a la debida diligencia profesional”; correspondiente al deber profesional consignado en el numeral 6 del artículo 47: “Atender con celosa diligencia sus encargos profesionales”; i. Artículo 56: “Constituyen faltas a la lealtad profesional”; originado por virtud del deber profesional consagrado en el numeral 7 del artículo 47: “Proceder lealmente con sus colegas”; j) Finalmente, cabe agregar que el deber profesional consagrado en el numeral 5 del artículo 47, referido a “guardar el secreto profesional”, no se encuentra sistematizado como los anteriores, esto es, desarrollado en una serie de descripciones que guarden como nota común la señalización de conductas mediante las cuales se vulneran dichos deberes, sino que se encuentra como una subespecie del deber profesional de lealtad con el cliente, cuando en el numeral 5 del artículo 53 describe el comportamiento punible de “comunicar o utilizar indebidamente los secretos que le haya confiado el cliente, aun en virtud de requerimiento de autoridad, a menos que haya recibido autorización de aquél, o que tenga necesidad de hacer revelaciones para evitar la comisión de un delito”.

Con lo anterior queda demostrado cómo los deberes profesionales del abogado, consignados en el artículo 47 del Decreto 196 de 1971, estructuran y fundamentan los respectivos tipos disciplinarios; pero además, sirven como parámetros de interpretación en la labor de alinear las conductas punibles y desechar lo impune en la labor de adecuación típica que debe realizar el juez disciplinario<sup>10</sup>.

El ilícito disciplinario comporta un quebrantamiento del deber. Empero, no es el mero quebrantamiento formal el que origina el ilícito disciplinario, sino que se requiere un quebrantamiento sustancial. Esto quedó definitivamente reconocido con la exigencia de la ilicitud sustancial como expresión de la afectación sustancial a los deberes funcionales (arts. 5° y 51 NCDU).

Como es obvio, la operatividad de la expresión “ilicitud sustancial”, proviene con mayor fuerza del *nomen iuris* de la figura regulada en el principio rector consagrado en el artículo 5° del NCDU.

<sup>10</sup> Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. Auto del 8 de septiembre de 1994, M.P. EDGARDO JOSÉ MAYA VILLAZÓN, rad. 1022A-155.

Significa lo anterior que para entender sustancialmente quebrantado el deber se requiere que la conducta enjuiciada haya desconocido no sólo el ropaje jurídico del deber, sino también la razón de ser que el mismo tiene en un Estado social y democrático de derecho.

En efecto, al constituirse nuestro Estado en una República (art. 1° C. N.) se ha querido significar con ello que toda institución que emane de la misma debe responder a criterios de racionalidad y razonabilidad. Ya de por sí ello caracteriza la imposibilidad de existencia de deberes por los deberes mismos, sino que el *in se* de ellos debe encontrarse en los fines que el Estado persiga con su institucionalización.

Por tanto todo deber, cuyo quebrantamiento comporte el ilícito disciplinario, impone la constatación que con la conducta indebida se han cuestionado las funciones del Estado social y democrático de derecho. Esto es, la persona no ha obrado conforme a la función social que le compete como servidor público (arts. 37 Ley 200 de 1995 y 22 NCDU).

Se resalta que los deberes en general impuestos a los servidores públicos y a los particulares que ejercen funciones públicas vienen informados sustancialmente por los principios de moralidad pública, transparencia, objetividad, legalidad, honradez, lealtad, igualdad, imparcialidad, celeridad, publicidad, economía, neutralidad, eficacia y eficiencia (art. 22 NCDU).

Cuando se constate que formalmente se quebrantó un deber pero que en lo sustancial no se ha cuestionado la funcionalidad del mismo, la conducta resulta apenas aparentemente ilícita. Esto es, podemos encontrarnos frente a la inexistencia de “antijuridicidad sustancial aunque sí formal, y, siendo la primera el *in se* de la infracción disciplinaria, el hecho punible queda desestructurado”<sup>11</sup>.

Debe precisarse que la expresión *quebrantamiento sustancial* de un deber no se corresponde con la institución de la antijuridicidad material según su significado en un derecho penal que construya su idea del injusto a partir de la norma penal entendida como norma objetiva de valoración.

Fue cometido del NCDU diferenciar entre injusto penal e ilícito disciplinario:

La expresión “lesividad” –que aparecía en el artículo 5° del Proyecto– es propia del derecho penal, mecanismo de control social que tiene como fundamento la protección de bienes jurídicos cuyo contenido viene dado por

<sup>11</sup> Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. Sentencia del 28 de julio de 1994, M.P. EDGARDO JOSÉ MAYA VILLAZÓN, rad. 974 A 150.

los derechos fundamentales. Trasplantar del derecho penal al derecho disciplinario tal expresión comporta introducir factores perturbadores que incidirán en la correcta interpretación de la ley, habida cuenta que si bien en derecho disciplinario deben regir las categorías de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, las mismas deben estar dotadas de su contenido propio y autónomo.

Ciertamente que el derecho disciplinario protege en términos generales el correcto desempeño de la función pública, lo cual hace a través de una consideración global de la materia; empero, las especificaciones de tal protección vienen dadas por la imposición de deberes funcionales acordes con la función que cumple el servidor público en un Estado social y democrático de derecho (arts. 2º, 6º y 122 inc. 2º C. N.).

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

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

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

En efecto, la exposición de motivos presentada por la Procuraduría General de la Nación deslinda derecho penal y derecho disciplinario, señalando a este como un “sistema autónomo e independiente, con objetivos y características propios”<sup>12</sup>, precisando la necesidad de diferenciar la antijuridicidad penal de la disciplinaria, pues en aquél se habla del “principio de lesividad o de antijuridicidad material”<sup>13</sup>.

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

El derecho disciplinario no puede ser entendido como protector de bienes jurídicos en el sentido liberal de la expresión, toda vez que se instauraría

<sup>12</sup> Proyecto Código Disciplinario Unico. Procuraduría General de la Nación, 1999, p. 22.

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 24.

una errática política criminal, habida cuenta que no existiendo diferencias sustanciales entre derecho penal y derecho disciplinario por virtud de ello llegaría el día en que el legislador, sin más ni más, podría convertir sin ningún problema todos los ilícitos disciplinarios en injustos penales.

Si como lo afirmó la exposición de motivos “el quebrantamiento de la norma sólo merece reproche disciplinario cuando la misma está concebida para preservar la función pública, y la infracción, en el caso concreto, la vulnera o la pone en peligro”<sup>14</sup>, tal cometido, sin que se presente a interpretaciones diferentes, se logra con la modificación propuesta<sup>15</sup>.

Así también lo ha entendido la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura que ha dicho recientemente en sentencia de septiembre 12 de 2002, radicación No. 19992882-01, M. P. TEMÍSTOCLES ORTEGA NARVÁEZ:

...el principio de antijuricidad unitaria que postula –el apelante- amparado en una cita doctrinal que tampoco guarda ningún asidero para el caso en estudio, ya que la Juez y el defensor bien saben las diferencias diametrales que existen entre el derecho penal y el derecho disciplinario, con mayor razón en punto de antijuricidad; basta decir, que el fundamento del derecho penal actual desde la óptica asumida por el ordenamiento patrio, involucra dentro de los elementos del disvalor la protección de bienes jurídicos, mientras que el derecho disciplinario se basa en la infracción de deberes deducida de las RELACIONES ESPECIALES DE SUJECIÓN, claro está, deberes que no deben ser observados ni exigidos de manera ciega, ya que determinadas situaciones pueden llegar a justificar la conducta.

Posteriormente con ponencia del mismo Magistrado, por sentencia de septiembre 16 de 2003, radicación No. 19971473-01, señaló:

El problema es cuando se busca interpretar y dinamizar el derecho disciplinario acudiendo a la tradición jurídica Colombiana en materia penal, donde el concepto de injusto se entiende prevalentemente como norma objetiva de valoración, según la cual, en consideración a la función principal del derecho penal de protección de bienes jurídicos, importa definir la lesión o puesta en peligro de esos bienes que al Estado interesa proteger.

(...) el injusto disciplinario se identifica de mejor forma con la norma subjetiva de determinación, ya que justamente el derecho disciplinario apunta hacia el establecimiento de directrices o modelos de conducta por vías de la consagración de deberes, cuyo desconocimiento comporta la comisión de falta disciplinaria (...).

<sup>14</sup> Ibíd., p. 24.

<sup>15</sup> Gaceta del Congreso, N° 263 del 4 de junio de 2001, p. 4.

(...) el injusto disciplinario necesita de un referente material en orden a su configuración, de lo que se sigue que su naturaleza de cara a la teoría del injusto, es prevalentemente subjetiva.

Este referente material, necesariamente debe ir ligado al concepto de infracción de deber, lo que implica que el examen de la conducta del agente no va encaminado hacia determinar el grado de lesividad o afectación de los bienes jurídicos que puedan verse involucrados en la gestión profesional, sino a las posibilidades material que tenía o tiene el sujeto de cumplir con el deber funcional.

Así ... el cumplimiento del deber ... pervive ... a través de la valoración particular de la conducta del sujeto agente (injusto personal), puede determinarse su grado de compromiso ético (...)

En el caso de los regímenes disciplinarios, no aparece consagrado el principio de la antijuridicidad material, ya que punge abiertamente con su naturaleza, habida consideración a que su fin no es la protección de bienes jurídicos, por lo que no importa establecer la lesión o puesta en peligro efectiva a los mismos, sino el grado de afectación a los deberes funcionales, es por eso que la Ley 734 de 2002 trae consigo el concepto de “ilicitud sustancial” para referirse a la antijuridicidad, que es de carácter sustancial y se conecta a la afectación de deberes y no de bienes jurídicos.

El Despacho del Procurador General de la Nación, por auto de única instancia de septiembre 14 de 2004, radicación No 001-107563<sup>16</sup>, afirmó:

La ley 734 de 2002, afianzó la naturaleza autónoma del derecho disciplinario, en una de sus disposiciones, tal vez la de más trascendencia para esa caracterización, el artículo 5, señala: “Ilicitud sustancial. La falta (sic- debió decir la conducta) será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna”.

Esa norma entroniza para el derecho disciplinario un principio básico que se materializa en una categoría, la de la ilicitud sustancial, que es precisamente la que permite distinguir al derecho disciplinario del derecho penal, pues en el segundo el injusto viene conformado tanto por el desvalor de acto como por el desvalor de resultado y la antijuridicidad asume las modalidades de formal y material. En cambio, en derecho disciplinario el término preciso para caracterizar lo que sería el injusto penal lo es el ilícito disciplinario que se contrae a aquella conducta de un servidor público referida al incumplimiento de

<sup>16</sup> La misma oficina, por resolución PV-009-04 de octubre 21 de 2005, señaló que “la falta disciplinaria se presenta cuando el servidor público, en ejercicio o por razón del cargo, realiza un comportamiento contrario a derecho-desvalor de acción, injustificadamente, pues con su conducta violentó normas subjetivas de determinación (de deber-Constitución-ley, de mandato, de prohibición), elementos que conducen a la configuración de la infracción disciplinaria, esto es, a la suma de dos elementos relevantes para este régimen como son el acto ilícito sustancial más la culpabilidad –exigibilidad o motivación– en una de sus modalidades, dolosa o culposa”.

deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, sin estar amparado por alguna de las causales de exclusión de responsabilidad disciplinaria.

Lo ilícito disciplinario está referido a una conducta positiva o negativa que afecta de manera sustancial los deberes funcionales. El tinte, lo relevante, en el derecho disciplinario está en el desvalor de la conducta, en la infracción del deber, empero no en la infracción del deber por el deber mismo, esto es, no en lo ilícito formal, sino en el quebrantamiento sustancial del deber que se trasluce en oposición al cumplimiento de los fines del Estado.

El principio básico traducido en categoría, al que se viene aludiendo, comporta en el Estado Social y Democrático de Derecho, para asegurar los fines de la función pública y de esa manera realizar la misión de esa forma de Estado, que la conducta sometida al juicio valorativo de este derecho sancionatorio implique no sólo la vulneración formal de la norma que contiene el deber, sino y sobre todo, la razón de ser de ese deber. La conducta que es objeto del reproche disciplinario es aquella que atenta contra la funcionalidad deontológica del deber. Ello es así por cuanto el fundamento constitucional del derecho disciplinario está en las relaciones de sujeción especial, es decir el servidor público tiene unos especiales deberes para con el Estado que devienen del ejercicio de la función pública, ellas implican que lo relevante sea la conducta valorada en interferencia con la función oficial.

De lo dicho podemos extraer como conclusión previa, que lo que reprocha el derecho disciplinario no es el incumplimiento formal de los deberes, ese derecho sancionatorio no impone el deber por el deber, sino que sanciona aquellas conductas que examinadas en el contexto de su realización, impliquen la afectación sustancial de los deberes.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha dado cuenta del concepto de ilicitud sustancial como infracción al deber funcional.

Inicialmente postuló que el derecho disciplinario protege de manera preferencial la “moralidad de la administración” y por ello se centra “en verificar el cumplimiento de los deberes propios del cargo por los respectivos funcionarios”<sup>17</sup>. Precisó que “la razón de ser de la falta disciplinaria es la infracción de unos deberes” y que “mediante la ley disciplinaria se pretende la buena marcha de la administración pública asegurando que los servidores del Estado cumplan fielmente con sus *deberes oficiales* para lo cual se tipifican las conductas constitutivas de faltas disciplinaria”<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-088 del 13 de febrero de 2002, M.P. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT.

<sup>18</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-155 del 5 de marzo de 2002, M.P. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.

Paladinamente la Corte Constitucional ha dicho que “la infracción disciplinaria siempre supone la existencia de un deber cuyo olvido, incumplimiento o desconocimiento genera la respuesta represiva del Estado”<sup>19</sup>.

Posteriormente ha dado cuenta que en “materia disciplinaria, la ley debe orientarse a asegurar el *cumplimiento de los deberes funcionales* que le asisten al servidor público o al particular que cumple funciones públicas, pues las faltas le interesan al derecho disciplinario en cuanto interfieran tales funciones. De allí que el derecho disciplinario valore la inobservancia de normas positivas en cuanto ella implique el *quebrantamiento del deber funcional*, esto es, el desconocimiento de la función social que le incumbe al servidor público o al particular que cumple funciones públicas”. De allí deriva la imposibilidad de tipificar ilícitos disciplinarios “haciendo abstracción de los deberes funcionales que les incumben”, exigiendo como “contenido sustancial de todo ilícito disciplinario” la “infracción del deber funcional”, lo que se constituye en “fundamento de la imputación del ilícito disciplinario”<sup>20</sup>.

Tal línea jurisprudencial fue ratificada más adelante, afirmándose que el régimen disciplinario “implica la imputación de faltas y la imposición de sanciones a quienes infringen sustancialmente sus deberes funcionales y afectan la función administrativa”, empero, como vemos, parece que allí además se exigiera la afectación de la función administrativa. No obstante, creemos que ello no es así, pues a continuación en cuatro nuevas oportunidades se refiere al fenómeno de la ilicitud disciplinaria como la infracción al deber sustancial, precisando que la culpabilidad disciplinaria “involucra un juicio de reproche por la infracción de sus deberes funcionales”, esto es, “cuestionar la responsabilidad disciplinaria de un agente estatal por infringir sus deberes funcionales”<sup>21</sup>.

La Corte Constitucional declaró ajustada a la Carta Política el contenido del artículo 5° del NCDU, referida a la ilicitud sustancial, partiendo de la autonomía e independencia del derecho disciplinario:

Dicha especificidad en lo que tiene que ver con el derecho disciplinario ha sido objeto de consideración por esta corporación en numerosas ocasiones, en las que se ha referido particularmente a tres aspectos que, por lo demás, revisten especial importancia para el examen de los cargos planteados por el actor, ellos son (i) la imposibilidad de transportar integralmente los principios

<sup>19</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-181 del 12 de marzo de 2002, M.P. MARCO GERARDO MONROY CABRA.

<sup>20</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-373 del 15 de mayo de 2002, M.P. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.

<sup>21</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-391 del 22 de mayo de 2002, M.P. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.

del derecho penal al derecho disciplinario, (ii) el incumplimiento de los deberes funcionales como fundamento de la responsabilidad disciplinaria y (iii) la vigencia en el derecho disciplinario del sistema de sanción de las faltas disciplinarias denominado de los números abiertos, o *numerus apertus*, por oposición al sistema de números cerrados o *clausus* del derecho penal...

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

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

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

De las consideraciones anteriores se desprende entonces que las normas disciplinarias tienen un complemento normativo compuesto por disposiciones que contienen prohibiciones, mandatos y deberes, al cual debe remitirse el operador disciplinario para imponer las sanciones correspondientes, circunstancia que sin vulnerar los derechos de los procesados permite una mayor adaptación del derecho disciplinario a sus objetivos. Así mismo cabe concluir que la infracción disciplinaria siempre supone la existencia de un deber cuyo olvido, incumplimiento o desconocimiento genera la respuesta represiva del Estado y que dado que el propósito último del régimen disciplinario es la protección de la correcta marcha de la Administración Pública, es necesario garantizar de manera efectiva la observancia juiciosa de los deberes de servicio asignados a los funcionarios del Estado mediante la

sanción de cualquier omisión o extralimitación en su cumplimiento, por lo que la negligencia, la imprudencia, la falta de cuidado y la impericia pueden ser sancionados en este campo en cuanto impliquen la vulneración de los deberes funcionales de quienes cumplen funciones públicas...

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

Para la Corte, como se desprende de las consideraciones preliminares que se hicieron en relación con la especificidad del derecho disciplinario, resulta claro que dicho derecho está integrado por todas aquellas normas mediante las cuales se exige a los servidores públicos un determinado comportamiento en el ejercicio de sus funciones. En este sentido y dado que, como lo señala acertadamente la vista fiscal, las normas disciplinarias tienen como finalidad encauzar la conducta de quienes cumplen funciones públicas mediante la imposición de deberes con el objeto de lograr el cumplimiento de los cometidos fines y funciones estatales, el objeto de protección del derecho disciplinario es sin lugar a dudas el deber funcional de quien tiene a su cargo una función pública.

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

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

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

...la responsabilidad disciplinaria, tanto de servidores públicos como de los particulares que desempeñen funciones públicas, tiene como fundamento constitucional la obligación de cumplir con los deberes funcionales que el cargo o la función pública ejercida imponen<sup>22</sup>.

---

<sup>22</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-948 del 6 de noviembre de 2002, M.P. ÁLVARO TAFUR GALVIS.

Posteriormente la rectora de la jurisprudencia constitucional insiste en que “la ilicitud sustancial de una falta disciplinaria está determinada por la afectación del deber funcional del servidor público”<sup>23</sup>, no obstante seguidamente le otorga al concepto rango constitucional al afirmar la autonomía del derecho disciplinario y establecer que la ilicitud sustancial como infracción al deber funcional tiene claro y preciso fundamento en la Carta Política:

...el legislador sólo puede tipificar como conductas relevantes en el ámbito disciplinario aquellos comportamientos que afecten los deberes funcionales de quienes cumplen funciones públicas. También aquí es claro que la instancia parlamentaria está habilitada para delinear el régimen disciplinario; no obstante, su potestad está limitada por ese fundamento constitucional del ilícito disciplinario.

Es decir, el Estado está compelido a ejercer su poder de manera armónica con la cláusula general de libertad o, lo que es lo mismo, sin desconocer el efecto vinculante de la Carta Política como conjunto armónico de principios para la regulación de la vida social.

... En punto del derecho disciplinario, se impone resaltar por qué el fundamento de la imputación y, en consecuencia, del ejercicio de la potestad sancionadora del Estado, está determinado por la infracción de los deberes funcionales del servidor público.

Una indagación por los fundamentos de la imputación disciplinaria remite a los fines esenciales del Estado pues una democracia constitucional como la colombiana, no obstante las imperfecciones que puedan advertírsele y las múltiples limitaciones con que se cuenta para darle cabal desarrollo, está concebida, entre otras cosas, para servir a la comunidad, promover la prosperidad general; garantizar a todas las personas la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y para asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Nótese cómo la realización integral de la persona humana mediante la garantía de efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en el texto superior, hace parte fundamental del compendio de fines de la actuación estatal, situación esta compatible con la concepción del respeto por la dignidad humana como uno de los fundamentos del Estado social de derecho constituido.

En ese marco, las autoridades de la República, a través de las cuales actúa el Estado como personificación jurídica de la nación, están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes y demás derechos y libertades y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. Esta orientación

<sup>23</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-094 del 11 de febrero de 2003.

finalística de las autoridades de la República determina el fundamento de su responsabilidad y de allí que, de acuerdo con el artículo 6.º superior, ellas respondan por infringir la Constitución y la ley y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. Esto es entendible: La atribución de función pública genera un vínculo de sujeción entre el servidor público y el Estado y ese vínculo determina no sólo el ámbito de maniobra de las autoridades con miras a la realización de los fines estatales, sino que también precisa el correlativo espacio de su responsabilidad, independientemente de la especificidad que en cada caso pueda asumir la potestad sancionadora del Estado.

Es por ello que el constituyente advirtió que cada servidor público debía tener claridad acerca de los criterios superiores con los que se vinculaba a la administración y de allí por qué exigió, en el artículo 122, que sólo entre a ejercer su cargo después de prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben. Además, una vez satisfecha esa exigencia, debe tener siempre presente que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y que debe desarrollarse, según el artículo 209, con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

Entonces, nótese cuál es el fundamento de la imputación disciplinaria: La necesidad de realizar los fines estatales le impone un sentido al ejercicio de la función pública por las autoridades. Éstas deben cumplir la Constitución y la ley, ponerse al servicio de los intereses generales, desarrollar los principios de la función administrativa y desempeñar para ello los deberes que les incumben. Una actitud contraria de las autoridades lesiona tales deberes funcionales. Como estos deberes surgen del vínculo que conecta al servidor con el Estado y como su respeto constituye un medio para el ejercicio de los fines estatales orientados a la realización integral de la persona humana, es entendible que su infracción constituya el fundamento de la imputación inherente al derecho disciplinario. De allí que la antijuridicidad de la falta disciplinaria remita a la infracción sustancial del deber funcional a cargo del servidor público o del particular que cumple funciones públicas.

Así, el derecho disciplinario es uno de los ámbitos del derecho sancionador del Estado cuyo ejercicio no compromete la libertad personal de los sujetos disciplinados; que tiene un espacio de aplicación restringido en cuanto tan sólo recae sobre quienes se hallan bajo el efecto vinculante de deberes especiales de sujeción; que formula una imputación que se basa en la infracción de deberes funcionales y en el que se aplican los principios que regulan el derecho sancionador como los de legalidad, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, responsabilidad, proporcionalidad y *non bis in idem*, entre otros, pero, desde luego, con las matizaciones impuestas por su específica naturaleza...

Como se advirtió, el fundamento de la imputación disciplinaria está determinado por la infracción de los deberes funcionales del servidor público o

del particular que desempeña funciones públicas, pues sólo tal concepción del ilícito disciplinario resulta consecuente con los límites que el constituyente configuró para la cláusula general de libertad consagrada en el artículo 16 de la Carta y con las particularidades que la facultad sancionadora del Estado asume en el derecho disciplinario. Tal concepción torna comprensibles los motivos por los cuales son disciplinariamente irrelevantes aquellos comportamientos que no trascienden a la órbita funcional del servidor o particular que cumple funciones públicas.

Ese fundamento constitucional de la imputación disciplinaria ha sido tomado por el legislador como uno de los cimientos sobre los cuales se concibió el régimen disciplinario consagrado por la Ley 734 de 2002. En efecto, este estatuto, en el artículo 5º, declarado exequible por esta corporación mediante sentencia C-948 de 2002, apoya la antijuridicidad del ilícito disciplinario en la afección, sin justificación alguna, del deber funcional, exigencia que se reafirma al definir la falta disciplinaria en el artículo 23 como el incumplimiento injustificado de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses y que se potencia con la exigencia que las acciones u omisiones constitutivas de faltas disciplinarias, para ser tales, deben presentarse en el cumplimiento de los deberes propios del cargo o función o con ocasión de ellos o por extralimitación de funciones<sup>24</sup>.

A partir de tales antecedentes, en la valoración de otras instituciones disciplinarias, la jurisprudencia ha venido diciendo que el concepto de ilicitud sustancial comporta el “que se deben respetar los *fundamentos constitucionales* de la imputación disciplinaria”, que descansan en “el quebrantamiento del deber especial de sujeción que vincula al sujeto disciplinable con el Estado”, en fin, pues, las faltas disciplinarias “remiten a infracciones de deberes funcionales y no a lesiones de derechos”; por tanto, “mientras la imputación penal parte de la vulneración de bienes jurídicos relacionados con derechos de terceros, la imputación disciplinaria desvalora la vulneración de los deberes funcionales a cargo del servidor público”<sup>25</sup>.

Significa, por tanto, que a través de la aceptación de que el fundamento constitucional de la imputación disciplinaria descansa en el concepto de ilicitud sustancial, se ha producido la *constitucionalización* del Derecho Disciplinario.

En la misma sentencia C-014 de 2004, de manera expresa, concreta y absolutamente clara se dijo que “*la imputación disciplinaria no precisa de la*

<sup>24</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-252 del 25 de marzo de 2003, M. P. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.

<sup>25</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-014 del 20 de enero de 2004 (Fundamentos jurídicos 2º, 5º, 7º y 8º).

*vulneración de un bien jurídico, entendida tal vulneración como causación de un daño concreto o como la producción de un resultado materialmente antijurídico*”, esto es, no tiene cabida en derecho disciplinario la idea de antijuridicidad material.

Posteriormente, por sentencia C-431 de 2004, M.P. MARCO GERARDO MONROY CABRA, se dijo en el ámbito del Derecho Disciplinario de las Fuerzas Militares que el mismo hace parte del “concepto de Derecho disciplinario general, que concierne a la facultad constitucional que tiene la administración Pública de imponer a sus propios funcionarios sanciones previamente definidas mediante ley, quienes, en tal calidad, le están sometidos a una sujeción especial”. Así “el fundamento de la imputación y, en consecuencia, del ejercicio de la potestad sancionadora del Estado, está determinado por la infracción de los deberes funcionales del servidor público”.

La consolidación de todos estos criterios fue expuesta en la sentencia T-1093 de noviembre 4 de 2004, M.P. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, donde se dijo:

*...los servidores públicos, en el ejercicio de los cargos para los cuales hayan sido nombrados, deben propender por el logro del objetivo principal para el cual fueron nombrados, a saber, servir al Estado y a la comunidad con estricta sujeción a lo dispuesto en la Constitución, la ley y el reglamento – “por lo tanto, pueden verse sometidos a una responsabilidad pública de índole disciplinaria, cuando en su desempeño vulneran el ordenamiento superior y legal vigente, así como por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones (C.P., arts. 60 y 123)<sup>26-27</sup>”. Así, la finalidad del derecho disciplinario es la de salvaguardar la obediencia, la disciplina, la rectitud y la eficiencia de los servidores públicos<sup>28</sup>; por ello, el fundamento de la responsabilidad disciplinaria es la inobservancia de los deberes funcionales del servidor público, tal y como los establecen la Constitución, las leyes y los reglamentos aplicables: “de allí que el derecho disciplinario valore la inobservancia de normas positivas en cuanto ella implique el quebrantamiento del deber funcional, esto es, el desconocimiento de la función social que le incumbe al servidor público o al particular que cumple funciones públicas<sup>29</sup>. En este sentido también ha dicho la Corte que si los presupuestos de una correcta administración pública son la diligencia, el cuidado y la corrección en el desempeño de las funciones asignadas a los servidores del Estado, la consecuencia jurídica de tal principio no podría ser otra que la necesidad de castigo de las conductas que atentan contra*

<sup>26</sup> Sentencia C- 708/99 M.P. ÁLVARO TAFUR GALVIS.

<sup>27</sup> Sentencia C-948 de 2002, M.P. ÁLVARO TAFUR GALVIS.

<sup>28</sup> Sentencia C-341 de 1996.

<sup>29</sup> Ver Sentencia C-373/02 M.P. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.

tales presupuestos, conductas que –por contrapartida lógica– son entre otras, la negligencia, la imprudencia, la falta de cuidado y la impericia. En términos generales, la infracción a un deber de cuidado o diligencia<sup>30-31</sup>”.

En reciente jurisprudencia se ha dicho, rompiendo la ya larga tradición antes reseñada, que el juez disciplinario le corresponde en el momento de evaluar la falta disciplinaria determinar si “se ajusta al principio de antijuridicidad material o lesividad reconocido por el legislador”<sup>32</sup>, doctrina que podría echar por la borda la paciente elaboración que sobre la ilicitud disciplinaria ha sido llevada a cabo de manera independiente y autónoma del derecho penal, empero, las siguientes razones contundentemente enseñan que tal afirmación fue un *lapsus calami* de nuestra Corte Constitucional:

- a) Por cuanto, tratándose del juzgamiento constitucional de un tipo disciplinario específico y concreto, es obvio que no puede extender indebidamente su pronunciamiento a un tema que afecta todo el ámbito de la estructura de la responsabilidad en las faltas disciplinarias;
- b) Al no tratarse de una afirmación vinculada con el artículo 5 de la Ley 734 de 2002, como tampoco con el objeto y motivos de la demanda de inconstitucionalidad, dicha afirmación constituye un mera *obiter dicta* y no una manifestación jurídica con carácter vinculante, habida cuenta que no puede ser considerada una *ratio decidendi* de conformidad con las sentencias SU-640 de 1998, SU-047 de 1999 y C-836 de 2001;
- c) Subvierte el texto legal por cuanto la ley no ha contemplado, en materia de Derecho Disciplinario, ningún principio de lesividad o antijuridicidad material y muy lejos está de decir lo que la jurisprudencia afirma.
- d) Cita una exposición de motivos que no se corresponde en lo absoluto con lo finalmente aprobado por el Congreso de la República para el mencionado artículo 5 –lo cual salta a la vista con una simple comparación–, pues si bien lo que allí afirma la Corte Constitucional fue parte de la exposición de motivos del Proyecto de Ley presentado por el doctor JAIME BERNAL CUÉLLAR, para entonces Procurador General de la Nación, no es un reflejo fiel de lo esencialmente afirmado.

En efecto muy claramente se dijo que el llamado “principio de lesividad” que proponía en su artículo 5 resulta “claramente diferenciado del principio de lesividad o antijuridicidad material que se desarrolla en la legislación penal vigente”, coherente con la manifestación que animó el

<sup>30</sup> Ver Sentencia C-181/02 M.P. MARCO GERARDO MONROY CABRA.

<sup>31</sup> Sentencia C-948 de 2002, M.P. ÁLVARO TAFUR GALVIS.

<sup>32</sup> Sentencia C-818 de agosto 9 de 2005, M.P. RODRIGO ESCOBAR GIL.

Proyecto, consistente en que si bien derecho penal y derecho disciplinario son manifestaciones de la potestad punitiva del Estado, el segundo “es un sistema autónomo e independiente, con objetivos y características propios, como la preservación de la organización y buen funcionamiento de las entidades, ramas y órganos del Estado y del correcto comportamiento de los individuos encargados de la prestación de la función pública”, habida cuenta que el derecho disciplinario “se aplica en el marco de relaciones de subordinación entre el funcionario y el Estado, para exigir obediencia y disciplina en el ejercicio de la función administrativa”<sup>33</sup>; todo lo cual fue oficialmente reconocido en la correspondiente publicación oficial del Congreso de la República<sup>34</sup>.

El texto presentado, en consecuencia, era del siguiente tenor: “Artículo 5. *Lesividad*. La falta del servidor público o del particular que ejerza funciones públicas sólo dará lugar a responsabilidad disciplinaria cuando afecte o ponga en peligro la función pública”<sup>35</sup>.

En el curso de los debates en el Senado, concretamente en la Ponencia para Primer Debate, se destacó que el principio de lesividad en materia disciplinaria está “referido a la nocividad de la conducta en relación con la función pública, pero con la necesaria introducción en este campo de los elementos propios de dicha función, cuales son el decoro, su eficiencia y eficacia”, cuestión que llevó a que el texto del artículo se modificara por el siguiente: “Artículo 5. *Lesividad*. La falta del servidor público o del particular que ejerza funciones públicas sólo dará lugar a responsabilidad disciplinaria cuando afecte o ponga en peligro el decoro, eficiencia y eficacia de la función pública”<sup>36</sup>.

Como puede verse, aquí se da cuenta de un recorrido atormentado del propuesto principio de lesividad, el cual, por partir de criterios poco diferenciables de los institutos penales del bien jurídico y antijuridicidad material, muy a pesar de dejarse constancia que no tenían equivalencia, poco a poco se iban mezclando más y más, hasta el punto que posteriormente en la Ponencia para Segundo Debate en el Senado llegaron a tener identidad, muy a pesar de la intención de separar derecho penal de derecho disciplinario: “El principio de lesividad merece comentario separa-

<sup>33</sup> Proyecto Código Disciplinario Único. Bogotá, Procuraduría General de la Nación, 1999, pp. 24 y 44.

<sup>34</sup> Gaceta del Congreso Año IX - No. 291, julio 27 de 2000, p. 22.

<sup>35</sup> Gaceta del Congreso Año IX - No. 291, julio 27 de 2000, p. 1.

<sup>36</sup> Gaceta del Congreso Año IX - No. 315, agosto 10 de 2000, pp. 1 y 9. Tal redacción se mantuvo hasta el final del Debate en el Senado, recibiendo aprobación según puede verse en Gaceta del Congreso Año IX- No. 510, diciembre 21 de 2000, p. 1.

do porque va a implicar que al servidor público no se le sanciona objetivamente por infringir el deber o violar la prohibición sino que en cada caso debe existir un juicio de valor para determinar si los bienes jurídicos disciplinarios del decoro, eficiencia y eficacia de la Administración Pública, se lesionaron o fueron puestos en peligro mediante conductas de acción o de omisión que por no estar justificadas, en términos de la misma ley, deben sancionarse<sup>37</sup>.

Por el contrario, en la exposición de motivos de la Ponencia para Primer Debate en la Cámara Representantes, se anunció una nueva y diferente redacción del artículo 5, cuyo texto y sentido buscó “materializar la diferencia entre ilícito penal y el ilícito disciplinario en aras de darle autonomía e independencia al derecho disciplinario, lo cual es un propósito de la reforma, aspecto este no logrado con la imprecisa redacción que hasta el momento se le había dado a tal fenómeno jurídico”. El texto propuesto señaló: “*Ilicitud sustancial*. La falta del servidor público o del particular que ejerza funciones públicas será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna”<sup>38</sup>.

En el curso del debate se propuso una modificación insustancial, consistente en suprimir del texto anterior la referencia a los sujetos disciplinados: “*Ilicitud sustancial*. La falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna”<sup>39</sup>.

En la Ponencia para Segundo Debate en la Cámara de Representantes se reiteró que la nueva redacción del texto sobre la ilicitud sustancial “busca una mayor precisión”, tal como antes se había afirmado<sup>40</sup>.

Finalmente el instituto de la ilicitud sustancial quedó aprobado tal cual como lo concibió la Cámara de Representantes, sin que, para nada, fuera tocado en el texto de conciliaciones, puesto que el Senado estuvo plenamente de acuerdo con la nueva redacción<sup>41</sup>.

- e) Por cuanto tal afirmación, al cambiar la jurisprudencia, debió explicar razonada y claramente por qué se producía una variación radical de lo que ya se había dicho con fuerza de cosa juzgada en las innumerables decisiones antes mencionadas, lo cual se omitió olímpicamente, por lo que dicha afirmación contradice los requisitos mínimos exigidos para

<sup>37</sup> Gaceta del Congreso Año IX - No. 474, noviembre 27 de 2000, p. 1.

<sup>38</sup> Gaceta del Congreso Año X - No. 263, junio 4 de 2001, p. 3.

<sup>39</sup> Gaceta del Congreso Año X - No. 575, noviembre 13 de 2001, p. 4.

<sup>40</sup> Gaceta del Congreso Año X - No. 626, diciembre 6 de 2001, p. 7.

<sup>41</sup> Gaceta del Congreso Año XI - No. 574, abril 3 de 2002, p. 17.

considerarla válida de conformidad con la misma jurisprudencia de la Corte, encontrándose por tanto viciada de nulidad y obviamente sin efectos vinculantes tal como lo tiene dicho la misma Corte Constitucional en sentencias C-400 de 1998, SU-047 de 1999, C-836 de 2001 y C-795 de 2004, donde invariablemente se ha enseñado que “para justificar un cambio jurisprudencial no basta que el tribunal considere que la interpretación actual es un poco mejor que la anterior”, sino que “es necesario que el tribunal aporte razones que sean de un peso y de una fuerza tales que, en el caso concreto, primen no sólo sobre los criterios que sirvieron de base a la decisión en el pasado sino, además, sobre las consideraciones de seguridad jurídica e igualdad que fundamentan el principio esencial del respeto del precedente en un Estado de derecho”.

- f) Todo lo anterior resulta obvio si sólo pocos meses atrás había afirmado, con absoluta contundencia, que “los presupuestos de una correcta administración pública son la diligencia, el cuidado y la corrección en el desempeño de las funciones asignadas a los servidores públicos”, por ello entonces “en la definición de la falta disciplinaria, entran en juego, *elementos propios de la función pública que interesan por sobre todo a contenidos político-institucionales orientados a asegurar el cumplimiento de los deberes funcionales* que le asisten al servidor público o al particular que cumple funciones públicas”<sup>42</sup>.
- g) Pero, sólo veinte días después de proferida la Sentencia C-818 de 2005, de manera clara y diáfana vuelve la Corte Constitucional a referirse a la ilicitud sustancial como una “infracción al deber funcional”<sup>43</sup>.
- h) Debe precisarse que la jurisprudencia constitucional ha sido enfática en señalar, muy a pesar de plantear la existencia de principios comunes al interior de las especies de *ius puniendi* y “particularidades de cada uno de los regímenes sancionatorios” que marcan diferencias en cuanto y en tanto los “principios adquieren matices dependiendo del tipo de derecho sancionador de que se trate”, que tal discusión tiene que ver con principios y las categorías dogmáticas de “legalidad, tipicidad, prescripción, culpabilidad, proporcionalidad, non bis ídem”<sup>44</sup>, sin que se haga referencia común a los conceptos de antijuridicidad material, propia del derecho penal e ilicitud sustancial, propia del derecho disciplinario.

<sup>42</sup> Corte Constitucional sentencia C-148 de febrero 22 de 2005; M.P. ÁLVARO TAFUR GALVIS.

<sup>43</sup> Corte Constitucional, sentencia SU-901 de 2005, Fundamento jurídico No. 41, M.P. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.

<sup>44</sup> Corte Constitucional, sentencia T-1285 de diciembre 7 de 2005, Fundamento jurídico 3.2.1, M.P. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.

- i) Finalmente, por sentencia C-507 de julio 6 de 2006, con ponencia del magistrado ÁLVARO TAFUR GALVIS, sin hacer mención de la sentencia C-818 de 2005 en lo atinente a la antijuridicidad en derecho disciplinario, retoma plenamente su doctrina anterior precisando:
1. La ley disciplinaria “tiene como finalidad específica la prevención y buena marcha de la gestión pública, así como la garantía del cumplimiento de los fines y funciones del Estado en relación con las conductas de los servidores públicos que los afecten o pongan en peligro”;
  2. La especial relación de sujeción con la que se encuentran vinculados los servidores públicos al Estado, tiene como consecuencia que “el cumplimiento de sus deberes y responsabilidades se efectúe dentro de una ética del servicio público”;
  3. El “derecho disciplinario pretende garantizar la obediencia, la disciplina y el comportamiento ético, la moralidad y la eficiencia de los servidores públicos, con miras a asegurar el buen funcionamiento de los diferentes servicios a su cargo” –sentencia C-341 de 1996–;
  4. “La ley debe orientarse a asegurar el cumplimiento de los deberes funcionales que le asisten al servidor público o al particular que cumple funciones públicas pues las faltas le interesan al derecho disciplinario en cuanto interfieran tales funciones. De allí que el derecho disciplinario valore la inobservancia de normas positivas en cuanto ella implique el quebrantamiento del deber funcional, esto es, el desconocimiento de la función social que le incumbe al servidor público o de los particulares que ejercen funciones públicas” –sentencias C-341 de 1996 y C-712 de 2001–;
  5. “El derecho disciplinario valora la inobservancia de normas positivas en cuanto ello implique el quebrantamiento del deber funcional, esto es, el desconocimiento de la función social que le incumbe al servidor público o al particular que cumple funciones públicas” –sentencias C-181 de 2002, C-373 de 2002 y C-948 de 2002. Extrañamente, puesto que nada tiene que ver con ello, cita a la aquí cuestionada sentencia C-818 de 2005–; y,
  6. El ámbito de lo disciplinario se circunscribe a “aquellos comportamientos que afecten los deberes funcionales de quienes cumplen funciones públicas. Y que el fundamento de la imputación, en consecuencia, del ejercicio de la potestad sancionadora del Estado, está determinado por la infracción de los deberes funcionales del servidor público” –sentencia C-252 de 2003– (Fundamentos jurídicos 3.3.1 y 4.2.1).

## EL DEBER COMO REFERENTE PARA DETERMINAR EL AGOTAMIENTO DE LA FALTA DISCIPLINARIA. LÍNEA JURISPRUDENCIAL

Por: **SORAYA CLAVIJO RAMÍREZ\***

**N**o resulta novedoso afirmar que el derecho disciplinario ha obtenido reconocimiento como una rama autónoma e independiente del derecho, ello como resultado de los esfuerzos que a largo de muchos años se han encaminado a determinar cuál es el objeto de dicha rama y a construir, –a partir de ese objeto–, una dogmática propia.

Sin embargo, el anterior aserto, que por cierto, encuentra pleno respaldo en la jurisprudencia de nuestras altas Cortes, aún no ha sido aceptado por algunos juristas que se mantienen en la idea de que el derecho disciplinario puede y debe interpretarse bajo la égida del derecho penal, y que afirman que a aquel se le trasladan, sin más, los institutos que son propios de este último, y lo que es más grave aún, se le aplican sus mismos contenidos.

Respecto a esta posición debemos decir que, si bien es cierto no se puede negar la proximidad existente entre derecho penal y derecho disciplinario, no sólo por pertenecer ambos a una categoría más amplia, la del derecho sancionador (que ha legitimado la aplicación del catálogo de garantías reconocidas y desarrolladas a partir de la instauración del Estado Social de Derecho), sino además en consideración a los elementos estructurales que aquel le ha aportado, no lo es menos que esa no es razón suficiente para desconocer los contenidos que se han ido elaborando al interior del derecho disciplinario; para pretender, en su lugar, aplicar los del derecho penal, pues evidentemente la dinámica del derecho disciplinario, y en especial, la

---

\* Asesora Despacho del Viceprocurador General de la Nación.

identificación de un objeto propio, imponen la necesidad de adecuar sus contenidos para reconducirlos hacia su propia naturaleza y encontrar solución a los problemas que la práctica jurídico-disciplinaria plantea.

Bajo tal perspectiva entonces, debe reconocerse que el mayor esfuerzo en la elaboración de una dogmática propia del derecho disciplinario ha estado no sólo en identificar los elementos que le son propios, sino además en proporcionar, a partir de ellos, nuevos contenidos a los traídos del derecho penal.

En ese orden de ideas, la identificación del objeto de protección del derecho disciplinario, que marca una de las más profundas diferencias con el derecho penal, se ha erigido como pilar fundamental en la construcción de dicha dogmática. En efecto, mientras el derecho penal se ocupa de la puesta en peligro y la lesión de bienes jurídicos, el derecho disciplinario se ocupa de la infracción de los deberes que surgen a partir de las relaciones especiales de sujeción, deberes funcionales en el caso los servidores públicos y deberes profesionales en el caso de las profesiones intervenidas por el Estado.

Así pues, la edificación del derecho disciplinario sobre el concepto de “*la infracción del deber*” ha marcado derroteros en el desarrollo de su estructura y ha contribuido a marcar con mayor nitidez las diferencias con el derecho penal, no sólo en cuanto a la construcción del ilícito disciplinario, sino también en relación con otros aspectos, como son, entre otros, la imposibilidad de manejar figuras como la tentativa (dado que la consumación de la falta está dada por la mera realización de la conducta que desconoce el *deber*), la complicidad (dado que cada persona sólo puede infringir los *deberes* que le competen), o la no exigencia de un resultado material como requisito para la configuración de la falta disciplinaria (dado que no es necesario modificar el mundo exterior para infringir un *deber*).

A modo de una primera conclusión se puede decir que, si el desarrollo dogmático del derecho disciplinario ha permitido evidenciar aspectos que tocan con la estructura de la responsabilidad disciplinaria, como los mencionados, es porque la dogmática no ha quedado en meras elaboraciones conceptuales, sino que se ha proyectado directamente sobre la práctica jurídica, encontrando soluciones que permiten mantener una coherencia argumentativa en la resolución de casos, propendiendo por el valor superior de la justicia y el principio de la seguridad jurídica que atañe a todos los asociados como manifestación del derecho fundamental a la igualdad.

### **Desde la jurisprudencia disciplinaria**

Partiendo de las anteriores premisas resulta interesante analizar la evolución de la jurisprudencia proferida por el H. Consejo Superior de la Judicatura

durante el último lustro, en relación con un tema que si bien se desarrolló específicamente en torno a la falta disciplinaria consagrada en el artículo 54 numeral 4o. del Decreto 196 de 1971 (relacionada con la utilización de dineros, bienes o documentos suministrados para las gestiones o los recibidos de otras personas por cuenta del cliente) para determinar si debía considerarse como una conducta de ejecución instantánea o permanente, como asunto neurálgico para establecer a partir de que momento comenzaba a correr el término de prescripción de la acción, brinda la oportunidad de mostrar cómo dicha corporación paulatinamente ha venido asumiendo la tarea de emplear la dogmática disciplinaria como instrumento para resolver problemas jurídicos.

Tal asunto cobra importancia cuando se plantea desde la dogmática disciplinaria, pues lleva a preguntarse si la “infracción al deber”, como elemento que caracteriza la falta disciplinaria, puede servir como referente para determinar el momento de agotamiento de las conductas.

Dentro de este contexto, no puede perderse de vista que la jurisprudencia disciplinaria, ya para la década de los noventa, contaba con los elementos necesarios para abordar el análisis del asunto en términos dogmáticos, pues daba por cierto que el derecho disciplinario se fundamentaba sobre la infracción al deber. Sobre el punto dicha jurisprudencia refirió lo siguiente:

“(…) Pues bien, tal como en innumerables ocasiones lo ha afirmado la jurisprudencia de esta Sala, el derecho disciplinario aplicable a los abogados en el ejercicio profesional se estructura y fundamenta a partir de la infracción a los deberes, cuyo señalamiento específico lo encontramos a partir de la descripción de las conductas que se efectúan en los artículos 48 a 56 del Decreto 196 de 1971, conocidos como tipos disciplinarios, que desarrollan de manera concreta las infracciones punibles de los deberes profesionales del abogado consagrados en el artículo 47 *idídem*.

Dichos deberes profesionales se constituyen en la fuente que da vida a la antijuridicidad sustancial en el derecho disciplinario, hasta el punto que, si se constatan, los artículos que realizan las respectivas descripciones típicas concuerdan o coinciden con alguno de los deberes profesionales consignados en el catálogo del artículo 47. Ello se hace más evidente cuando se mira el encabezamiento de cada uno de los siguientes artículos que realizan las descripciones típicas; (...) Artículo 54: “Constituyen faltas a la honradez del abogado”; (...)”<sup>1</sup>.

Pese a ello, no fue a partir de consideraciones dogmáticas que el Consejo Superior de la Judicatura comenzó a abordar el tema relacionado con el

<sup>1</sup> Sala Jurisdiccional del Consejo Superior de la Judicatura, auto del 8 de septiembre de 1994, Rad. 1022 A-155, M.P. EDGARDO JOSÉ MAYA VILLAZÓN.

agotamiento de la conducta de “utilización”, constitutiva de falta disciplinaria, lo que podría explicar el por qué dentro del mismo año y con espacio de apenas unos meses, se encuentran pronunciamiento en sentidos diametralmente opuestos.

En el primero de ellos se afirmó:

“(…) Es conveniente señalar que el tipo disciplinario antes citado es de conducta permanente, y por tanto su lapso prescriptivo comienza a contarse desde el momento en que finalizan los actos antijurídicos, es decir, desde cuando cese la retención o utilización, valga decir, desde la realización del último acto constitutivo de falta, de acuerdo con lo establecido en el artículo 83 del Código Penal (...)’.

‘(...) la Sala *a quo* reconoce que las faltas contempladas en el artículo 3 y 4 (sic) del Decreto 196 de 1971 no son faltas instantáneas sino conductas de carácter permanente, cuya prescripción se calcula desde el día de la perpetración del último acto, es decir, desde el momento en que se restituyen los dineros objeto de retención (...)’<sup>2</sup>.

Tal postura simplificó el asunto a que el último acto constitutivo de la falta de utilización se presentaba cuando el abogado restituía los dineros, pues era entonces cuando se presentaba el último acto “antijurídico”, sin embargo y aunque probablemente ello se tenía en mente, no se profundizó dogmáticamente en el señalamiento de los presupuestos que estructuraban la “antijuridicidad” del comportamiento, ni sus efectos en la determinación del momento de agotamiento de la falta, con lo que se dejó un vacío pues no se explicó por qué no podía entenderse agotado el comportamiento hasta tanto no se restituyeran los dineros indebidamente utilizados.

Tan sólo unos meses después, la Sala Jurisdiccional, sin mencionar nada en torno al cambio de postura, comenzó a dar una solución contraria con afirmaciones como la siguiente: “(...) *el comportamiento es de ejecución instantánea, porque se consumó en el momento en que el litigante hizo suyos tales dineros, sin ánimo de reintegrarlos a su legítimo dueño, como era su obligación, tipificándose su conducta en lo previsto en el numeral 4º del artículo 54 del Decreto 196 de 1971 (...)*”<sup>3</sup>.

Esta última postura se mantuvo por algunos años hasta que el Ministerio Público interviniente ante el Consejo Superior de la Judicatura revivió la

<sup>2</sup> Consejo Superior de la Judicatura, decisión del 2 de marzo de 2000, con ponencia del Dr. EDGARDO JOSÉ MAYA VILLAZÓN.

<sup>3</sup> Consejo Superior de la Judicatura, octubre 26 de 2000, Rad: 912-A/1012-A M. P. Dr. GUILLERMO BUENO MIRANDA.

discusión proponiendo resolver el asunto a partir de los fundamentos dogmáticos propios del derecho disciplinario, pretendiendo con ello que la Corporación retornara a su consideración primigenia en el sentido de que la falta de utilización debía ser considerada como de ejecución permanente, centrando la discusión en el análisis de cuando finalizaban los actos ilícitos.

La tesis propuesta por el Ministerio se soportaba en la consideración de que la infracción al deber era lo que caracterizaba la ilicitud en las faltas disciplinarias, partiendo de la premisa, ya reconocida por la misma Corporación, de que el derecho disciplinario no se ocupa de tutelar bienes jurídicos sino deberes “profesionales” (para el caso concreto del Estatuto Ético del Abogado), por lo que resultaba necesario redefinir en términos propios de derecho disciplinario, de qué depende la continuidad de una conducta éticamente reprochable.

Para tal efecto, en primer lugar acudió al derecho penal citando diferentes autores para recordar lo que se entendía por delito de ejecución permanente, así: en palabras de MIR PUIG “(...) supone el mantenimiento de una situación antijurídica de cierta duración por la voluntad del autor; dicho mantenimiento sigue realizando el tipo, por lo que el delito se sigue consumando hasta que se abandona la situación antijurídica (...)”<sup>4</sup>; para ROXIN los delitos permanentes “(...) son aquellos hechos en los que el delito no está concluido con la realización del tipo, sino que se mantiene por la voluntad delictiva del autor tanto tiempo como subsiste el estado antijurídico creado por el mismo (...)”<sup>5</sup> y para JESCHECK “En los delitos permanentes el mantenimiento del estado antijurídico creado por la acción punible depende de la voluntad del autor; así que, en cierta manera, el hecho se renueva constantemente (...)”<sup>6</sup>.

La autorizada opinión de estos importantes tratadistas llevó a concluir que, era “el mantenimiento del estado antijurídico” lo que en esencia resultaba fundamental para determinar la permanencia de las conductas punibles.

Con base en ello argumentó el Ministerio Público que, teniendo en cuenta que la falta disciplinaria de “utilización” perpetrada por el abogado no vulnera el bien jurídico del patrimonio económico –por cuanto no son bienes jurídicos lo tutelado por el derecho disciplinario–, sino su deber profesional de la honradez –en tanto el ilícito se soporta sobre la infracción de deberes–, podía válidamente

<sup>4</sup> MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal. Parte general. P.P.U., 1996, página 202.

<sup>5</sup> ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte general, Tomo I, Editorial Civitas, Madrid, página 329.

<sup>6</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal. Parte general. Comares, Madrid, 1993, página 237.

concluirse que mientras este deber continuara vulnerándose no podía entenderse agotada la conducta constitutiva de la falta disciplinaria, por lo que el último acto constitutivo de la falta se producía cuando el abogado reintegraba a su legítimo destinatario los valores indebidamente utilizados.

Tal concepto fue rechazado mayoritariamente durante algún tiempo por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura<sup>7</sup> con fundamento en argumentos que en esencia correspondían a una dogmática propia del derecho penal, circunstancia puesta de presente en uno de los salvamentos de voto en que se expresó:

“Mis razones para apartarme de la ponencia se remiten al manejo dogmático otorgado al tipo disciplinario, siendo equivocadamente explicado con base en institutos que en rigor pertenecen al injusto penal, los que de ningún modo pueden ser implementados al derecho disciplinario, dado el diferente fundamento que este comporta sobre la base de infracción de deberes y no la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, que en lo que toca a la falta contenida en el numeral 4 del art. 54 del decreto explica porque se trata de una conducta de ejecución permanente<sup>8</sup>”.

Como se puede apreciar, y no obstante que el Consejo Superior aceptaba la existencia de una dogmática propia permeada por la idea de que la falta disciplinaria se configura por el incumplimiento de un deber, ello no resultó suficiente y generó cierta dificultad, en especial al asumir la tarea de encontrar soluciones propias y apartadas del derecho penal tal y como se puede concluir de la última jurisprudencia en cita.

En efecto, en dicha jurisprudencia se afirma que si bien la falta disciplinaria se configura por el incumplimiento de un deber, tal mandato no existe *per se*, como fin en sí mismo, sino dirigido a su vez a amparar un bien jurídico que no es otro que la función social de la abogacía establecido en el artículo 1o. del Estatuto.

Tal argumento, si bien resalta la necesidad de que exista un referente material cuya vulneración permita la estructuración de la ilicitud sustancial, adopta equivocadamente, como referente, la efectiva vulneración o puesta en peligro de “bienes jurídicos” lo que da paso a la “antijuridicidad material” (concepto propio del derecho penal), siendo que lo acorde con el derecho disciplinario es hablar de ilicitud sustancial, concepto que se nutre de la

<sup>7</sup> Consejo Superior de la Judicatura, 6 de agosto de 2003, Rad. 19940478, M.P. RUBÉN DARÍO HENAO OROZCO.

<sup>8</sup> Salvamento de voto presentado por el Magistrado TEMÍSTOCLES ORTEGA NARVÁEZ en el radicado 19940478 del 6 de agosto de 2003, M.P. RUBÉN DARÍO HENAO OROZCO.

vulneración a un deber, que desde luego no puede ser entendido como el desconocimiento del deber por el deber mismo en sentido abstracto, sino como el desconocimiento de su razón de ser.

Pareciera entonces que, en opinión de la Corporación, la existencia del deber no resultaba suficiente para estructurar la ilicitud sustancial de la conducta dado que además pretendía exigir el amparo de un bien jurídico, “la función social de la abogacía”, lo que resultaba improcedente siendo que el Estatuto Ético del Abogado consagra un catálogo concreto de deberes profesionales<sup>9</sup>.

Precisamente, en este sentido fue que el segundo de los salvamentos de voto refirió:

“(…) la utilización de dineros por cuenta del cliente, comporta una falta de carácter permanente, pues el deber de obrar con honradez permanece en el tiempo mientras no se restituya el dinero recibido, bajo el entendido que en materia disciplinaria, ante la infracción de deberes profesionales, el bien vulnerado cuando se comete una falta contra la Ética Profesional, está constituido precisamente por el citado deber, el cual obviamente no cesa sino hasta el momento en que se devuelven las sumas utilizadas”.<sup>10</sup>

Esta jurisprudencia también terminó por desconocer que la tipicidad en derecho disciplinario es la descripción de la infracción sustancial de un deber, lo que ha llevado a afirmar que tipicidad y antijuridicidad se encuentran inescindiblemente unidas, de donde se sigue que el ilícito disciplinario es una conducta típicamente antijurídica<sup>11</sup>, pues no de otro modo puede entenderse que haya afirmado que: “el deber es la forma de obrar del abogado frente a la honradez que es el bien jurídico tutelado, y la falta para el caso en estudio, está configurada por el verbo rector utilizar”<sup>12</sup>. Ciertamente, lo que hizo el Consejo fue, ni más ni menos, negar la naturaleza propia de las faltas

<sup>9</sup> En el artículo 47 del Decreto 196 de 1971 se encuentran enlistados los deberes que debe observar el abogado en el ejercicio de su profesión, entre ellos, el de dignidad, lealtad, honradez, diligencia, los que se relacionan con el catálogo de faltas que aparece seguidamente en los artículos 48 a 56 *ibídem*, apreciándose que todas, sin excepción, están ligadas a un deber, (falta contra la honradez, contra la lealtad, contra el respeto debido, entre otras).

<sup>10</sup> Salvamento de voto presentado por el Magistrado CORAL VILLOTA en el radicado 19940478 del 6 de agosto de 2003, M.P. RUBÉN DARIO HENAO OROZCO.

<sup>11</sup> En este sentido, GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. “Dogmática del Derecho Disciplinario”. Universidad Externado de Colombia, 2<sup>o</sup> Ed., pág. 313.

<sup>12</sup> Continúa diciendo la Sala en dicha jurisprudencia: “(…) la lesión al deber se realiza a través de la comisión de una falta, pero este último juicio de valor se efectúa no en sede de antijuridicidad, sino de tipicidad, el cual debe constatar la presencia de la totalidad de los elementos que reclama la redacción del legislador para que pueda predicarse como típica la conducta estudiada. “Y el respeto a esa tipicidad, por seguridad jurídica, impone al juez disciplinario la verificación del contenido del tipo, que una vez más se recuerda esta confirmado por los elementos objetivos y por los elementos subjetivos de injusto, no por la antijuridicidad”. (Consejo Superior de la Judicatura, 6 de agosto de 2003, Rad. 19940478, M.P. RUBÉN DARIO HENAO OROZCO).

disciplinarias, que no sólo se estructuran con la realización del verbo rector, sino además, e indispensablemente, con la infracción del deber, sin lo cual no puede predicarse la existencia de un estado de ilicitud sustancial.

Con posterioridad el Consejo Superior de la Judicatura -expresamente- cambió su postura para sostener que la falta contra la honradez profesional consagrada en el numeral 4° del artículo 54 del Estatuto Deontológico del Abogado y denominada como “utilización” es una conducta de carácter permanente<sup>13</sup>.

Esta ponencia, si bien provocó un cambio jurisprudencial y abrió el espacio para que en lo sucesivo comenzara a analizarse el tema a partir de una dogmática propia del derecho disciplinario, no asumió dicha tarea frontalmente, dado que el asunto no fue abordado desde un escenario puramente dogmático, sino que se desbordó en un juicioso estudio de otros temas relacionados específicamente con la falta de “utilización”.

En tal sentido, mucha tinta se empleó para definir el deber de la “honradez”, lo que debía entenderse por “utilización”, por “dinero”, en explicar por qué este no debía ser considerado como un bien fungible, etc., todo para concluir que: “(...) la permanencia de la falta de la utilización se materializa, hasta tanto el abogado no devuelva a su cliente lo que le pertenece, bien sea como deber u obligación que le asiste por la relación profesional, que lo mantiene vinculado hasta cuando el objeto del contrato demandado no se cumpla a cabalidad”.

Ello no significa que la Sala en dicha oportunidad hubiera desconocido el marco dogmático del derecho disciplinario, pero sí demuestra que no había total convencimiento de que su empleo fuera suficiente para dar solución a los problemas jurídicos que se planteaban, y por ello, aunque sí fue tenido en cuenta, lo fue tangencialmente, lo que se trasunta del hecho de que sólo se encontraron refundidas, en tan extensa ponencia, las siguientes alusiones:

“(…) Además, no puede la profesión de abogado estar despojada de todo nexo con los deberes y obligaciones que su ejercicio les impone, porque ello implicaría el desconocimiento del marco social y jurídico dentro del cual actúan, legitimando el abuso y la ruptura de las reglas mínimas de convivencia que tanto la Constitución como la sociedad exigen y reclaman.

(...)

<sup>13</sup> Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, sentencia: Agosto 6 de 2003, rad. 19973326-01. Magistrado ponente: Dr. FERNANDO CORAL VILLOTA.

“Entonces, tratándose de deberes estos permanecen aunque se obre en contravía de ellos y quien se sustrae a su observación o acatamiento está incurso en una eticidad reprochable, entendida como aquel comportamiento dirigido a un fin específico, circunstancias éticas que son precisamente la naturaleza y razón de ser del derecho disciplinario, y es acá, desde el punto de vista ético, donde no tiene cabida la diferenciación que solía hacerse respecto de la retención y la utilización, cuando de determinar la consumación de la falta se trataba, pues en los dos casos la conducta antiética cesa cuando se cumple con la obligación de entregarle a su dueño lo que le pertenece. (...)”

Afortunadamente, y en pro de la dogmática del derecho disciplinario, la evolución prosiguió y meses después la Sala, también mayoritariamente, acogió una nueva ponencia cuya virtud fue haber abordado el asunto a partir de puras consideraciones dogmáticas que sin duda sirvieron para afianzar la identidad del derecho disciplinario, y que llevaron a solucionar el asunto desde su propia esencia<sup>14</sup>.

<sup>14</sup> “(...) Sin embargo, los institutos del derecho penal no pueden trasladarse sin más al derecho disciplinario, toda vez que gozan de una naturaleza distinta y al interior del sistema jurídico comporta una diferente fundamentación, (...) máxime cuando el derecho disciplinario (...) siempre ha tenido una raigambre eminentemente ética (...).

“Por ello, cuando se afirma que el derecho disciplinario está basado en la infracción de deberes, no se está innovando ni postulando tesis de avanzada; por el contrario, tal postura únicamente busca redireccionarlo hacia sus verdaderos orígenes, naturaleza y fines, pues de no ser así, no se entiende cómo el Estado podría sostener válidamente un juicio de reproche en sede disciplinaria sin el basamento fundamental de la infracción al deber, cuando justamente esa es la razón que sustenta su autonomía e independencia, (...).

“Y es justamente aquí donde cobra vigencia lo inicialmente anotado, puesto que el traslado irrazonado de institutos del derecho penal al disciplinario, ha traído como consecuencia un caos total en punto de la construcción de una dogmática autónoma, generando planteamientos argumentativos dilógicos e inconexos, como sucede con el tratamiento que termina dándose a la retención (art. 54-3) y utilización (art. 54-4), pues para efectos de definir un concurso aparente de faltas se les otorga igual entidad y se entra a subsumirlas, mientras que para efectos de definir el momentos consumativo de las faltas, se afirmaba que una es de ejecución permanente y otra de ejecución instantánea.

“El problema es cuando se busca interpretar y dinamizar el derecho disciplinario acudiendo a la tradición jurídica Colombiana en materia penal, donde el concepto de injusto se entiende prevalentemente como **norma objetiva de valoración**, según la cual, en consideración a la función principal del derecho penal de protección de bienes jurídicos, importa definir la lesión o puesta en peligro de esos bienes que al Estado interesa proteger.

“(...) el injusto disciplinario se identifica de mejor forma con la **norma subjetiva de determinación**, ya que justamente el derecho disciplinario apunta hacia el establecimiento de directrices o modelos de conducta por vías de la consagración de deberes, cuyo desconocimiento comporta la comisión de falta disciplinaria, (...).

“(...) el injusto disciplinario necesita de un referente material en orden a su configuración, de lo que se sigue que su naturaleza de cara a la teoría del injusto, es prevalentemente subjetiva.

Este referente material, necesariamente debe ir ligado al concepto de infracción de deber, lo que implica que el examen de la conducta del agente no va encaminado hacia determinar el grado de lesividad a afectación de los bienes jurídicos que puedan verse involucrados en la

En este pronunciamiento el Consejo Superior de la Judicatura resaltó la necesidad de marcar las diferencias entre derecho penal y derecho disciplinario, y de llenar los institutos traídos de aquel con contenidos propios de este, en tal sentido profundizó en relación con el objeto de cada uno, su ámbito de protección, reflexionó sobre la norma objetiva de valoración y subjetiva de determinación, para concluir que el injusto disciplinario se identifica mejor con esta última ya que apunta a establecer modelos de conducta por vía de la consagración de deberes, cuyo desconocimiento comporta la comisión de la falta disciplinaria, y muy especialmente, profundizó en torno a la “infracción del deber” como fundamento del derecho disciplinario.

Con base en tales consideraciones dogmáticas propias del derecho disciplinario procedió a concluir:

“(...) Ahora bien, retomando el problema jurídico que plantea el distinguido colaborador del Ministerio Público en torno al momento de consumación de la falta del artículo 54-4 del Decreto 196 de 1971 (utilización en provecho propio), debe convenirse en que como su fundamento –al igual que todas las demás faltas del estatuto del abogado– reside en la infracción de un deber, en el caso concreto el deber infringido sería el de “... *obrar con absoluta honradez en sus relaciones con los clientes*” del artículo 47 numeral 4 *ibidem*.

En este orden de ideas, en el camino de la adecuación típica es claro que si el abogado en desarrollo del encargo recibe dineros que pertenecen al cliente, los mantiene en su poder injustificadamente, es obvio que encausa su conducta en los parámetros de la utilización en provecho propio, la que ha

---

gestión profesional, sino a las posibilidades material que tenía o tiene el sujeto de cumplir con el deber funcional.

“Así, el desaparecimiento material del bien relacionado con la gestión, no trae como consecuencia la extinción del cumplimiento del deber, eventualidad de común ocurrencia en tratándose de faltas contra la honradez profesional, donde la mayoría de los tipos están vinculados con bienes muebles o inmuebles, ya que el deber de obrar con honradez pervive, y sólo a través de la valoración particular de la conducta del sujeto agente (injusto personal), puede determinarse su grado de compromiso ético de cara a la posibilidad material de cumplimiento ya que en rigor deontológico, la extinción del bien no es un impedimento para que el abogado obre con honradez, reparando, supliendo o conviniendo con el cliente una fórmula de arreglo, conductas que éticamente y frente al deber de obrar honradamente, son las esperadas.

(...)

En el caso de los regímenes disciplinarios, no aparece consagrado el principio de la antijuridicidad material, ya que punge abiertamente con su naturaleza, habida consideración a que su fin no es la protección de bienes jurídicos, por lo que no importa establecer la lesión o puesta en peligro efectiva a los mismos, sino el grado de afectación a los deberes funcionales, es por eso que la Ley 734 de 2002 trae consigo el concepto de «ilicitud sustancial» para referirse a la antijuridicidad, que es de carácter **sustancial** y se conecta a la afectación de deberes y no de bienes jurídicos.” (Consejo Superior de la Judicatura, sentencia del 16 de septiembre de 2003, rad. 19971473.01, M.P. TEMÍSTOCLES ORTEGA NARVÁEZ).

sido erigida, como falta en el numeral 4 del artículo 54 del Decreto 196 de 1971 y de esta manera, está violando el deber de honradez que lo obliga a entregar de inmediato las sumas al legítimo destinatario; en consecuencia, mientras no se verifique la entrega del dinero, incuestionablemente debe afirmarse que el deber se está infringiendo, llevando a concluir que la falta no se consuma en un solo momento, sino que permanece en el tiempo, es decir, constituye una de las que se denominan como de ejecución permanente.”

Como se puede apreciar, el Consejo Superior de la Judicatura paulatinamente se ha dado a la tarea de llenar con contenidos propios del derecho disciplinario conceptos e institutos surgidos en el seno del derecho penal, como lo es en el caso particularmente observado, el delito permanente, llevando a construir una redefinición ajustada a la naturaleza disciplinaria, según la cual, mientras el estado de ilicitud sustancial creado por el autor se mantenga en el tiempo, la conducta no puede entenderse agotada, debiendo, por tanto, la falta ser considerada como de ejecución permanente.

Por otra parte, si bien es cierto la posición mayoritaria se ha mantenido en el sentido antes expresado en múltiples pronunciamientos<sup>15</sup>, no pueden desconocerse que existe también una posición minoritaria que la rechaza valiéndose de argumentos que no apuntan a dirimir el asunto a partir de una dogmática propia del derecho disciplinario<sup>16</sup>, pues insiste en escindir el ele-

<sup>15</sup> Se citan como ejemplo los siguientes: sentencia del 12 de octubre de 2005, Rad. 200002766-01, M.P. JORGE ALONSO FLECHAS DÍAZ; sentencia del 29 de noviembre de 2004, Rad. 19970975, M.P. GUILLERMO BUENO MIRANDA; sentencia del 14 de septiembre de 2005, rad.. 199804092-01, M.P. . FERNANDO CORAL VILLOTA; sentencia del 27 de octubre de 2005, Rad. 199901642, M.P. JORGE ALONSO FLECHAS; sentencia del 29 de junio de 2005, rad. 200000444-01, M.P. GUILLERMO BUENO y sentencia del 1° de febrero de 2006-04-25, rad. 199900421-03, M.P. TEMÍSTOCLES ORTEGA.

<sup>16</sup> “Conforme al principio de legalidad, el primer examen a una conducta reprochable parte del análisis de su tipicidad, esto es, si la mismas encaja en la descripción normativa. Debe determinarse entonces, que clase de falta es respecto del momento de su consumación, pudiendo tratarse de un injusto disciplinario de acción o de mera conducta, clasificándose en este última categoría las actuaciones en las cuales la realización del tipo coincide con el último acto de la acción y por tanto la producción del resultando es separable del comportamiento descrito.

“Una conducta constitutiva de falta disciplinaria puede decirse que es de carácter permanente cuando subsiste en el tiempo la realización del acto prohibido, pero en manera alguna puede definirse este carácter por los efectos de la misma en el tiempo, o las consecuencias que pueda generar la acción. Por lo tanto, el comportamiento descrito en el artículo 54.4 del Estatuto de la Profesión Forense Deontológico del Abogado, se ejecuta el día en que el letrado se apropia de dineros recibidos de su cliente y no puede afirmarse que por tal circunstancia el abogado se está apropiando todos los días de los mismos, cosa diferente, es que el efecto de esa apropiación subsista en el tiempo.

“Por definición, la utilización consiste en aprovechamiento o apropiarse de algo, acción por naturaleza de carácter instantáneo, en tanto se da cuando se despoja al legítimo propietario de un bien y se produce ese aprovechamiento o apropiación, acción verificable en el campo objetivo y que en el entorno subjetivo proviene de la voluntad dirigida a ese fin. Por ello, cuando el abogado utiliza dineros, bienes o documentos suministrados para las gestiones o recibidos de

mento de la tipicidad de el de la antijuridicidad, para pretender que el análisis del primero de estos elementos se haga en ausencia del segundo, ignorando el hecho de que la tipicidad es la descripción de la infracción sustancial a un deber y que esto último es lo que determina la existencia de ilicitud sustancial, –no antijuridicidad material–.

Así mismo, también se aparta de la dogmática disciplinaria por considerar que el cumplimiento del deber es sólo el efecto de la conducta, para el caso analizado, la obligación de devolver los dineros es sólo el efecto de haberlo utilizado, afirmación que se reitera en otro salvamento, en el sentido de que la vulneración al deber impone la obligación de reparar los perjuicios ocasionados con el antijurídico actuar, por ejemplo, restituir los bienes retenidos o utilizados, resultando, en tal medida, inapropiado afirmar que la falta existe hasta que no se devuelvan los dineros, pues la restitución es la obligación derivada de la comisión de la falta y no la conducta misma<sup>17</sup>.

Dicha lectura lleva a desconocer que la conducta relevante para el derecho disciplinario es aquella que sustancialmente vulnera el deber, por lo que el cumplimiento del deber no es sólo el efecto de la conducta ilícita sino que es el requisito para el agotamiento de la falta, dado que mientras subsista en el tiempo su incumplimiento también subsiste la conducta ilícita, y si esto es así, la conducta no puede entenderse agotada cuando la vulneración subsiste.

Lo dicho deja en evidencia que una interpretación diferente a la acogida mayoritariamente no sería coherente con la dogmática disciplinaria, lo que probablemente explica por qué la adhesión a dicha tesis al interior del Consejo Superior de la Judicatura ha venido en aumento con argumentos como el siguiente:

---

otras personas por cuenta del cliente, agota el tipo disciplinario y lo consume en ese mismo momento.

“Es cierto que viola el deber de honradez, y que los efectos de tal vulneración pueden persistir, sin embargo, la falta como tal no permanece, sino que ya ocurrió al momento de la utilización. Es que en la utilización el hecho no se renueva constantemente, en tanto, tal apropiación se realiza de una vez acorde con la voluntad del sujeto activo y no de manera sucesiva o permanente(…)” (Salvamento de voto presentado por el Magistrado RUBÉN DARÍO HENAO OROZCO a la decisión del 15 de junio de 2005, Rad. 200100577, M.P. FERNANDO CORAL VILLOTA).

<sup>17</sup> “La protección del deber abstracto, es presupuesto de la existencia de un tipo disciplinario, cuya actualización por parte del abogado lo hace merecedor de una sanción jurídica y además le impone la obligación de reparar los perjuicios ocasionados con su antijurídico actuar, por ejemplo restituir los bienes retenidos o utilizados. Por esto, no puede predicarse como lo haría una postura contraria, la existencia de la falta hasta que no se devuelvan los dineros, en el pluricitado ejemplo de la conducta descrita en el artículo 54.4, porque esa restitución es la obligación derivada de la comisión de la falta, no la conducta misma. (Salvamento de voto del Magistrado RUBÉN DARÍO HENAO a la sentencia de octubre 12 de 2005, rad. 200002766, M.P. JORGE ALONSO FLECHAS).

“(…) Ciertamente es que la falta como tal puede materializarse en un momento dado pero es la inescindibilidad con el deber, lo que permite que el derecho disciplinario como custodia de esa relación profesional, actúe en forma permanente mientras no cese la conducta contraria al mismo, (...)”.<sup>18</sup>

Para finalizar, y a modo de conclusión, se debe dejar por sentado lo siguiente:

- En razón a que la infracción al deber soporta al derecho disciplinario, resulta plausible afirmar que el agotamiento de las faltas disciplinarias no dependen exclusivamente de la conducta aisladamente observada, sino de su realización referida al deber, dado que, “lo que caracteriza la falta disciplinaria no es la acción o la omisión, sino la presencia de una conducta humana que infringe el deber”<sup>19</sup>.
- La falta disciplinaria se mantiene por tanto tiempo como subsista el estado de ilicitud sustancial creado por el autor, dado que, la falta se renueva mientras el deber continúe vulnerándose, lo que descendiendo al caso concreto explica porqué la falta de “utilización” se mantiene en el tiempo hasta tanto no se reintegre al cliente lo que le pertenece, pues hasta entonces el deber de honradez del abogado se mantiene en constante vulneración, se mantiene el estado de ilicitud sustancial. En otras palabras, no puede existir falta disciplinaria sin la efectiva vulneración del deber y por lo mismo, no puede considerarse que mientras la vulneración al deber se mantenga vigente la falta disciplinaria pueda entenderse agotada<sup>20</sup>.
- Finalmente, lo principal a resaltar es que la dogmática propia del derecho disciplinario ha venido cobrando valor, más allá de lo teórico, para ser aprehendida por quien aplica e interpreta el derecho disciplinario en aras de fundamentar y resolver los asuntos problemáticos que la práctica jurídica plantea.

<sup>18</sup> Consejo Superior de la Judicatura, sentencia del 31 de agosto de 2005, Rad. 200300504-01, M.P. EDUARDO CAMPO SOTO.

<sup>19</sup> Revista Jurisdiccional Disciplinaria, año 2, nº 4, julio a diciembre de 1994, citada por CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU en su libro “Dogmática del Derecho Disciplinario”, pag. 271.

<sup>20</sup> Sobre este punto pueden llegar a plantearse válidamente discusiones en torno a que la acción disciplinaria no debe mantenerse perennemente si los dineros nunca son restituidos, pese a lo cual se considera que ello no puede llevar a interpretar incorrectamente el asunto, apartándose de la dogmática propia del derecho disciplinario, correspondiendo más bien al legislador la tarea de fijar el límite temporal máximo durante el cual, en tales condiciones, deba mantenerse vigente la acción disciplinaria.



## LA CULPABILIDAD EN EL DERECHO DISCIPLINARIO

Por: FLOR ALBA TORRES\*, CÉSAR AUGUSTO AMAYA\*\* y MANUEL DAGOBERTO CARO\*\*

**E**l derecho disciplinario, como bien lo han precisado la doctrina y la jurisprudencia, no puede ser ajeno a las categorías dogmáticas que inspiran al derecho penal: La Tipicidad, la Antijuridicidad y la Culpabilidad. Al fin y al cabo, uno y otro, hacen parte del que, genéricamente, se denomina *derecho sancionador estatal*<sup>1</sup>.

Así pues, el juicio de valor que la conducta del servidor público -o del particular vinculado al régimen disciplinario- enfrenta, en razón de la atribución que el Estado tiene en procura de la verificación del cumplimiento de sus fines y funciones, debe pasar, necesariamente, por la comprobación de que coincide con las que el legislador elevó, previamente, a la categoría de falta; la determinación de que con ella se afectó o puso en peligro, de manera sustancial, un deber funcional; pero, fundamentalmente, si dicho resultado objetivo, puede serle atribuido a la persona contra quien se procede.

En este último aspecto, el referido a la *Culpabilidad*, se va a quedar esta breve disquisición, cuyo propósito, no es otro, que contribuir a la pedagogía

---

\* Procuradora Segunda Delegada Vigilancia Administrativa.

\* Procurador Primero Delegado Vigilancia Administrativa.

\* Asesor de la Procuraduría Segunda Delegada Vigilancia Administrativa.

<sup>1</sup> En Sentencia C-982 de 2002, con ponencia del Magistrado ÁLVARO TAFUR GALVIS, la Corte Constitucional, recordando un planteamiento del Profesor MANUEL GAONA CRUZ, sostuvo: "De tiempo atrás esta Corporación, siguiendo los criterios que ya había enunciado la Corte Suprema de Justicia, cuando ejercía la guarda de la Constitución, ha señalado que el derecho sancionador del Estado es una disciplina compleja pues recubre, como género, al menos cinco especies, a saber: el derecho penal delictivo, el derecho contravencional, el derecho disciplinario, el derecho correccional y el derecho de punición por indignidad política o "impeachment".

que la materia impone, en aras de procurar al mejor ejercicio de la facultad disciplinaria.

La exigencia de la valoración del nexo psicológico que une a la conducta objetivamente realizada, con la persona de quien esta se predica, se fundamenta en el propio ordenamiento constitucional cuando al definir al nuestro como un “Estado Social de Derecho”, afirma que se funda en el respeto de la dignidad humana<sup>2</sup>.

Ciertamente, un planteamiento dogmático de tal naturaleza, ha sido reconocido, de tiempo atrás, como inspirador de la exigencia objeto de análisis. Así, por ejemplo, al comentar la proscripción de la responsabilidad objetiva, en reciente pronunciamiento, la Corte Constitucional afirmó:

“En el ámbito de la imputación penal y disciplinaria está proscrita la responsabilidad objetiva; es decir, la responsabilidad por la sola causación del resultado -entendido este en su dimensión normativa- o por la sola infracción del deber funcional, según el caso. Y ello tiene sentido pues con razón se ha dicho que el contenido subjetivo de la imputación es una consecuencia necesaria de la dignidad del ser humano. Tan claro es ello que en aquellos contextos en los que constitucionalmente no se consagra la culpabilidad como elemento de la imputación, se entiende que ella está consagrada implícitamente en los preceptos superiores que consagran la dignidad humana como fundamento del sistema constituido. De acuerdo con esto, asumir al hombre como ser dotado de dignidad, impide cosificarlo y como esto es lo que se haría si se le imputa responsabilidad penal o disciplinaria sin consideración a su culpabilidad, es comprensible que la responsabilidad objetiva esté proscrita<sup>3</sup>”.

El devenir histórico de la “imputación subjetiva” del Derecho Disciplinario, inicia, en nuestro país, con el artículo 131 del Decreto 1950 de 1973, norma en la cual se utilizó la expresión “inculpado”, para referirse a aquél a quien se atribuye una falta. Sin embargo, teniendo en cuenta el fundamento constitucional venido de citar, ahorrémonos la referencia histórica y pasemos, de una vez, a ver el tratamiento que la figura ha tenido en las dos leyes disciplinarias expedidas en vigencia de la Carta de 1991<sup>4</sup>.

La fundamentación de la culpabilidad en la dignidad humana, se trajo del principio constitucional antes referido, a los artículos 7° de la Ley 200 de 1995 y 8° del nuevo Código Disciplinario Único. En concordancia con ellos

<sup>2</sup> Constitución Política de Colombia, artículo 1°

<sup>3</sup> Corte Constitucional, Sent. S.U-901 de 2005, Magistrado Ponente, Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.

<sup>4</sup> El profesor CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU, en su “Dogmática del Derecho Disciplinario” señala como referentes históricos de la culpabilidad en materia disciplinaria, no solo el Decreto 1950 de 1973, sino también el Decreto-Ley 1651 de 1977, la Ley 13 de 1984 y el inciso 4° del artículo 29 de la Constitución.

la Ley 200 en su artículo 14, tal como lo hace ahora la Ley 734 en su artículo 13, proscribió toda forma de responsabilidad objetiva, estableciendo como únicos títulos de imputación subjetiva el dolo y la culpa, de manera tal que el ordenamiento constitucional y legal que nos rige, tiene claramente establecido un derecho sancionador de acto basado en la culpabilidad de la persona.

Pero, acudamos a la doctrina para partir de una definición de culpabilidad:

“Se entiende por culpabilidad o responsabilidad plena el juicio de exigibilidad en virtud del cual se le imputa a la gente la realización de un injusto penal, (ilícito disciplinario), pues - dadas las condiciones de orden personal y social imperantes en el medio donde actúa - se encuentra en posibilidad de dirigir su comportamiento acorde con los requerimientos del orden jurídico y no obra pudiendo hacerlo. Se trata, entonces, de un juicio de carácter eminentemente normativo fundado en la exigibilidad, idea que preside toda la concepción de la culpabilidad y en virtud de la cual el agente debe responder por su comportamiento (...) por no haber actuado conforme a la norma (que determina el deber funcional)”.

(...)

“Lo anterior evidencia el carácter individual y social de la culpabilidad, pues se es responsable en su contexto histórico concreto, en una organización social determinada, y en función de una gama de condiciones de diverso orden que inciden en el comportamiento individual; por ello, el juicio de culpabilidad no puede desbordar los marcos propios del Estado social y democrático de derecho y debe corresponderse con sus postulados inspiradores, empezando por el supremo mandato constitucional de respetar la dignidad de la persona humana (Constitución Política, art. 1.º)”<sup>5</sup>.

A nivel de derecho comparado, el referente más próximo que tenemos, es el español, por haber sido allí donde han abrevado las más recientes generaciones de juristas colombianos, cursando especializaciones, maestrías y doctorados. Uno de los más representativos tratadistas de lo que allí se distingue con la expresión genérica “*Derecho Sancionador Estatal*”, es el Profesor Alejandro Nieto, quien nos ilustra sobre el tema en otros países de Europa, tras plantear el devenir que la figura ha tenido en la Madre Patria, pasando de la marginación de la culpabilidad a su exigencia:

“Lo sucedido en España corre paralelo a similares tendencias en el derecho comparado. En Italia y Alemania ha terminado ya consolidada la tesis de la exigencia de la culpabilidad, como se proclama de forma expresa en el

<sup>5</sup> VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Derecho Penal. Parte General, tercera edición, Bogotá, Ed. Temis, 1997, págs. 547 y 548. Los textos entre paréntesis y en letra ordinaria no son originales del aparte citado, sino acotaciones del autor de estas líneas, para precisar el concepto en materia disciplinaria.

artículo 3.1 de la Ley Italiana de 1981 (“en las infracciones que lleven aparejada una infracción administrativa, cada uno es responsable de su propia acción u omisión, consciente o voluntaria, sea dolosa o culposa”) y en el artículo 10 de la Ley Alemana de contravenciones (“sólo puede ser castigado como infracción administrativa un hecho doloso, a menos que una ley expresamente prevea una multa para un hecho culposo”) que lleva aún más lejos su rigor”.

“Pero el más interesante es el caso francés en el que se ha producido una ruptura total con el pasado dado que, al igual que en Inglaterra, partía del punto de vista contrario, es decir, de la ilicitud sin culpa. No obstante lo cual, la Corte de Casación, ha empezado no ha mucho (ss. 5 de junio de 1979 y 12 de enero de 1981) a exigir la culpabilidad en el infractor, al menos y en todo caso cuando la infracción en el delito aparecen tipificados en la misma Ley, es decir, que en tales supuestos las normas penales se irradian a las infracciones administrativas<sup>6</sup>”.

Las referencias que reiteradamente se ha hecho a la culpabilidad en el derecho penal, no significan que el derecho disciplinario no goce de autonomía en este punto, pues el ámbito de protección de uno y otro es notoriamente diferente: El derecho penal ampara bienes jurídicos, de los cuales es titular, por regla general, una persona; el derecho disciplinario protege, en últimas, un interés del cual es titular toda la colectividad: la buena marcha de la administración pública para la realización de los fines del Estado.

Se ha llegado a afirmar, al amparo de las especiales relaciones de sujeción, en que se enmarca el vínculo del servidor público con el Estado, que, en tratándose de la culpabilidad disciplinaria “la idea central del dolo no está referida únicamente a los aspectos de conocimiento y voluntad, como en el derecho penal, sino que se resuelve en otras características como la de previsión efectiva. La previsibilidad se considera si está presente el antecedente lógico y psicológico de la evitabilidad de un resultado contrario a derecho y no deseado. La previsibilidad se desarrolla a través de la capacidad intelectual propia de la gente para asumir situaciones de un hombre de inteligencia y cultura media en un momento dado con la posibilidad de prever el evento como consecuencia de su conducta<sup>7</sup>”.

<sup>6</sup> NIETO GARCÍA Alejandro, Derecho Administrativo Sancionador, segunda edición ampliada, Madrid, Ed. Tecnos, 1994.

<sup>7</sup> GUERRERO PERALTA Óscar Julián, en “Panorámica General de la Reforma”, Conferencia dictada el 5 de marzo de 2002, dentro del Plan General de Capacitación, adelantado por el Instituto de Estudios del Ministerio Público de la Procuraduría General de la Nación, citado por C. A. GÓMEZ PAVAJEAU en la página 337 de la Segunda Edición de su “Dogmática del Derecho Disciplinario”, Universidad Externado, Bogotá, 2002.

Y, respecto a la culpa, el mismo autor citado precisó, más adelante: “Al asumir el sentido de la concepción clásica de la culpa como una variante de la culpabilidad se tiene que entender que, a diferencia de los generadores de la culpa que aparecen en el derecho penal (negligencia, impericia, imprudencia, etc.), en las nociones que trae el nuevo Código Disciplinario se hace una proyección a lo que la doctrina internacional reconoce como diligencia exigible al agente, esto es, la que se determina según la clase de actividad de que se trate y de la que puede y debe esperarse de persona normalmente razonable y sensata perteneciente a la esfera técnica del caso en el que se produce la falta<sup>8</sup>”.

Pero ha sido la Jurisprudencia de la Corte Constitucional, la que de una manera más precisa se refirió al concepto de culpa en materia disciplinaria, al decir:

“Al respecto la Corte señala que dado que el principal derrotero que guía la aplicación de las normas disciplinarias es el normal y correcto funcionamiento de la gestión pública, en nada resulta incompatible con dicha finalidad - por el contrario, la secunda y favorece- que el Estado imponga a sus servidores un deber general de cuidado, diligencia y corrección en el desempeño de sus funciones que, además, pueda ser sancionable por incumplimiento. Visto que los servidores públicos son responsables ante la ley, no sólo por quebrantarla, sino por omisión o extralimitación en ejercicio de las mismas, resulta legítimamente admisible que el Estado, a través del sistema disciplinario, imponga sanciones a aquellos que no cumplen, con el esmero requerido, las obligaciones asignadas por la normatividad”.

“Obsérvese que se considera culpa gravísima en primer término la ignorancia supina, que define el diccionario de la lengua de la Real Academia Española como “la que procede de negligencia en aprender o inquirir lo que puede y debe saberse”. Es decir que se considera como culpa gravísima la negligencia del servidor que pese a tener el deber de instruirse a efectos de desempeñar a la labor encomendada decide no hacerlo.”

“Otro tanto puede decirse de la definición de culpa grave en la que se incurre por inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones, conducta que no es la que corresponde esperar de una persona que ejerce funciones públicas a quien, por lo demás, se le exige un particular nivel de responsabilidad (arts 6 y 123 C.P).”

“Así las cosas lo que el actor considera elementos objetivos externos a las definiciones de culpa gravísima y de la culpa grave, son pura y simplemente la aplicación en este campo de la identidad propia del concepto de culpa en materia disciplinaria basada en la diligencia exigible a quien ejerce fun-

<sup>8</sup> *Ibidem*.

ciones públicas. Aplicación que no puede considerarse ajena a la conciencia del servidor público obligado a conocer y cumplir sus deberes funcionales.”

“Recuérdese que en el cumplimiento de los cometidos estatales y durante el ejercicio de las correspondientes funciones o cargos públicos, los servidores públicos no pueden distanciarse del objetivo principal para el cual fueron instituidos, como es el de servir al Estado y a la comunidad en la forma establecida en la Constitución, la ley y el reglamento y que por lo tanto, pueden verse sometidos a una responsabilidad pública de índole disciplinaria, tanto por omisión como por extralimitación en el ejercicio de sus funciones”.

Y es que, si “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, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”, según reza el inciso 2º del artículo 2º constitucional, tiene sentido esperar que, dada la magnitud de la misión puesta en sus manos, el legislador le haga a quienes actúan a nombre del Estado, una exigencia mayor de responsabilidad.

Desde la misma Carta Política, ese *plus* de exigencia se hizo, cuando se planteó la regla de responsabilidad que cobija a los servidores públicos, la cual se funda, no solo en la infracción a la Constitución y las leyes, como a los particulares, sino en la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones<sup>10</sup>.

Pero, como quiera que ese superior nivel de exigencia a que se enfrenta el servidor público, difícilmente podría ampararse en la sola pertenencia de este a la organización estatal, bajo una concepción ampliada del *contrato social*, sabiamente el Constituyente se anticipó a quienes podrían alegar una violación al principio de igualdad ante la ley, exigiendo que ningún servidor público entre a ejercer su cargo, sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben<sup>11</sup>.

Así las cosas, la responsabilidad del servidor público y la del particular a quien le es exigible responsabilidad de carácter disciplinario, trasciende del ámbito general cuyo único referente de exigibilidad es la pertenencia al grupo social, para pasar a una esfera mucho más restringida, cuya condición de validez es la voluntaria aceptación de las cargas que le impone el desempeño de la función pública encomendada.

<sup>9</sup> Sentencia C-948 de 2002.

<sup>10</sup> Artículo 6º de la Constitución Política de Colombia.

<sup>11</sup> Inciso 2º del artículo 122.

Pero si, por este aspecto hay diferencia en el derecho penal y en el disciplinario, en cuanto hace a la forma de deducir la culpabilidad, no hay lugar a hacer distinciones.

Por lo tanto, para poder comprender qué es la culpabilidad, debemos tener en cuenta las tres grandes teorías que se han expuesto sobre este tema, a saber: la psicológica, la psicológica normativa y la normativa o finalista.

La teoría psicológica corresponde a la llamada escuela clásica, esto es, al concepto clásico de acción. Esta teoría no define la culpabilidad sino que sólo se refiere a sus especies, al señalar que comprende tres: el dolo, la culpa y la preterintención. El dolo es simplemente querer el hecho típico. La culpa prever el hecho típico o no preverlo estando en posibilidad de hacerlo; y la preterintención cuando el resultado excede la intención del agente. Como se observa, la culpabilidad es el simple nexo psicológico entre la mente del agente y el resultado. Estas tres especies de la culpabilidad no son parte de la conducta, ya que esta es puramente objetiva. Esta teoría recibió severas críticas en razón a que hay eventos en que se quiere el resultado y sin embargo no hay dolo y otros, en los que no hay relación psicológica entre el autor y el hecho y, sin embargo, si hay culpabilidad. El primer evento ocurre cuando hay una causal de justificación y, especialmente, cuando se presenta el llamado estado de necesidad, como lo postuló, en 1907, Reinhard Frank en su obra que tituló “Acerca de la estructura del concepto de culpabilidad”. El segundo evento, ocurre en la llamada culpa sin previsión, pues si el agente no prevé el resultado, no se puede afirmar que hay relación entre él y el hecho. De aquí se concluyó que la culpabilidad no se agotaba en el simple vínculo psicológico sino que era necesario, además, que el juez concluyera que el individuo infringió la ley, es decir, actuó de manera antijurídica, cuando hubiera podido actuar conforme el derecho se lo exigía. En síntesis, que la esencia está en el reproche que se le hace al autor porque actuó de manera ilícita cuando hubiera podido actuar de manera lícita, esto es, que le era exigible un comportamiento distinto al observado y conforme a la ley.

Al tenor de esta teoría, no basta el simple nexo psicológico entre el autor y el hecho para que haya culpabilidad sino que es necesario el reproche que se le hace al agente, por serle exigible un comportamiento distinto. Pero como quiera que al único que se le puede reprochar es a la persona imputable, se concluye que para que haya culpabilidad se necesita la imputabilidad, el dolo o la culpa y la exigibilidad, siendo esta última un aspecto normativo. Así emergió la llamada teoría psicológica normativa o esquema neoclásico o técnico jurídico de la culpabilidad.

La teoría finalista parte de la base de que la acción no es objetiva sino que es objetiva y subjetiva. Toda acción implica la voluntad y la voluntad siempre comporta la finalidad.

En otros términos la acción o conducta naturalísticamente considerada no es simplemente un actuar externo, lo que sería apenas una parte de la acción, sino que, fatalmente, en toda acción humana existe un aspecto subjetivo, lo que significa que el dolo y la culpa no son especies de la culpabilidad, como lo propugnaron los causalistas y los neocausalistas, sino que son parte de la acción, es decir, modalidades de la conducta. En ese sentido el dolo es simplemente querer el tipo objetivo. Sin embargo, ese dolo colocado en la acción no implica el reproche, sino que es simplemente un dolo incoloro o avalorado. Para entender mejor, para los causalistas el dolo implicaba no solo querer el hecho sino tener conciencia de su ilicitud, además, era parte de la culpabilidad. Para los finalistas es solo querer el hecho, y no es parte de la culpabilidad sino de la conducta. La conciencia de la ilicitud entra a formar parte de la culpabilidad.

Para esta teoría la culpabilidad comprende los siguientes aspectos: en primer lugar, la imputabilidad; en segundo lugar, la conciencia actual o potencial de la ilicitud del comportamiento; y en tercer lugar, la exigibilidad de una conducta diferente a la observada y conforme a derecho.

La culpabilidad es, en consecuencia, el simple reproche que se le hace al sujeto imputable por haber actuado de manera típica y antijurídica cuando podía y debía actuar, como el derecho se lo exigía.

El colocar el dolo, la culpa y la preterintención, como modalidades de la conducta y sacarlo de la culpabilidad, trajo importantes consecuencias desde el punto de vista de las eximentes de responsabilidad, lo que llevó a distinguir entre el error de tipo, que excluye el dolo y, por ende, el tipo; y el error de prohibición que excluye la conciencia de la ilicitud y, por consiguiente, la culpabilidad.

Ciertamente, en el proceso disciplinario, al igual que en el penal, la culpabilidad es un predicado de un sujeto: la conducta típica. En consecuencia, también en la ley disciplinaria, las categorías de dolo y culpa tienen que corresponder a formas de conducta y no a formas de culpabilidad.

Y, dado que en derecho disciplinario, la tipicidad lleva inmersa la antijuridicidad, al punto que se afirma, no sin razón, que *las conductas son típicamente antijurídicas*, el concepto de culpabilidad se predica, entonces, de las conductas que reúnen las dos características, siempre que sea viable el reproche al investigado, por estar en posibilidad de actuar de manera diferente a como lo hizo y conforme a la norma que determina el deber funcio-

nal; es decir, por serle exigible la realización de una conducta diferente, atendiendo a las circunstancias en que se desempeñaba.

Adviértase que en la Ley Disciplinaria, es la *conducta* el referente de verificación, para efecto de edificar el reproche: Así se infiere, entre otras disposiciones, de los artículos 23, 26 y 28 de la Ley 734 de 2002. Surge de ello, el que a la Ley Disciplinaria le interesa es la conducta de quienes están puestos bajo su égida (servidores públicos y, excepcionalmente, los particulares) y no los simples procesos causales desvinculados del elemento volitivo, en cuanto afecten un deber funcional, sin justificación valedera.

Resumiendo lo precedentemente expuesto, podemos afirmar que el dolo y la culpa se predicen de la conducta típica (típicamente antijurídica, en derecho disciplinario), en tanto conciencia, voluntad y previsibilidad son los presupuestos de la ocurrencia de aquélla (las conductas humanas, no son fortuitas, sino que obedecen a la concurrencia de dichas causas).

Así las cosas, el concepto de culpabilidad queda reducido al juicio de reproche, producto de la imputabilidad y a la posibilidad de exigir otro comportamiento al sujeto disciplinado.

Con todo, el sustento de dicho reproche se funda en la libertad del individuo, concepto este que no debe aceptarse de manera acrítica: Si bien, un sector de la doctrina aboga por la tesis del libre albedrío, según la cual la conducta obedece, exclusivamente, a factores endógenos, de manera que el servidor público, por estar dotado de razón, decide libremente sin limitación alguna, al confrontar los casos que nos plantea el ejercicio de la función, encontramos que la realidad de nuestro país es, en no pocas ocasiones, muy diversa.

Surge, entonces, la necesidad de abandonar la exclusividad de ese paradigma y dar cupo, en el entendimiento previo a la emisión del juicio, a la tesis del determinismo, en virtud de la cual, los servidores públicos, en algunas ocasiones, no sólo no son absolutamente libres al decidir, sino que por el contrario, se encuentran determinados por causas endógenas (las hereditarias y las congénitas) o por las circunstancias exógenas (físicas: clima y topografía; sociales: económicas, religiosas, políticas, culturales, etc), que, en la medida en que sean mayores, aminoran el nivel de reproche, por disminuir su libertad.

Sin embargo, no es la intuición lo que debe guiar al investigador en el logro del imperativo que le es exigible: (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 quienes intervienen en el proceso)<sup>12</sup>;

<sup>12</sup> Artículo 20 de la Ley 734.

no, es una investigación detallada de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrió la conducta, lo que, podrá llevarlo a cumplir con el noble propósito de decidir en justicia y, de paso, hacer efectiva la imparcialidad que el funcionario investido de autoridad disciplinaria, debe demostrar en la búsqueda de la prueba<sup>13</sup>.

Téngase siempre presente que es en pruebas legalmente aportadas al proceso, en las que debe fundarse cualquier tipo de reproche, no en el simple criterio caprichoso del investigador.

Es pertinente traer a colación, para explicitar la afirmación precedente, un aparte de la argumentación disidente de un Magistrado de la Corte Constitucional, en una providencia reciente:

“Si en gracia de discusión se admitiera que en efecto el accionante incumplió el deber de constatar la veracidad de los documentos con fundamento en los cuales aprobó la liquidación del contrato, considero que subsiste inmodificable la necesidad de que se pruebe el grado de culpabilidad con que ha actuado, esto es, el dolo o la culpa. Lo que no resulta de recibo es que frente a la ausencia de una prueba que permita declarar la responsabilidad a título de dolo, simplemente se degrade la modalidad del ilícito para insistir en el reproche, quedando eximida la Procuraduría de probar la que en menor grado imputa y declara. Si bien es cierto que la modificación en este sentido no acarrea por sí sola la vulneración del debido proceso, a mi juicio, con esta lógica se eludió y degradó también la exigencia de la carga probatoria. Si se observa el expediente, la entidad accionada parece haber encontrado un fundamento para eludir el deber de probar la culpa, en el hecho escueto de la disminución del grado de responsabilidad en que imputaba la falta, como si acaso hacerlo a un título menos gravoso le eximiera de sus cargas, entre las cuales se cuenta la de considerar las causales eximentes de responsabilidad”<sup>14</sup>.

Pero, antes de pasar al estudio de las causales de exclusión de responsabilidad disciplinaria, que ya se adivina como tema a tratar en la secuencia que se viene desarrollando, veamos, brevemente, algo acerca de los títulos de imputación disciplinaria: El dolo y la culpa.

La regla general es que todos los ilícitos disciplinarios pueden ser realizados con dolo. Excepcionalmente, habrá algunos cuya única posibilidad de reali-

<sup>13</sup> El artículo 129 del C.D.U., al referirse al deber de imparcialidad del instructor del proceso, afirma: “El funcionario buscará la verdad real. Para ello deberá investigar con igual rigor los hechos y circunstancias que demuestren la existencia de la falta disciplinaria y la responsabilidad del investigado, y los que tiendan a demostrar su inexistencia o lo eximan de responsabilidad. Para tal efecto, el funcionario podrá decretar pruebas de oficio”.

<sup>14</sup> Salvamento de voto del Magistrado RODRIGO ESCOBAR GIL, en la Sentencia SU-905 de 2005.

zación sea culposa. Así, pues, salvo aquellos casos en que la estructura del tipo lo haga imposible, toda falta dolosa, tiene su equivalente culposo.

Empero, teniendo en cuenta que el reproche disciplinario se funda en la conducta del servidor público, siendo el resultado apenas un elemento objetivo de la intensidad de este, pero no un elemento esencial para su procedibilidad, concluimos que las nociones de dolo y culpa desarrolladas por el derecho penal, no pueden ser usadas por el derecho disciplinario.

Se entiende, entonces, como lo afirma el doctor Gómez Pavajeau, que “para que exista dolo basta que la persona haya tenido conocimiento de la situación típica aprehendida en el deber que sustancialmente se ha infringido, y haya captado que le corresponde actuar conforme al deber. El conocer ya involucra el querer, pues si conozco y realizo la conducta es por que quiero, lo cual ha sido pregonado por HRUSCHKA al sentenciar que “quien sabe lo que hace y lo hace, quiere hacerlo”.

“En fin, como concluye JAKOBS, “no se puede formar ninguna imprudencia consciente (luxuria) con un aspecto intelectual que sea idéntico al aspecto intelectual del dolo”; por tanto, la culpa se reduce a la culpa inconsciente, pues la culpa consciente ya es dolo”<sup>15</sup>.

Sin embargo, el hecho de que se entienda esta percepción de la culpabilidad, fundada, se reitera, en el objeto de protección del derecho disciplinario, no quiere decir que de manera pacífica se acepten las consecuencias que de ella se puedan derivar. Especialmente, en cuanto hace a las faltas de carácter omisivo, cuya configuración naturalística dista tanto de las activas.

Ciertamente, si tenemos en cuenta que, como lo sostuvo ENRIQUE BACIGALUPO, siendo Magistrado del Tribunal Supremo Español “en el delito de omisión la característica básica del dolo es la falta de decisión de emprender la acción jurídicamente impuesta al omitente”<sup>16</sup>, resulta arriesgado concluir que “el dolo de la omisión se debe apreciar cuando el omitente, a pesar de tener conocimiento de la situación de hecho que genera el deber de actuar y de su capacidad de realizar la acción, no actúa”<sup>17</sup>.

Es riesgosa esta postura, se precisa, en la medida en que no se tenga el suficiente soporte probatorio, pues es menester probar, no sólo el deber funcional incumplido, sino, especialmente, la posibilidad que el implicado tenía,

<sup>15</sup> GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. Op. cit. págs. 340 y 341.

<sup>16</sup> Cita hecha por PATRICIA LAURENZO COPELLO en “Dolo y Conocimiento”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 170.

<sup>17</sup> *Ibidem*.

no solo de conocerlo, sino de ejecutarlo. Solo de esta manera, se puede argumentar una imputación, con un raciocinio como el que se viene de plantear.

En términos coloquiales, podríamos afirmar que el respaldo probatorio de las providencias, es el mejor abogado contra las acusaciones de prevaricato.

La realización del tipo disciplinario, sin que sea predicable en el servidor público autor de la conducta, el conocimiento actual del deber infringido, pero sí la posibilidad de conocerlo, da lugar a la atribución de *culpa*.

Así las cosas, el simple desconocimiento de los deberes, constituye culpa. De allí surge la posibilidad de afirmar que el legislador censura la ocurrencia de un hecho evitable, como corolario del mayor nivel de diligencia que al servidor público le es exigible.

De tal forma se explica el deber contenido en los numerales 2º y 40 del artículo 34 de la Ley 734, el primero de ellos referido a la “diligencia” exigible en la conducta del servidor y el segundo a la obligación de capacitarse y actualizarse en el área donde se desempeña la función. De igual forma, se justifica el mayor nivel de reproche que, en concordancia con el principio de proporcionalidad, presupone la culpa gravísima, por ignorancia supina, desatención elemental o violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento.

Teniendo en cuenta que una cita jurisprudencial precedente nos permitió una aproximación al concepto “ignorancia supina”, nos resta referirnos a la “desatención elemental”, como parámetro del deber objetivo de cuidado y a la “violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento:

La primera, consiste, en palabras de Eugenio Cuello Calón, en “La omisión de las precauciones o cautela más elementales, o el olvido de las medidas de racional cautela aconsejadas por la previsión más elemental que deben ser observadas en los actos ordinarios de la vida, o por una conducta de inexcusable irreflexión y ligereza”<sup>18</sup>.

Por su parte, la “violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento”, se refiere a “casos en los cuales la observancia de la prescripción reglamentaria ordenare artificialmente las cosas, al disponer de antemano y en ciertas y específicas situaciones un cuidado especial y obligatorio que por recibir tratamiento especial en la norma sirve como parámetro de recuerdo ineludible para el cumplimiento diligente de la función”<sup>19</sup>.

<sup>18</sup> CUELLO CALÓN, Eugenio. Derecho Penal. Parte General, T. 1, Vol. 1, Barcelona, Ed. Bosch, 1980, Pág. 478.

<sup>19</sup> GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. *Op. cit.*, pág. 360.

En cuanto hace a la categoría “culpa grave”, ha de precisarse que la “persona del común” a que alude como punto de referencia para estandarizar el nivel de exigibilidad, el artículo 44 de la Ley Disciplinaria en su parágrafo, debe entenderse como aquella sometida a la relación de sujeción especial, no determinada particularmente por funciones ni jerarquías, es decir, el servidor público promedio.

Pasemos, ahora si, a ver de qué maneras el principio fundante de la dignidad del ser humano permite, al mismo tiempo, soportar la exigencia necesaria de la culpabilidad, como fundamento de la responsabilidad disciplinaria, y su exclusión, por la presencia de factores que afecten la capacidad y aptitud del servidor público, para conducirse conforme al deber ser funcional que le es propio:

La primera de ellas es la fuerza mayor y el caso fortuito, pues ante la impotencia de obrar conforme a la voluntad en que, con ellos, se pone al sujeto pasivo de la exigibilidad disciplinaria, llegaríamos directamente a la responsabilidad objetiva<sup>20</sup>.

En segundo lugar, la colisión de deberes a que se refiere el numeral 2 del artículo 28 de la ley disciplinaria es, junto con la necesidad de salvar un derecho propio o ajeno al cual deba ceder el cumplimiento del deber, modalidad de lo que podríamos denominar “la inexigibilidad de otra conducta”.

Así las cosas, es lógico concluir, entonces, que si por culpabilidad entendemos el juicio de reproche que surge por obrar en contravía del deber funcional, teniendo una posibilidad de conducta distinta, para que se configure la censura oficial a la conducta, es menester, justamente, que esa otra posibilidad de actuar exista.

Los eventos venidos de citar (numerales 2 y 4 del artículo 28), se refieren, precisamente, a la inexistencia de ese otro comportamiento deseable. En el primer caso, porque la supremacía constitucional prevista en el artículo 4º de la Carta, impone la inobservancia de normas de inferior jerarquía contrarias a ésta.

En el segundo evento, cuando se hace prevalecer un deber legal de mayor importancia que el sacrificado, el legislador le reconoce, al servidor público, la inteligencia suficiente para discernir, en presencia de normas de distinto nivel jerárquico<sup>21</sup>.

<sup>20</sup> Bastante ilustrativa al respecto, es la sentencia C-597 de 1996, con ponencia del Magistrado ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

<sup>21</sup> Sobre la jerarquía de las leyes, recomendamos la lectura del trabajo doctoral del Magistrado HUMBERTO SIERRA PORTO, siendo estudiante de la Universidad Autónoma de Madrid, titulado “Concepto y tipos de ley en la Constitución Colombiana”, que fuera publicado por la Universidad Externado en 1998.

Ahora bien, cuando el deber funcional se sacrifica por colisión con un derecho, el legislador le dio al intérprete de la normativa disciplinaria, para el análisis de tal situación, la posibilidad de hacer una ponderación de las situaciones confrontadas, teniendo en cuenta la necesidad, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad, de manera tal, que el principio de la dignidad humana y el antropocentrismo de la Constitución de 1991, hacen su irrupción salvadora de las garras de la instrumentalización a que, de no existir las causales comentadas, estaría condenado el servidor público.

De otra parte, una orden legítima de autoridad competente, emitida con las formalidades legales, puede eventualmente eclipsar el cumplimiento de un deber, de modo que estaríamos ante la derogatoria expresa o tácita del deber primigenio, o ante la apariencia de dicha derogatoria, caso en el cual, el servidor público puede alegar la presunción de legalidad de los actos administrativos (las órdenes lo son), entendible, además, por la dinámica propia de las organizaciones administrativas.

Con todo, lo hasta aquí planteado, en torno a las causales de exclusión de responsabilidad, no se refiere directamente a la culpabilidad, salvo por la atribuibilidad del resultado causado, pues la primera de ellas, apunta es a la ausencia de conducta (el hecho es producto de una cadena causal no atribuible a la voluntad del sujeto), en tanto que las tres restantes, se refieren, claramente, a la antijuridicidad.

De igual forma, cuando el resultado lesivo del deber funcional, es producto de “insuperable coacción ajena o miedo insuperable”, tenemos claro que lo que se afecta es el momento previo a la realización de la conducta típica, no siendo predicable de la que se llegare a realizar, la voluntariedad del agente estatal.

Las reglas para el reconocimiento de esta causal y su aceptación como excluyente de responsabilidad, son las mismas que enseña el derecho penal.

En cuanto hace al error, ha de advertirse, preliminarmente, que la imposibilidad de distinguir, en materia disciplinaria, entre tipicidad y antijuridicidad (las faltas son típicamente antijurídicas, dijimos precedentemente), impide hacer la distinción clásica entre error de tipo y error de prohibición. Así las cosas, sólo resta referirnos a la característica que aquel debe reunir, para que sea viable tenerlo como eximente de responsabilidad y no como motivo de punición por desconocimiento del deber funcional.

La convicción errada, que sirve para excusar el cumplimiento del deber funcional, debe ser simultáneamente invencible, esto es, imposible de ser superada, dentro de las circunstancias actuales del servidor público. Sólo de esta manera se excluye toda posibilidad de reproche y sanción; pero cuando es

vencible, se predicará la existencia de una falta disciplinaria culposa, siempre que el respectivo tipo disciplinario admita esta forma de responsabilidad, pues, en caso contrario, la conducta será atípica.

La experiencia demuestra que las conductas culposas por este tipo de error son abundantes, en la medida en que los servidores públicos acceden a dicha dignidad, en muchas ocasiones, sin la suficiente idoneidad para el desempeño de las funciones que les son propias.

Tal es el caso de la “culpa por asunción” que se le ha endilgado a muchos mandatarios locales que, alegan desconocer o ser mal asesorados, en cuanto hace al ejercicio de las funciones que les compete, ignorando que el ordenamiento jurídico, a partir de la ley 734, propugna por un ejercicio responsable de la función pública, de manera que las exigencias que la amplitud del sistema democrático no hace para la escogencia de quienes van a ocupar los más altos cargos de la administración pública, las hizo el legislador al referirse al régimen de la responsabilidad disciplinaria con que se ausulta el ejercicio de sus funciones.

De esta forma, tácitamente el legislador colombiano está exigiendo unos títulos de idoneidad, no formales, para el desempeño de ciertos cargos públicos, lo que, a nuestro modo de ver, está plenamente justificado en la prevalencia del interés general, al servicio del cual debe actuar el Estado.

Finalmente, habrá lugar al reconocimiento de una inhabilidad sobreviniente, cuando se reconozca que el servidor público envuelto en el trámite de un proceso disciplinario en su contra, es inimputable.

Tal proceder debería ser una constante en la administración pública, no solamente como consecuencia de un proceso disciplinario, que presupone la ocurrencia previa de un hecho contrario al deber funcional, sino de manera oficiosa, con cierto margen de periodicidad, pues así como se constata la idoneidad psicológica de quienes aspiran a ingresar a la función pública, así mismo, debiera verificarse la capacidad de quienes permanecen vinculados a ésta, evitando así la infracción a los deberes funcionales y, eventualmente, la materialización de un perjuicio irremediable.

Se impone concluir que la inimputabilidad del disciplinado, excluye la posibilidad de atribuirle conducta típica, pues por más voluntad que pueda tener para su realización, le falta la capacidad de comprender lo que hace o la capacidad de autorregular su voluntad frente a esa comprensión.

Por último, hay que decir, que uno de los criterios de graduación de la falta, es el grado de culpabilidad, con relación a la calificación de grave o leve, pues, la gravísima, tiene establecida cual es la sanción, según lo determinó el legislador.



**LIBRO SEGUNDO**  
**PARTE ESPECIAL**



# PRECISIONES SOBRE EL CONTRATO ESTATAL DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

Por: MARIO ROBERTO MOLANO LÓPEZ\*

## Planteamiento del problema

**E**l de prestación de servicios, es un género de contrato que hace referencia a manifestaciones de la contratación del Estado sujetas a distintos tratamientos por parte del ordenamiento jurídico y con diferentes consecuencias en torno a la celebración, ejecución, liquidación. Así, por ejemplo, una es la situación de los contratos cuyo objeto comporta actividades de apoyo logístico a la entidad estatal, y otra distinta la de aquel que implica el ejercicio actividades propias de la misión público-funcional de la entidad. Igualmente, una es la situación de los contratos que traen causa en el ejercicio de una profesión liberal y otra distinta, el de la intermediación de seguros, o el del mantenimiento preventivo y correctivo de equipos, etc.

Se trata de varias realidades que exigen una precisión a los efectos de una mayor comprensión de un fenómeno cotidiano a la actividad de las administraciones públicas y que, en el mismo orden de ideas, no es ajeno al tratamiento disciplinario como quiera que se trata de una figura contractual a la que recurrentemente acuden las entidades estatales para el cumplimiento directo o inmediato de la misión que le es propia.

En este breve espacio, nos ocuparemos de: i) los elementos básicos del contrato de prestación de servicios, tal y como lo regula en términos generales el artículo 32.3 de la Ley 80 de 1993; y, por otra parte, formularemos algunas reflexiones o sugerencias ii) sobre el alcance del numeral 29 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, el cual califica como falta gravísima una de las

---

\* Procurador Segundo Delegado para la Contratación Estatal.

irregularidades predicables de algunas modalidades del contrato en estudio; y, iii) sobre la celebración del contrato de prestación de servicios profesionales.

## **1. Elementos básicos del contrato estatal de prestación de servicios**

El contrato de prestación de servicios es el que celebra una Entidad Estatal con una persona natural o jurídica a la cual le encomienda la realización de una actividad que consiste en una actividad de hacer una obligación de hacer actividad que está relacionada con la administración y funcionamiento de la Entidad o con una actividad complementaria de la misma y por un término estrictamente indispensable para su culminación.

El artículo 32 numeral 3 del mencionado estatuto, define el contrato de prestación de servicios “como aquellos que celebran las Entidades Estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la Entidad. Estos contratos solo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no pueden realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

“En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable”.

A su vez los literales d) y l) del numeral 1º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, establecen que:

“1. La escogencia del contratista se efectuará siempre a través de licitación o concurso públicos, salvo en los siguientes casos en los que se podrá contratar directamente:

“... ”

“d) Para la prestación de servicios profesionales o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo pueden encomendarse a determinadas personas naturales o jurídicas, o para el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas;

“... ”

“1. Los contratos que celebren las entidades estatales para la prestación de servicios de salud...”.

Como se puede apreciar el contrato de prestación de servicios se encuentra regulado en el estatuto general de la contratación estatal como de aquellos que celebra una entidad estatal de aquellas descritas en el artículo 2º de la Ley 80 de 1993, elemento que resulta determinante para la tipificación del contrato en la medida en que la naturaleza jurídica de este tipo de entidades es factor determinante de la esencia de la actividad en la que consistirá el contrato, pues el mismo solamente puede tener por objeto la realización de una actividad relacionada con

la administración y funcionamiento de dicha entidad que es de naturaleza estatal o con una actividad complementaria de la misma o de apoyo a su labor.

Ahora bien, de conformidad con las disposiciones transcritas el contrato de prestación de servicios está regido por tres factores de restricción como son:

**El factor de excepcionalidad:** Porque si bien la entidad estatal al momento de su creación y dentro de su funcionamiento ha definido la estructura de funciones y empleos, solo ante problemas objetivamente verificables que denoten carencia de personal para la actividad relacionada con su funcionamiento o administración o complementarias a esta, procede la celebración del contrato que, además, por citado expresa prohibición del citado artículo 32 numeral 3º de la Ley 80 de 1993, no puede convertirse en una relación de carácter laboral.

**El factor de temporalidad:** Significa que el contrato debe celebrarse por el tiempo estrictamente necesario para cumplir la actividad la que debe ser calificada objetivamente como excepciones, porque en principio debe ser atendida por personal de planta, es decir, que el tiempo del contrato debe determinarse con toda precisión antes de la celebración del mismo.

**El factor autónomo:** Porque se requiere la independencia del contratista es decir de este disponga de autonomía técnica o científica y de un amplio margen de discrecionalidad para desarrollar las labores que específicamente componen el objeto de la prestación de hacer que es la característica del contrato de prestación de servicios

Es evidente que como cada entidad estatal es titular de funciones públicas y estas funciones a su vez se prestan por parte del personal perteneciente a la misma, sólo de manera excepcional y en los casos demostrables en que no puedan realizarse las actividades por dicho personal, estas podrán ser ejercidas a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios. De allí que la vigencia del mismo no pueda ser indefinida, es decir que su duración debe ser por un tiempo limitado, que no puede ser otro distinto que el estrictamente indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido.

De modo que, ante la hipótesis que las actividades que pretendan ser atendidas por el objeto contractual de prestación de servicios demanden una permanencia mayor o indefinida, de tal modo que superen los factores de excepcionalidad y de temporalidad, para convertirse en actividades permanentes conforme al criterio señalado por la Corte Constitucional, será necesario que la entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 122 de la Carta disponiendo de las actuaciones necesarias para contemplar en la respectiva planta las modificaciones pertinentes conforme a las reglas presupuestales que la rijan.

A esta conclusión llega la Corte Constitucional, al hilo de la constitucionalidad del artículo 32.3 citado, cuando afirma en la sentencia C-154 de 1997 que:

“En el caso de que las actividades con ellos atendidas demanden una permanencia mayor e indefinida, excediendo su carácter excepcional y temporal para convertirse en ordinario y permanente, será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se dé cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 122 de la Carta Política, según el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente. Por último, teniendo en cuenta el grado de autonomía e independencia del contrato de prestación de servicios de que trata el precepto acusado y la naturaleza de las funciones desarrolladas, no es posible admitir confusión alguna con otras formas contractuales y muchos menos con los elementos configurativos de la relación laboral, razón por la cual no es procedente en aquellos eventos el reconocimiento de los derechos derivados de la subordinación y del contrato de trabajo en general, pues es claro que si se acredita la existencia de las características esenciales de este quedará desvirtuada la presunción establecida en el precepto acusado y surgirá entonces el derecho al pago de las prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo”.

Por otro lado, si el contrato de prestación de servicios supera el factor de independencia o autonomía del contratista e incursiona en los terrenos propios de una relación de sujeción especial, como la que se deriva de una relación público-laboral, es decir, que deja de ser una relación de coordinación para convertirse en una relación de subordinación de tiempo, modo y lugar se desvirtuaría la naturaleza excepcional y temporal que ampara como presunción la posibilidad de celebrar un contrato de prestación de servicios y podría generar, en opinión de la Corte Constitucional, una realidad propia de las formas del contrato de trabajo.

En efecto, tales calidades son reconocidas en el examen de constitucionalidad elaborado por la Corte Constitucional, cuando sostiene que:

“3. Características del contrato de prestación de servicios y sus diferencias con el contrato de trabajo. El contrato de prestación de servicios a que se refiere la norma demandada, se celebra por el Estado en aquellos eventos en que la función de la administración no puede ser suministrada por personas vinculadas con la entidad oficial contratante o cuando requiere de conocimientos especializados, para lo cual se establecen las siguientes características: a) La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual

se acuerdan las respectivas labores profesionales. El objeto contractual lo conforma la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad respectiva, es decir, relacionadas con el objeto y la finalidad para la cual fue creada y organizada. Podrá, por esta razón, el contrato de prestación de servicios tener también por objeto funciones administrativas en los términos que se establezcan por ley, de acuerdo con el mandato constitucional contenido en el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política, según el cual "... Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley"; b) La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. Esto significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas. Es evidente que por regla general la función pública se presta por parte del personal perteneciente a la entidad oficial correspondiente y sólo, excepcionalmente, en los casos previstos, cuando las actividades de la administración no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, aquellas podrán ser ejercidas a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios; c) La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido\*\*.

En este punto resulta necesario delimitar dos campos de acción respecto de los cuales pueden tener ocasión la celebración de un contrato de prestación de servicios a saber:

A. Por un lado, el contrato puede celebrarse para realizar una obligación de hacer directamente relacionada con la administración y funcionamiento de la Entidad. Es decir puede comportar actividades de colaboración con el ejercicio de la función pública asignada a la Entidad, de apoyo a la misma o de manera muy excepcional y, en todo caso, dentro de los marcos señalados por la Constitución y la Ley para el ejercicio de funciones públicas por particulares, el contrato en ese contexto también podría tener como objeto el ejercicio de una función pública de las asignadas por mandato de la Ley a la entidad contratante.

B. Por otro lado, el contrato también se puede celebrar para realizar una actividad complementaria de lo que hace la entidad, entendida tal actividad como una de carácter logístico, esto es, de aquellas que requiere toda organización pública o privada que no forman parte del núcleo duro de su misión y no forman parte ni del ámbito de su administración, ni del conjunto de funciones públicas asignadas, pero que resultan necesarias para el cotidiano desenvolvimiento de la mis-

\* *Ibidem*.

ma. Se trata de aquellas actividades que si las deja de hacer la entidad no perdería su naturaleza legal, pero que en todo caso se vería afectada en su desenvolvimiento práctico como, por ejemplo, la que tiene que ver con el servicio de mensajería, de aseo, de transporte, de vigilancia entre otros no menos útiles.

Ahora bien, cuando el contrato, sin distingo alguno, deba celebrarse con personas naturales se debe desvirtuar la presunción de suficiencia de planta de personal. Esa connotación específica es ampliamente reconocida tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. Así la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado reiteradamente ha sostenido que: “Como se sabe, el contrato de prestación de servicios, conforme al artículo 32.3 de la Ley 80 de 1993, es el celebrado por las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, que en el caso de las personas naturales sólo puede suscribirse cuando tales actividades no puedan adelantarse con personal de planta o se requieran conocimientos especiales. Se trata, pues, de un contrato de derecho público regulado especialmente”<sup>1</sup>.

Esta delimitación, entre actividades directamente relacionadas con las funciones básicas de la entidad estatal y actividades logísticas o complementarias para su desenvolvimiento se ha convertido en materia de discusión doctrinal entorno a las modalidades de outsourcing o traslado vía contractual de actividades logísticas a terceros, para disminuir costos y garantizar eficiencia. No obstante, es poco lo que la doctrina del derecho público avanza en esa materia, sin que ello se pueda dejar de lado, por una parte, la remisión que a las normas del derecho común hace el estatuto contractual para la escogencia de las modalidades contractuales; pero, por otro lado, a las restricciones provenientes de las funciones del personal de planta y las reglas del factor cuantía para determinar el procedimiento selectivo del contratista.

Sobre la delimitación entre actividades directamente relacionadas con las funciones de la entidad estatal y otras actividades logísticas o de apoyo material la doctrina de la Sala de Consulta se ha expresada así:

“Desde otra perspectiva de análisis, la Sala considera que por fuera del ejercicio propiamente de funciones públicas y que por tanto no corresponden al objeto principal de la entidad, es decir, dentro del ámbito de las actividades complementarias –de apoyo a la función administrativa– es procedente la contratación con particulares; para tales eventos, el contrato pertinente es el de suministro, definido de este modo por el Código de Comercio:

ARTÍCULO 968. El suministro es el contrato por el cual una parte se obliga, a cambio de una contraprestación, a cumplir en favor de otra, en forma independiente, prestaciones periódicas o continuadas de cosas o servicios.

<sup>1</sup> Radicación No. 1229, concepto de 19 de noviembre de 1999.

Mediante el contrato de suministro es viable entonces que la administración pública cumpla actividades de apoyo o complementación de la función administrativa, tal como ocurre en los casos específicos de la atención de los servicios de aseo, mantenimiento, cafetería, y vigilancia, siempre que se obre con sujeción a los principios orientadores de la función administrativa: igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, y dentro del marco estatutario previsto en la ley 80 de 1993<sup>2</sup>.

Por otra parte, la reseñada delimitación entre actividades directamente relacionadas con el marco funcional de la entidad estatal y otras actividades, como objeto del contrato de prestación de servicios, va a resultar de especial importancia para definir el alcance de la falta gravísima tipificada en el numeral 29 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, frente a posiciones aparentemente encontradas entre Consejo de Estado y Corte Constitucional, como se verá en los siguientes párrafos

Colorario de lo que se ha dicho a esta altura, debe precisarse que si el principio general contemplado en el Estatuto Contractual para la selección de contratista es la de acudir al procedimiento de la Licitación Pública, las únicas excepciones que rigen en materia del contrato de prestación de servicios residen en los casos de la prestación de servicios profesionales, de la prestación de servicios de ciencia y tecnología, de la elaboración de trabajos artísticos y de la prestación de servicios de salud. Significa que salvo los casos que se acaban de señalar, la celebración de todo contrato de prestación de servicios estará regido por el factor cuantía de la Contratación Estatal y, en consecuencia, de acuerdo al valor estimado del contrato, y en aplicación de los criterios contemplados en los artículos 1º, párrafo 1º; 2º, párrafo 1º; y 11 del Decreto 2170 de 2002 en concordancia con el numeral 1º literal a) del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, será necesario determinar el valor de la menor cuantía para que a partir de ese monto pueda determinarse si el contrato ha de celebrarse por la vía de la licitación pública cuando supera el mismo; por la vía del procedimiento contemplado en el artículo 11 del Decreto 2170 cuando corresponda a un valor inferior, o a través de la contratación directa con la sola exigencia de consultar los precios del mercado y sin necesidad de obtener pluralidad de ofertas, si es que el valor del contrato no supera el 10% de la menor cuantía o, por su monto, es de aquellos que pueden realizarse sin formalidades plenas de acuerdo con los rangos presupuestales definidos en el párrafo del artículo 39 del estatuto contractual.

Dicho en otras palabras: cuando se trate de contrato de prestación de servicios de aquellos que no están contemplados ni en el literal d) ni el literal l)

<sup>2</sup> Radicación 951 concepto de 27 de agosto de 1997.

del numeral 1º del artículo 24 mencionado, será necesario determinar la cuantía conforme a los rangos presupuestales de la Entidad para establecer si el contrato ha de realizarse por Licitación Pública o por los otros dos procedimientos mencionados en función de su cuantía. Las situaciones reguladas en los citados literales, como excepciones a la regla general, son de aplicación restrictiva, no son susceptibles de analogía ni cabe en ellas hipótesis siquiera similares.

El sometimiento al factor cuantía, salvo los casos expresos de los mencionados literales ha sido expresamente señalada por la Sala de Consulta del Consejo de Estado, cuando sostiene que:

“La tipificación de este contrato constituye el género, pues existen subtipos o subespecies de contratos de prestación de servicios, como son los consagrados en los literales d) y l) del artículo 24 ibídem, esto es, los de servicios profesionales, los de ejecución de trabajos artísticos que sólo pueden encomendarse a determinadas personas naturales o jurídicas, los destinados al desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas y a la prestación de servicios de salud. La obligatoriedad de abrir licitación o concurso - principio general de la contratación estatal -, se exceptúa en los casos enlistados en el artículo 24 ibídem, precepto que autoriza e tales eventos la contratación directa. Las excepciones al principio general, señaladas en el literal d) del artículo 24, se fundan en razones especiales de formación profesional, experiencia y capacitación o de aptitudes sui generis como es el caso de las dotes artísticas y, por lo tanto, la administración al contratar, lo hace en consideración a las calidades del contratista. Las prestaciones propias del género y de las subespecies del contrato de prestación de servicios, podrán ser contratadas con personas naturales cuando la entidad estatal carece de personal de planta para adelantar la actividad de administración o funcionamiento requerida, o cuando se precisa de un saber profesional, científico, artístico o técnico especial para el cumplimiento de las funciones propias de la entidad, requisitos que fluyen del tenor mismo de los literales propias de la entidad, requisitos que fluyen del tenor mismo de los literales del artículo 24 citado, así como del artículo 32 el que exige, para su procedencia, que el contratista cuente con “conocimientos especializados”. Los mismos contratos podrán celebrarse con personas jurídicas, siempre que se cumplan las condiciones y requisitos mencionados, tomando en cuenta lo dispuesto en el párrafo art. 30 ibídem”<sup>3</sup>.

Visto lo anterior, resulta necesario señalar que lo establecido en el inciso 2º del artículo 13 del decreto 2170 de 2002, en cuya virtud se pretende reglamentar el alcance del literal d) del numeral 1º del artículo 24 del Estatuto Contractual, no puede tener un alcance que supere la delimitación estableci-

<sup>3</sup> Radicación No. 1229, concepto de 19 de noviembre de 1999.

da para los contratos de prestación de servicios profesionales, artísticos o de ciencia y tecnología. Es decir que la posibilidad de contratación de servicios personales para el cumplimiento de una tarea específica y de manera transitoria que es a lo que se refiere en citado inciso 2 solamente puede aplicarse cuando dicha prestación de servicios personales se encuadre en una de estas tres modalidades de prestación de servicios, esto es, profesionales, de ciencia y tecnología, o elaboración de trabajos artísticos, porque de otra manera nos encontraríamos con que el reglamento supera la materia a reglamentar y, consecuentemente, sería manifiestamente ilegal.

Con criterio pragmático y a título de meros ejemplos, podemos señalar que la excepción para contratar directamente no rige en los siguientes casos, en los cuales será necesario acudir a determinar el valor del contrato o bien acudir a la licitación pública o al procedimiento del Artículo 11 del Decreto 2170 o al procedimiento de la contratación sin previo obtención de ofertas si es que dicho valor no supera al 10% de la menor cuantía o es de aquellos que están contemplados en el rango del artículo 39 de la Ley 80:

1. La contratación del mantenimiento preventivo y correctivo de equipos o máquinas que utilice la entidad para el cumplimiento de sus funciones o para sus actividades complementarias.
2. La prestación de servicios personales en actividades que no comporten el ejercicio de profesiones liberales, los trabajos artísticos o actividades de ciencia y tecnología.
3. Las actividades relacionadas con la prestación del servicio de transporte, de aseo y cafetería, de vigilancia privada, de mensajería entre otros. Algunos de estos contratos, cuyas actividades esenciales no forman parte del núcleo duro de las funciones públicas asignadas a una entidad estatal, pues tienen una relación más directa con actividades logísticas de la misma, son regulados por el Código de Comercio (v.gr. el contrato de transporte) y, también en algunos casos son objeto de regulación para efectos de intervención y control como ocurre con los contratos de vigilancia privada y mensajería entre otros. En tales eventos, las entidades públicas están obligadas a consultar la legislación sectorial correspondiente para la elaboración de pliego de condiciones o términos de referencia, pues deben evaluar o exigir como requisitos mínimos lo exigido en dicha normativa.

Tema que reviste especial discusión es el que tiene que ver con el concepto de nómina paralela frente al contrato de prestación de servicios. La nómina paralela podría definirse como aquella situación que trasciende el límite de la excepcionalidad y temporalidad en una práctica mediante la cual se contrata la prestación de servicios personales en simultánea a aquellos que se derivan de

la planta de funcionarios o trabajadores adscritos a la entidad, con la generación de un mayor gasto público, duplicidad de funciones e ineficiencia administrativa.

Esta práctica olvida que el contrato de prestación de servicios está concebido exclusivamente como un instrumento de colaboración para el desempeño de actividades transitorias, relacionadas con la Administración y que su naturaleza excepcional no permite su uso para el ejercicio de funciones ordinarias de naturaleza pública ni sustitutivas o complementarias de la planta de personal. Con ello se desconoce que para el ejercicio de funciones de carácter permanente se requiere el vínculo laboral con el Estado cuya regulación corresponde al Derecho Público, pues se trata de una relación legal y reglamentaria o de un contrato de trabajo en el caso de los trabajadores oficiales.

De modo que el contrato de prestación de servicios frente a la norma de excepcionalidad es de carácter estrictamente residual, pues se presume que la planta de personal bien sea de una entidad centralizada regida enteramente por el derecho público y, por ende, integrada por funcionarios designados mediante un acto condición; o, bien, de una entidad descentralizada cuyos servidores estén vinculados mediante contrato de trabajo, es suficiente para cumplir con las labores que integran de manera ordinaria la misión de dicha entidad estatal. Es lo que podríamos denominar *la presunción de suficiencia de la planta de personal*, que solamente puede ser desvirtuada por las condiciones excepcionales, temporales y de autonomía que prevé el Legislador para el contrato de prestación de servicios las cuales exigen un examen objetivo previo, que pruebe su ocurrencia para dar lugar o no a la *residualidad del contrato de prestación de servicios*.

Corolario de lo anterior el artículo 1º del Decreto 2209 de 1998, que modifica el artículo 3º del Decreto 1737 hogaño, consonante con lo dispuesto en el artículo 32 numeral 3º de la Ley 80 de 1993, dispone que antes de la celebración del contrato, deben certificarse las condiciones de excepcionalidad y temporalidad que hemos señalado, para que así obre en el correspondiente expediente administrativo, al verificar una de las tres siguientes cosas:

1. Que de acuerdo a los manuales específicos de la planta no existe personal que pueda desarrollar la actividad excepcional y transitoria en la que puede consistir el contrato de prestación de servicios.
2. Que el desarrollo de la actividad requiere de un grado de especialización tal que no ostente ninguno de los funcionarios de la entidad estatal, lo cual habla del exigente grado de excepcionalidad en que consiste la actividad que podría ser objeto de un contrato de prestación de servicios. En esta hipótesis de especialidad estaríamos frente a circunstancias no ordinarias de aquellas que debe dada su misión llevar a cabo la entidad pública.

3. Que no obstante existir personal en planta con capacidad de desarrollar la actividad, este personal no es suficiente en un momento dado, lapso que debe ser valorado y determinado en la fase previa de la celebración del contrato para no traspasar los límites legales de temporalidad, esto es de los términos estrictamente indispensables para el desarrollo de la actividad.

Se trata de verificaciones que conforme ordena el mismo decreto, debe acreditar el propio jefe de la entidad sobre el desarrollo del principio contenido en el artículo 14-1 y 26 numeral 5º del Estatuto Contractual. No basta con una certificación de funcionario de nivel directivo, asesor, administrativo o técnico, se requiere una calificación emitida directamente por el jefe o representante legal sobre las condiciones de excepcionalidad y temporalidad requeridas para el contrato de prestación de servicios. Es un deber funcional que se deriva del principio de responsabilidad del Jefe o representante legal de la entidad.

Igualmente dentro de los requisitos previos contemplados por el Decreto 2209 de 1998, artículo 2º, dirigidos a establecer estos dos elementos claves (excepcionalidad y temporalidad) del contrato de prestación de servicios, se exige la cuantificación del valor de servicio a prestar, para restringir la remuneración del contratista a no superar lo que por salario básico devengue el jefe de la Entidad o su representante legal. Es un límite al valor de los honorarios profesionales que deben sufragarse para la prestación del servicio, y aunque se trata de una norma de carácter general obligatoria para todas las entidades del orden nacional que administren recursos del tesoro público, por mandato del Artículo 2º del Decreto 1737 de 1998, debe ser una medida que, a su vez, debe ser adoptada en el ámbito de su autonomía por las entidades territoriales.

Las anteriores restricciones que ilustran el alcance de la excepcionalidad y temporalidad típica de los contratos sub-exámene, es lo que permite concluir que la supresión de empleos de cualquier índole al encontrar su fundamento en las necesidades de servicio público y ser fruto de mediciones de eficiencia, de costo beneficio frente al interés general y del desarrollo de los principios que rigen la función administrativa del Estado de conformidad con el artículo 209 de la Constitución Política, resulta ilegítima si en cualquiera de los niveles o áreas se realizan, para con posterioridad celebrar contratos con personas naturales o jurídicas con el propósito de cumplir actividades similares a las que se venían desempeñando de manera permanente por el personal de la planta que se suprimió o se redujo.

Para precisar el carácter excepcional de los contratos de prestación de servicios personales, frente a los cambios en las plantas de personal ha sostenido la doctrina del Consejo de Estado - Sala de Consulta, lo siguiente:

“Los criterios de la Sala acerca del contrato de prestación de servicios y sus implicaciones en la administración pública, han sido expuestos en las consultas distinguidas con los números 596, 921 y 951, principalmente.

En la consulta cuya ampliación se solicita, los alcances del contrato de prestación de servicios fueron expuestos en los siguientes términos:

(...)

Así, los contratos de prestación de servicios están diseñados exclusivamente como instrumento especial de colaboración para el cumplimiento de actividades transitorias, de carácter técnico o científico, relacionadas con la Administración y, por ende, no están previstos para ejercer mediante ellos funciones ordinarias de naturaleza pública ni para sustituir la planta de personal.

De manera que para el ejercicio de funciones de carácter permanente, el vínculo laboral con el Estado es de derecho público (relación legal y reglamentaria) o surge del contrato de trabajo; la primera forma es la utilizada para vincular a los empleados o funcionarios, la segunda a los trabajadores oficiales. El campo de acción que queda para el ejercicio de las actividades de carácter transitorio, “que no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados”, es el propio del contrato de prestación de servicios.

En el marco jurídico expuesto, el objetivo que se pretende es el de conciliar los intereses del Estado con los derechos fundamentales del trabajador.

Por consiguiente, la supresión de empleos - ya sean de carrera o de libre nombramiento y remoción - sólo halla su justificación en las verdaderas necesidades del servicio público, las que requieren consultar el interés general y los principios de moralidad, eficiencia y economía, orientadores de la función administrativa de conformidad con el artículo 209 de la Constitución Política. De donde resulta ilegítimo suprimir empleos de la Administración, en cualquiera de sus niveles o áreas, para celebrar con personas naturales o jurídicas el contrato estatal de prestación de servicios, con el propósito de cumplir actividades similares a las que pueda desempeñar de manera permanente el personal de planta<sup>4</sup>.

Resulta contraproducente frente a la naturaleza del contrato de prestación de servicios y a las normas presupuestales mantener un número de contratistas en el campo de la prestación de servicios en actividades que de ordinario pertenecen al personal de planta, por un tiempo que razonablemente permitiría una modificación de la misma para hacer los ajustes, ampliaciones adicionales o determinaciones dirigidas a garantizar lo que aquí hemos denominado *la presunción de suficiencia de la planta de personal* para el cumplimiento de las labores adscritas a la entidad estatal.

<sup>4</sup> Radicación 951 concepto de 27 de agosto de 1997.

## 2. Sobre el alcance del numeral 29 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002

Un aspecto que ha generado una aparente polémica es el relacionado con la aplicación del numeral 29 del artículo 48 de la Ley 734/02 en cuya virtud se considera falta gravísima la de: “Celebrar contrato de prestación de servicios cuyo objeto sea el cumplimiento de funciones públicas o administrativas que requieran dedicación de tiempo completo e implique subordinación y ausencia de autonomía respecto del contratista, salvo las excepciones legales”.

La aparente confusión surge del cotejo entre la Sentencia C-094 de 03 por medio de la cual la Corte Constitucional declaró exequible la norma mencionada del numeral 29, frente a la Sentencia proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado Radicación IJ-0039, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, consejero ponente Nicolás Pájaro Peñaranda del 18 de noviembre de 2003, en la cual la Corporación se pronuncia sobre el alcance de contratos de prestación de servicios en los cuales el contratista se dedique de tiempo completo a la prestación de servicio.

Se ha sostenido sin ningún rigor científico, que la sentencia del Consejo de Estado restringe el alcance de la sentencia de la Corte Constitucional y que, por consiguiente, se restringiría por esa vía la aplicación del numeral 29 del artículo 48 del Código Disciplinario Único, apreciación equivocada que requiere por consiguiente una precisión con fundamento en el dicho de ambas sentencias.

Para comenzar debe señalarse que la sentencia de la Corte Constitucional ni más ni menos se expresa sobre la constitucionalidad de la norma y concluye en la declaratoria de su exequibilidad. Mientras que la sentencia del Consejo de Estado versa sobre un contrato de prestación de servicios en el cual la contratista cumple la actividad integrante del objeto bajo las mismas coordenadas de tiempo y lugar en que prestan sus servicios los funcionarios de la entidad contratante. De modo que el caso *sub-judice*, en esta situación, tiene que ver sobre la posible ruptura del principio de autonomía e independencia del contratista y la posible conversión de dicho contrato en una vinculación de carácter laboral.

La sentencia del Consejo de Estado no establece una delimitación clara entre aquellos contratos de prestación de servicios que tienen directa relación con las funciones públicas de la entidad y el funcionamiento de la entidad, y aquellas otras actividades complementarias y de naturaleza logística que acompaña a cualquier organización pública o privada. La hipótesis factica que es objeto de la sentencia IJ0039 no versa sobre el ejercicio material de función pública por parte del contratista.

Entre tanto la sentencia de la Corte Constitucional, que se insiste alude a la exequibilidad del numeral 29 en estudio, hace hincapié en la naturaleza de función pública en la que debe consistir el objeto de los contratos de prestación de servicios para que se tipifique el supuesto fáctico de esta disposición.

La sentencia del Consejo de Estado considera que el hecho de que la actividad del contratista sea igual a la de los empleados de planta “no es menos evidente que ello puede deberse a que este personal no alcance para colmar la aspiración del servicio público; situación que hace imperiosa la contratación de personas ajenas de la entidad. Y si ello es así, resulta obvio que deben someterse a las pautas de esta y a la forma como en ellas se encuentran coordinadas las distintas actividades. Sería absurdo que contratistas encargados del aseo, que deben requerirse con urgencia durante la jornada ordinaria de trabajo de los empleados, laboren como ruedas sueltas y a horas en que no se les necesita. Y lo propio puede afirmarse respecto al servicio de cafetería, cuya prestación no puede adelantarse sino cuando se encuentra presente el personal de planta. En vez de una subordinación lo que surge es una actividad coordinada con el quehacer diario de la entidad basada en las cláusulas contractuales”.

Nótese como el Consejo de Estado estructura su análisis sobre actividades de contratos de prestación de servicios que forman parte de la logística de la entidad no directamente relacionadas con el ejercicio de las funciones públicas que le son propias. De otra parte, en modo alguno asume que la coincidencia de los parámetros de tiempo y lugar en que se desarrolla la actividad con la manera como los servidores públicos de la entidad cumplen sus funciones, implique la posibilidad de que el contratista se subordine o pierda autonomía. Lo que afirma la sentencia es que hay situaciones derivadas de contratos de prestación de servicios que implican una coordinación de las actividades ordinarias con las actividades que comportan el objeto contractual sin que por la coincidencia de espacios y tiempos, necesarios para tal coordinación (agregaríamos), genere una dependencia del contratista y rompa el principio de la autonomía o de la independencia que en este ha de residir.

El núcleo duro de la sentencia del Consejo de Estado consiste en establecer que de un contrato de prestación de servicios de aquellos que son objeto de análisis en la citada sentencia IJ0039/03, de ninguna manera puede derivarse el surgimiento de una situación legal y reglamentaria por la supuesta identidad de condiciones en que se encuentren tanto los contratistas como que se encuentren incorporados a la planta de personal. En efecto sostiene que: “es finalmente inaceptable que se sostenga que no existe diferencia entre los efectos de un contrato de prestación de servicios como el del sub lite y los de una situación legal y reglamentaria con base en que tanto los contratistas como quienes se encuentran incorporados a la planta de personal se hayan en

las mismas condiciones. Y a este yerro se llega porque no se tiene en cuenta cabalmente que el hecho de trabajar al servicio del estado no puede en ningún caso conferir “el status de empleado público, sujeto a un específico régimen legal y reglamentario: El principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, no tiene, adicionalmente, el alcance de excusar con la mera prestación efectiva de trabajo la omisión del cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales previstos para acceder a la función pública que en la modalidad estatutaria, son el nombramiento y la posesión, los que a su vez presuponen la existencia de un determinado régimen legal y reglamentario, una planta de personal y la correspondiente disponibilidad presupuestal” (C-555/94)”.

El Consejo de Estado adopta los criterios establecidos por la Corte Constitucional para el surgimiento de una relación legal y reglamentaria propia de los funcionarios públicos y los califica como elementos esenciales y sustanciales sin los cuales no es posible que surja una vinculación funcionalidad con el Estado.

Por otro lado la sentencia del Consejo de Estado, en estudio, considera que una vinculación contractual de esta naturaleza en la que pretendidamente una entidad estatal busque o genere una relación de otra índole diferente a la buscada, esto es, desnaturalice en contrato de prestación de servicios, no puede tener otra sanción distinta que la nulidad. Pero a tal conclusión llega después de sostener que tal evento solo es posible en el caso en que la actividad del contrato sea referente a la construcción y sostenimiento de obras públicas únicos que, en opinión de la Alta Corporación, pueden dar lugar a dicha forma de desnaturalización. Agrega que: “si ello ocurre, por que la Administración pretende ocultar bajo aquella forma contractual una relación de trabajo subordinada y dependiente, relativa, como se dijo, a la construcción y sostenimiento de obras públicas, la que puede fluir del examen atento de la convención o de las pruebas que evidencien el modo como se ha ejecutado esta, carecerían, como lo han enseñado al unísono jurisprudencia y doctrina, de jurisdicción para conocer del litigio que se susciten entre las partes de relación jurídica sustancial los jueces administrativos”.

Sostiene el Consejo de Estado: “de modo que el empleo público (situación legal y reglamentaria) no puede surgir de cualquier modo, ni mucho menos a virtud de una relación contractual, pues, como lo ha explicado la jurisprudencia colombiana el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las realidades laborales, no puede llegar a desconocer los elementos esenciales que se exigen para que una persona acceda a la función pública en una modalidad estatutaria (Sent.C-555/94). Sostener lo contrario como lo pretende el autor conduce a desconocer man-

datos positivos de ineludible cumplimiento. ... Finalmente, fluye de lo expuesto que no se vislumbra el quebranto al principio de igualdad, ya que, como se precisó con anterioridad una es la situación del empleo público, la cual se encuentra por la concurrencia de elementos sin los cuales aquella no tiene vida jurídica; elementos que se encuentran consagrados en el artículo 122 de la Constitución Política que dan origen al pago de las prestaciones que corresponden a este tipo de servidores; otra, muy distinta la que se origina en razón de un contrato de prestación de servicios, que no genera relación laboral ni prestaciones sociales; y otra finalmente, a la que da lugar el contrato de trabajo, que con la administración no tiene ocurrencia sino solo cuando se trata de la contratación y mantenimiento de obras públicas”.

Por su parte la Corte Constitucional en una línea que no es contraria a la que señala el Consejo de Estado al repasar los elementos del contrato de prestación de servicios como está regulado en la Ley 80 de 1993, y al delimitar su naturaleza respecto del contrato de trabajo, también hace referencia a la posible desnaturalización de la prestación de servicios en la pretendida generación de relaciones laborales para manifestar que: “ con ese proceder se desconocen múltiples disposiciones constitucionales referente a la función pública, pues de acuerdo con ellas no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en Ley o reglamento (art. 122); los servidores públicos ejercen sus funciones en la forma prevista en la Constitución, en la Ley y el reglamento (art. 123); el ingreso a los cargos de carrera se hará previo cumplimiento de estrictos requisitos y condiciones para determinar los méritos y calificaciones de los aspirantes (art. 125) y la Ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva (art. 124).”

Al estudiar la tipicidad y alcance del señalado numeral 29 del art. 48 del Código Disciplinario Único la Corte señala los siguientes elementos:

1. En primer lugar, que exista y que se haya celebrado un contrato de prestación de servicios, sin que tal celebración del contrato por si misma comporte la existencia de irregularidad alguna.
2. Además de lo anterior será necesario que el objeto del contrato comporte una actividad de ejercicio de funciones públicas o administrativas. Sobre este aspecto, que es uno de los elementos centrales de la tipicidad de la norma, es necesario aludir al ejercicio de función administrativa o de funciones públicas por particulares en el entendido que se trata de actividades que confieren al particular el ejercicio de potestades inherentes al Estado dentro del marco constitucional señalado por los artículos 123 y 210 de la Constitución Política. De modo que no cualquier actividad conferida o trasladada a los particulares implica el ejercicio de una función pública. La propia Corte Constitucional en la

sentencia C- 037 de 2003 delimita lo que ha de entenderse por ejercicio de función pública en cabeza de particulares al establecer un criterio material y exigir para la configuración de dicha connotación, la titularidad de potestades tales como coerción, el ejercicio de poder de mando sobre los subalternos, el señalamiento de conductas o de instrucciones, la expedición de actos unilaterales y, en especial, el uso de prerrogativas propias del poder público.

Otorgar ejercicio de funciones públicas a los particulares, es una actuación de alcance restringido y, por consiguiente, el alcance de esta noción no es ni analógico, ni de comprensión flexible ni de interpretación restrictiva. El uso de poderes propios del Poder Público tiene una connotación definida en el ordenamiento jurídico expresada en cada caso por la norma que faculta a la entidad celebrar un contrato que la vez permita transferir el uso de poderes públicos. En ese orden de ideas, la celebración de contratos de prestación de servicios que impliquen traslado de funciones públicas a los contratistas, es una posibilidad restringida que debe tener sustento no solo en la posibilidad de celebrar contratos de cualquier orden derivada del principio de la autonomía de la voluntad consagrado en los artículos 13, inciso 1º; 32, inciso 1º, y 40 de la Ley 80 de 1993, sino que requiere adicionalmente de un apoyo normativo específico que permita a la entidad trasladar sus funciones propias de poder a un particular contratista, mediante el contrato. No basta el simple ejercicio de la autonomía de la voluntad, se requiere consultar el régimen constitucional y legal que se desprende de los artículos 123 y 210 de la Constitución desarrollado en leyes de carácter especial o en la Ley 489 de 1998, para auscultar tal posibilidad de traslado<sup>5</sup>. De no atender tal régimen el contrato estaría viciado de nulidad absoluta.

En efecto, la Corte sostiene que: “Además, estos contratos deben sujetarse a las condiciones fijadas por la Constitución, la ley y la jurisprudencia constitucional para el ejercicio de funciones administrativas por particulares pues a través de este tipo de actos no se puede llegar a desplazar la organización permanente de la administración pública. De allí que, entre otras cosas, se deba tener cuenta el contenido de los artículos 123 y 210 superiores, de acuerdo con los cuales ‘La Ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio’ y ‘Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley’. De igual manera, se deben tener en cuenta tanto la Ley 489 de 1998, cuyo capítulo XVI regula el cumplimiento de funciones públicas por particulares, como la jurisprudencia sentada por esta Corporación fundamentalmente en las sentencias C-702-99, C-866-99 y C-037-03”.

<sup>5</sup> MOLANO L., Mario R. Transformación de la función administrativa. Universidad Javeriana. Bogotá, 2005, página 317 y ss.

3. Ahora bien, como tercer y cuarto elementos de tipicidad del numeral 29 en estudio, no basta, en el sentir de la Corte, que se halla celebrado el contrato y que el mismo comporte como objeto el ejercicio de actividades públicas en cabeza del contratista en los términos que hemos señalado, se requiere que esas funciones impliquen una dedicación de tiempo completo, de modo que el ejercicio de tales funciones impliquen subordinación y ausencia de autonomía, porque en el sentir de la Corte tal exclusividad “es contraria a la índole del contrato de prestación de servicios pues este no implica un límite a la autonomía del contratista”.

Podría decirse que la dedicación exclusiva al ejercicio de función pública involucra al particular, en nuestra opinión, en una relación de sujeción especial que, consiguientemente, es ajena al concepto de coordinación que alcanzó a esgrimir el Consejo de Estado en su sentencia IJ-0039/03 y que consecuentemente implicaría la pérdida de autonomía por parte del contratista para prestar su labor.

Y si bien la Corte Constitucional no fue más allá del análisis que se ha referido, sí existen bases para afirmar que más allá del surgimiento de una relación laboral o no, con tal subordinación en realidad la circunstancia de ser titular de funciones públicas impide la disponibilidad de las mismas por parte de quienes la posee. Dicho en otras palabras: dado que las funciones públicas son indisponibles por parte de sus titulares, el ejercicio exclusivo y permanente de funciones públicas genera para el sujeto una relación de sujeción especial más afianzada incluso en comparación con la que surge para los particulares que ejercen tales funciones sin dedicación de tiempo completo. Tal vinculación afianzada con la administración a través del contrato hace que el contratista no pueda ejercer su actividad o el cumplimiento del objeto contractual con la autonomía e independencia propia de los particulares, pues está sometido a la *cuestión de indisponibilidad de las funciones públicas*.

Y aunque la Corte se reduce a la problemática de la generación de una relación de índole laboral ante la pérdida de autonomía e independencia del contratista en estos casos, consideramos que dicho análisis con todo respeto es menor frente a las connotaciones que se coligen de una relación de sujeción especial como la que puede suscitarse en la hipótesis que se analiza. Lo que queremos decir es que más allá de la controversia que pueda plantear el cotejo de las dos sentencias que se han citado en este acápite, lo que se debe analizar es la presencia de una relación contractual que impide el ejercicio de la autonomía o independencia del contratista por virtud de la dedicación exclusiva y del tipo de funciones en que consiste en objeto contractual.

Lo anterior no es muy claro en la Sentencia del Consejo de Estado en la medida que los ejemplos que adopta la sentencia IJ-0039/03, para explicarse aluden a contratos donde definitivamente está absolutamente descartado el ejercicio de funciones públicas como son los contratos de aseo y cafetería que son los que en realidad pone de ejemplo la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Con todo y que, por otro lado la Corte Constitucional en apariencia no va más allá de analizar la situación laboral, al remitir en su análisis del segundo elemento de la tipicidad del artículo 48.29 de la ley 734 de 2002, a la jurisprudencia sentada por esa Corporación en lo que atañe al ejercicio de funciones públicas por privados, nos permite ir más allá para poner de presente el tipo de relación a la cual se hace referencia.

Es evidente, y así insiste la Corte Constitucional en señalarlo, que al tratarse de aplicación de normas punitivas, lo que dispone el numeral 29 del art. 48 del Código Disciplinario Único es taxativo y es restrictivo lo que implica que a los contratos de prestación de servicios a los que dicha norma aplica son exclusivamente aquellos que tienen por objeto funciones públicas y no otros contratos distintos como por ejemplo los que analizó en su sentencia la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo al aludir a tipos de contratos de prestación de servicios cuya actividad implica v.gr., el suministro de servicios de apoyo logístico a la entidad estatal.

4. Finalmente, como quinto elemento, la Corte considera que para que se consolide la existencia la causal de falta gravísima, el contrato en las condiciones señaladas no debe comportar una excepción legal y a la única excepción a la que alude es a las que se derivan de los contratos con directivos docentes y administrativos “que se encontraban contratados por departamentos y municipios por ordenes de prestaciones de servicios y que por disposición de la Ley 715/01 y de los Decretos 688/01 y 1528/02 deben ser vinculados de manera provisional a las plantas de personal docentes de las entidades territoriales, siempre que, entre otras cosas su dedicación halla sido de tiempo completo”.

Con todo respeto consideramos que en esta excepción que trae a colación la Corte, estamos frente a ejemplos donde no están claramente señalados el ejercicio de funciones públicas por particulares. Se trata actividades que comportan la prestación del servicio público educativo, lo que, frente al tema en estudio, exige ser coherentes y tomar en cuenta las distinciones que la propia Corte Constitucional en la Sentencia C- 037/03 hace entre función pública y servicio público para consolidar el criterio material de ejercicio de funciones públicas y para extender la capacidad de disciplina a los particulares solamente y exclusivamente cuando estos ejerzan funciones públicas.

Consideramos en conclusión que la posición fijada en la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en la Sentencia no comporta ningún tipo de restricción al alcance y aplicación del numeral 29 citado por la específica referencia que el mismo hace a aquellos contratos de prestación de servicios que tienen de por medio como actividad central el ejercicio de funciones públicas de tal magnitud que generan una dedicación exclusiva del contratista, actividades que por ni asomo figuran en la sentencia del Honorable Consejo de Estado y que en cambio fueron aquellas materias en las que concentró toda su atención la Corte Constitucional para decretar la exequibilidad de la norma en calidad de Juez Constitucional.

Finalmente debe señalarse que el numeral 29 del artículo 48 del CUD, no es la única falta gravísima relacionada con el contrato de prestación de servicios pues así mismo y en relación con la contratación estatal, en general, el artículo 48 del Código Disciplinario Único contempla los numerales 30 relacionado con la intervención en la contratación estatal de causales de incompatibilidad o inhabilidad, o con omisión de los estudios previos; 31 referente a la participación en la etapa precontractual y/o en la actividad contractual, en detrimento del patrimonio público o con desconocimiento de los principios rectores de la contratación estatal o de la función administrativa del Estado, entre otros numerales. Tales disposiciones, se refieren a todo tipo de contrato que celebren las entidades estatales, bien en quebranto de las causales de incompatibilidad e inhabilidad, en quebranto de la obligación de realizar estudios previos o en quebranto de los demás principios rectores. Normas aplicables por consiguiente al contrato de prestación de servicios. En ese orden de ideas la falta gravísima del numeral 29, por virtud del principio de especificidad o especialidad aplica en los casos en que el contrato de prestación de servicios tiene como objeto el ejercicio de una función pública.

### **3. Sobre la celebración del contrato de prestación de servicios profesionales**

El aparente problema que se suscita entorno a la celebración de los contratos de prestación de servicios catalogados en el literal d) del numeral 1° del artículo 24 de la ley 80 de 1993, hace relación al alcance del concepto de *intuito personae*, del cual se abusa constantemente para designar arbitrariamente asesores externos de toda especie.

En el marco normativo contractual del Estado, se distinguen dos menciones a esta figura para definir que el contrato se celebra en consideración a las calidades del contratista. De una parte, el artículo 41 al calificar a todo contrato estatal como contrato *intuito personae*, dispone que una vez celebrado

no podrá cederse sin previa autorización escrita de la entidad estatal. Esta previsión se funda en la necesidad de celebrar el contrato con quien ha presentado la oferta más favorable a la entidad, favorabilidad que se determina con fundamento en los factores objetivos de selección y competencia, cuyos pilares se encuentran regulados en el artículo 29 de la Ley 80 de 1993. Esta noción general de *intuitu personae*, predicable de todo contratista del Estado, se explica porque su selección ha sido fruto de una competencia en la cual se han calificado factores de ponderación previamente establecidos.

Otra noción más restringida de *intuitu personae*, está contemplada para el caso de la elaboración de trabajos artísticos, en el numeral d), numeral 1°, artículo 24 de la citada ley, con el alcance que la doctrina del Consejo de Estado sostiene cuando afirma que:

“1°) El artículo 24 de la ley 80 de 1993 dispone que “la escogencia del contratista se efectuará siempre a través de licitación o concurso públicos”. Entre los casos de excepción, en los cuales es posible actuar directamente, contempla los contratos que se requieran “para la prestación de servicios profesionales o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales o jurídicas, o para el desarrollo directo de actividades científicas y tecnológicas”.

“2°) Se pregunta si la primera parte de la disposición antes transcrita se refiere, conjuntamente, a los contratos de “prestación de servicios profesionales” y de ejecución de trabajos artísticos “que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales o jurídicas” o si, por el contrario, se trata de dos clases de contratos, el uno de prestación de servicios profesionales y el otro “para la ejecución de trabajos artísticos”.

“La Sala considera que, según el tenor literal del artículo 24, letra d), de la ley 80 de 1993, se trata de dos contratos claramente diferenciados que, por excepción, pueden celebrarse directamente, sin licitación o concurso. La disposición transcrita se refiere a cada uno de ellos, como también a los que tengan por objeto “el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas”, y los vincula por la conjunción disyuntiva “o” para reconocer su especificidad. De manera que, de conformidad con el artículo 27 del Código Civil que prescribe que “cuando el sentido de la ley es claro no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu”, el significado del artículo 24, letra d), de la ley 80 de 1993, es evidente.

“Además, en este caso específico, la finalidad de la ley consiste en permitir, excepcionalmente, que las tres clases de contratos se celebren directamente, sin licitación o concurso, en consideración de las calidades de las personas que, respectivamente, deban prestar los “servicios profesionales”, ejecutar los “trabajos artísticos” o desarrollar directamente “actividades científicas o tecnológicas”.

“....

“Con fundamento en lo expuesto la Sala responde:

“1° ) El artículo 24, letra d), de la ley 80 de 1993 se refiere a tres diferentes clases de contratos, a saber: de “prestación de servicios profesionales”, para “la ejecución de trabajos artísticos” y “para el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas”. En consecuencia, la expresión de la citada disposición: “que sólo lo puedan encomendarse a determinadas personas naturales o jurídicas”, únicamente se refiere al contrato que se celebre “para la ejecución de trabajos artísticos...””<sup>6</sup> . (Subraya fuera de texto).

En todo caso, debe señalarse que con fundamento en los principios rectores de la función administrativa del Estado, vertidos en el artículo 209 de la Constitución, cualquiera que sea la noción de *intuitu personae* que se aplique en materia de contratación estatal es de carácter objetivo, esto es, fruto de una calificación o estudio previo de factores externos plenamente verificables por cualquier observador. Se excluye de la contratación estatal, las relaciones basadas exclusivamente en la confianza que genere una persona concreta por lazos de amistad o, en general de índole subjetiva no verificables en condiciones objetivas de igualdad en el mercado profesional.

Esta noción objetiva del *intuitu personae*, basada en criterios de verificación externos a una relación enteramente subjetiva, es acogida por el artículo 13 del Decreto 2170 de 2002, al reglamentar las modalidades de contrato de prestación de servicios previstas en el literal d) que se estudia. El literal d), del numeral 1° del artículo 24 de la Ley 80 había sido reglamentado por el art. 3° del 855 de 1994, en cuyo texto se exigía la pluralidad de ofertas junto con los requisitos de verificación de suficiencia del personal de planta entre otras condiciones previas a la celebración del contrato.

El artículo 13 del Decreto 2170/93 modifica el Decreto mencionado de 1994 para regular las tres modalidades de contrato de prestación de servicios contemplados en dichos numerales, esto es, lo referente a la prestación de servicios profesionales, a la ejecución de trabajos artísticos, al desarrollo directo de actividades científicas y/o tecnológicas.

Como novedad se observa en la norma mencionada que frente a lo previsto en el Decreto 855 de 1994, ahora para la celebración de estos tres contratos no se requiere la obtención previa de dos ofertas lo que no significa que se elimine el procedimiento administrativo dirigida a su celebración y menos que se exceptúe el principio rector de la selección objetiva lo que además le está vetado al decreto reglamentario. En consecuencia, frente a la actividad que puede ser objeto del contrato, se impone como deber funcional, definir de manera obje-

<sup>6</sup> Radicación 596, concepto de 28 de abril de 1994.

tiva, el perfil de idoneidad y de experiencia del futuro contratista. Con base en esta verificación que sólo puede tener como referencia en el mercado profesional, se puede establecer quien es la persona que por sus calidades objetivas y verificables de idoneidad y experiencia, puede suplir la necesidad que busca solucionar la entidad estatal con la celebración de contrato de prestación de servicios en la modalidades señaladas.

No hay plena libertad ni es una facultad discrecional para contratar. El contratista se escoge en función de sus calidades profesionales con base en verificaciones que sólo pueden encontrarse en el mercado profesional. Tiene presencia la figura del contrato *intuitu personae* pero de manera objetiva y relativa, esto es, como fruto de una apreciación de las condiciones objetivas del mercado profesional que permita seleccionar al contratista en función de sus calidades en cuanto las mismas no las posee otro sujeto en el mercado o son objetivamente escasas de lo cual se debe obtener previa prueba. Se debe insistir, entonces, que la noción *intuitu personae* en el ámbito de la contratación de prestación de servicios contemplados en el citado numeral d), no es de carácter absoluto en la medida que la actividad que pretende desarrollar la administración con el contrato es la que finalmente determina el perfil del contratista y que es a partir del perfil del contratista desde donde se precisa determinar sus calidades personales en concreto.

La norma en efecto exige definir de manera previa y obligatoria el perfil del contratista, materia que hace referencia a la idoneidad, es decir, a la formación académica, a la producción intelectual; y, en segundo lugar, a la experiencia que en su respectivo campo profesional, científico o artístico deba ostentar, quien vaya a desempeñar las funciones del contrato, esto es su *know how* para desempeñar el objeto contractual de todo lo cual debe quedar constancia escrita en el expediente antes de la celebración del contrato.

La norma, dada su condición vicaria de norma reglamentaria, no excluye los requisitos previos de todo contrato estatal que se contemplan en los numerales 6, 7, 8, 11 y 12 del artículo 25 de la Ley 80/93 y más específicamente en el artículo 8 del mismo Decreto 2170/02, lo que ocurre es que dentro del ámbito concreto del contrato de prestación de servicios profesionales, científicos o artísticos, como paso previo adicional se exige la calificación del perfil y experiencia de la persona que pueda en el mercado solucionar la necesidad que con el contrato de prestación de servicios para las tres modalidades señaladas pretende llevar a cabo la entidad estatal.

En ese orden de ideas, el concepto de *intuitu personae* que pretendería consagrarse en la norma señalada no es absoluto puesto que, por virtud de los principios rectores de la función administrativa estipulados por el artículo 209 Superior, la entidad debe demostrar y dejar constancia previa por escrito antes de la

celebración del contrato, que el contratista es por sus calidades profesionales, derivados exclusivamente de su experiencia e idoneidad la única o de las únicas personas que puede llevar a cabo la actividad en que consiste el contrato de prestación de servicios profesionales o la actividad científica o la elaboración del trabajo artístico, dada la carencia o escasez de profesionales expertos en una determinada área, lo que conlleva un a actividad probatoria previa a la celebración del contrato. Un análisis objetivo del mercado que permita detectar por que razón esa persona, y no las demás que tienen la misma profesión o se dedican a la misma actividad, puede llevar a cabo la ejecución del contrato. Dado que una determinación objetiva como la que se desprende de la norma, frente al caso de algunas profesiones resulta bastante complejo, y dado que la entidad no puede perder de vista el principio de selección objetiva que aplica a toda clase de contratos, resulta evidente que en algunos casos deberá en todo caso consultar más una oferta o justificar con los medios probatorios adecuados, el porqué la persona escogida es la única capacitada para ejecutar la labor. Pongamos el caso de contratar un abogado experto en derecho administrativo en un país donde hay más de 74 especializaciones registradas en el Icfes para definir el contrato de prestación de servicios se requeriría hacer un estudio bastante complejo que conllevara a que una determinada persona u oficina de abogados en la determinada para llevar a cabo el contrato. Lo más sencillo será consultar y estudiar varias ofertas, porque así lo arroja el mercado profesional, en un procedimiento que garantice la calificación y selección objetivas.

Para el Consejo de Estado no hay duda al respecto cuando afirma:

“Los contratos de prestación de servicios o de prestación de servicios profesionales, en especial los intuito personae deben ser objeto de sujeción irrestricta a la escogencia objetiva. En sentido contrario sería inaceptable que un contrato intuito personae donde no se hubiere acreditado y confirmado plenamente las especiales calidades personales y (o) profesionales del contratista que hubieren servido de fundamento para su escogencia, se suscribiera con personas que no ostenten la calidad profesional que se destaquen de la generalidad. Contratos celebrados en estas condiciones podrían así mismo configurar situaciones de falsedad, celebración indebida de contratos, o celebración de contratos sin cumplimiento de los requisitos legales por lo tanto, la escogencia del contratista nunca puede ser subjetiva sería irremediamente objetiva”<sup>7</sup>. (Subraya fuera de texto).

En todo caso es preciso demostrar objetivamente que las calidades que posee el contratista son escasas o inexistentes en otros sujetos y que, consiguientemente, dadas su idoneidad y experiencia, las cuales deben ser

<sup>7</sup> Sección Tercera, Auto de 13 de noviembre de 2003, Radicación No. 23569.

definidas previas a la decisión de contratar, es la persona que puede solucionar la necesidad sentida de la entidad estatal.

Precisada la forma como el ordenamiento jurídico acoge de manera objetiva la noción de *intuitu personae* para los contratos de prestación de servicios profesionales, científicos o artísticos, debe, por otro lado, señalarse que también como parte de la fase previa a la celebración del contrato de prestación de servicios en las modalidades señaladas por el artículo 13 del Decreto 2170 de 2002, el Jefe o representante legal de la entidad contratante está obligado a verificar la insuficiencia de personal en planta y a determinar dentro de precisos límites el valor de la contratación conforme se expresó en párrafos anteriores cuando se hizo referencia a los requisitos que impone el decreto 2209 de 1998. Sobre el tema de la determinación del precio, se advierte que independiente de la modalidad de contrato de prestación de servicios en todos los casos, incluidos los del artículo 13 citado, al cumplir la fase de estudios previos, deben surtirse los trámites del estudio de mercado. Respecto de los estudios de mercado, el Consejo de Estado ha sido claro en establecer que: “Igualmente los contratos de prestación de servicios profesionales o de prestación de servicios, según el caso, no se encuentran exentos del respeto a los precios del mercado. No existe justificación legal para que el patrimonio público sufra menoscabo e irrespeto a través del establecimiento de precios incoherente con la realidad económica del servicio. El desconocimiento a los precios del mercado coloca a los servidores públicos en situación de peculado. Y desde el punto de vista disciplinario, conductas como estas podrían calificarse de gravísima”<sup>8</sup>. (Subraya fuera de texto).

Ahora bien, en lo que tiene que ver con la prestación de servicios de apoyo a la gestión de la Entidad, a los que hace alusión el inciso 2º del artículo 13 del Decreto 2170 de 2002, se insiste en que su alcance no puede ir más allá de la norma a reglamentar, es decir, la del literal d) numeral 1º del artículo 24 del Estatuto Contractual. Tal contratación solamente se puede realizar para el cumplimiento de fines específicos, es decir, el cumplimiento de una actividad que se agote en un momento determinado en el tiempo o que pueda determinarse su cumplimiento en un periodo determinado de tiempo. Por consiguiente, los estudios o valoraciones previas versarán sobre la definición de los fines específicos y el cronograma determinado o determinable para cumplirlos.

El inciso 2º artículo 13 se preocupa por regular la necesidad de definir las condiciones de cumplimiento a las que se ha de someter la actividad que compone el objeto contractual, con precisa determinación del resultado. Esto

---

<sup>8</sup> *Ibidem*.

significa que en la fase de estudios previos, es necesario establecer cronograma de los trabajos y la definición o descripción precisa, con ello se evita, que bajo el disfraz de una actividad transitoria y excepcional que es lo que manda la Ley para este tipo de contrataciones, se forme una nómina paralela, al dar cierta nota de permanencia de una relación que por esencia es excepcional y transitoria. Este requisito de determinación de las condiciones de cumplimiento con determinación del resultado, se exige en un requisito esencial del contrato para los efectos de su control.

Finalmente, en lo que atañe a los contratos de prestación de servicios para el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, es indispensable que previo o concomitante al procedimiento que hemos señalado, se cumpla con los presupuestos que para los contratos de ciencia o tecnología contemplan los Decretos 591 y 393 ambos de 1991, y que hacen fundamentalmente alusión al desarrollo de nuevos productos y procesos a la creación y apoyo de centros de investigación; al fortalecimiento de las redes de tecnología; a la difusión y aplicación de nuevos procedimientos científicos y tecnológicos; a proyectos que incorporen nuevos medios de producción; a la transferencia de tecnología y a la cooperación de las distintas formas de ciencia y de tecnología.

Cumplido tales presupuestos que se regulan exhaustivamente en los Decretos mencionados y, en consideración, a los tipos de contrato que particularmente regulan el Decreto 393/91, es posible celebrar el contrato directamente como lo dispone el inciso 1º del Art. 13 del Decreto 2170/02. Es decir, el contrato de prestación de servicios para el desarrollo de actividades científicas y/o tecnológicas, se puede celebrar directamente sí y solo si se cumplen las exigencias de los Decretos 591 y 393 de 1991.

Dicho en términos más precisos, sólo podrán celebrarse directamente y por el procedimiento del artículo 13 del Decreto 2170 de 2002, contratos de prestación de servicios para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas que cumplan con las condiciones y parámetros taxativamente señalados en la mencionada normatividad que rigen la materia.

# REFLEXIONES PARA UN MANEJO ADECUADO DE LAS ACCIONES DISCIPLINARIAS EN MATERIA PRESUPUESTAL

POR: ANDRÉS VARELA ALGARRA\*

## 1. Aplicación del Estatuto Orgánico de Presupuesto y otras normas en el ámbito territorial.

En lo concerniente con el régimen económico y de la hacienda pública, la Constitución Política de 1991 dedica el título XII a dichas materias. Referido con lo público, en el artículo 352 ídem se expresa que además de lo señalado en la norma superior, la ley orgánica del presupuesto regula lo relativo a la programación, aprobación, modificación y ejecución de los presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales y de los entes descentralizados de cualquier nivel administrativo. Esa ley orgánica es el *Estatuto Orgánico de Presupuesto, EOP*, contenido en las Leyes 38 de 1989, 179 de 1994 y 225 de 1995, compiladas a su vez en el Decreto 111 de 1996; también son normas orgánicas los artículos 3 al 11, 12, 13, 14, 52 al 56, 89, 91, 92 y 93 de la Ley 617 de 2000 y artículos 1 al 13 de la Ley 819 de 2003.

A ese ordenamiento normativo superior debió ceñirse la entidad territorial al momento de expedir su disposición presupuestal por parte de la Asambleas<sup>1</sup> o el Concejo<sup>2</sup>, y son la Ordenanza y el Acuerdo quienes rigen en esas jurisdicciones todo lo relacionado con la programación, elaboración, aprobación y ejecución del presupuesto<sup>3</sup>, bajo el entendido que es un Estatuto Orgánico

---

\* Procurador Delegado para la Economía y la Hacienda Pública.

<sup>1</sup> C.P., numeral 5°, artículo 300.

<sup>2</sup> C.P., numeral 5°, artículo 313.

<sup>3</sup> Ley 225 de 1995, artículo 32.

de Presupuesto Local, EOPL, ajustado y adaptado<sup>4</sup> acorde con las especiales características de cada organización territorial., porque el EOP nacional está construido para la estructura del gobierno nacional.

La facultad de expedir el EOPL<sup>5</sup> de manera alguna significa que haya discrecionalidad para apartarse del mandato Constitucional y Orgánico, al punto de eliminar procedimientos y requisitos sustanciales previstos para el proceso presupuestal; y de suprimirse, prevalecerá lo prescrito en las normas superiores. Por ejemplo, el caso detectado en un municipio, respecto de la autorización para comprometer vigencias futuras, en donde se dispuso otorgarlo a la Comisión de Presupuesto del Concejo, cuando la competencia la ley orgánica la radicó en el Concejo pleno, asunto que conoció la jurisdicción contenciosa. En igual sentido, no podrá eliminarse lo atinente al certificado de disponibilidad y el registro presupuestal, o la prohibición de ejecutar proyectos de inversión programados en el presupuesto sin que se hayan inscrito previamente en el Banco de Proyectos de Inversión.

Ese marco orgánico de regulación es un imperativo para los servidores públicos de la órbita administrativa, quienes deben tener en cuenta las demás normas que regulan competencias en materia de gasto público social<sup>6</sup> a cargo del Estado y destinación de los recursos, fundamentalmente a los que hacen alusión los artículos 336, 356, 357 y 360 de la Constitución Política. El conocimiento y dominio de cómo aplican las disposiciones rectoras del gasto público es exigible por igual para el operador jurídico, pues de su dominio depende el éxito o fracaso de la función de control. Tal vez por esa debilidad con frecuencia se señala como vulnerada la ley orgánica del orden nacional y dejan de lado la norma local que es la aplicable a cada entidad territorial, con lo cual se puede estar vulnerando el debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política en cuanto a que *“Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistente al acto que se le imputa...”*, concordantes con los principios de *Legalidad*<sup>7</sup> y *Debido Proceso*<sup>8</sup> previstos en la Ley 734 de 2002.

Téngase en cuenta que los Decretos que reglamentan la Ley Orgánica de Presupuesto aplican para los órganos del orden nacional y no a las entidades territoriales; lo será en la medida que esté reglamentando un asunto propio de la entidad por señalamiento expreso de la norma orgánica. Igual pasa con

<sup>4</sup> Ley 1779 de 1994, artículo 48.

<sup>5</sup> Ajustar y adoptar.

<sup>6</sup> Ley 136 de 1994, Ley 617 de 2000, Ley 715 de 2001, Ley 756 de 2002.

<sup>7</sup> Ley 734, artículo 4°.

<sup>8</sup> Ley 734, artículo 6°.

los decretos expedidos por el gobierno nacional en materia de *austeridad en el gasto público*<sup>9</sup> que no son de aplicación directa, dichas normas exigen a cada entidad territorial expedir su propia reglamentación adaptadas a su naturaleza. De este último asunto, es muy usual para sustentar cargos disciplinarios citar únicamente la norma nacional como trasgredida y ello podría devenir en nulidad; ciertas veces se hace por error de interpretación del ámbito de aplicación y en otras por la ausencia de norma local. Ahora, si el inconveniente es porque la entidad omitió expedirla, la investigación se adelantará por dicha omisión y no por incurrir en gastos presuntamente restringidos, ante la ausencia de norma positiva trasgredida aplicable.

En el mismo sentido aclaratorio, las normas que expide el Gobierno Nacional con miras a orientar la ejecución del presupuesto tales como la constitución de cajas menores; procedimientos para expedir el certificado de disponibilidad y realizar el registro presupuestal; determinar los libros de control presupuestal; el clasificador de los gastos y definición del gasto de la ley anual del presupuesto nacional; legalización de avances y viáticos, todas ellas contienen procedimientos que deben ser reglados por cada entidad territorial, porque tampoco es posible hacer extensible la omisión con fundamento en una norma inaplicable a la entidad territorial. En ese sentido, se ha observado que los operadores disciplinarios elevan imputaciones disciplinarias soportadas en dichas disposiciones; un caso común se presenta con la conducta denominada *hechos cumplidos*, que se refiere a la ausencia de contrato, orden de prestación de servicios y demás actos administrativos exigidos por la ley para asumir compromisos y posterior al cumplimiento del objeto se expide lo omitido o no, pero aún así se efectúa su pago. Expresamente la prohibición se encuentra prevista en las disposiciones generales de la Ley Anual de Presupuesto y no en el Estatuto Orgánico de Presupuesto, y por esa razón no le es aplicable a las entidades del orden departamental y municipal, excepto que esa prohibición se haya contemplado en el nivel local, aspecto muy inusual de ser considerado en el orden territorial.

## **2. Acerca de las faltas gravísimas del artículo 48 de la Ley 734 de 2002**

### **2.1. Numeral 20. “Autorizar u ordenar la utilización indebida, o utilizar indebidamente rentas que tienen destinación específica en la Constitución o en la ley”**

Debe precisarse que no todas las rentas de destinación específica a las que se les cambie la destinación o se dé utilización indebida se puede calificar como falta gravísima. En ese sentido, el numeral 20 se refiere a autorizar u ordenar

<sup>9</sup> Decretos 1737 (artículo 2°), 2209, 2316 de 1998 y 950 de 1999.

utilizar indebidamente *rentas* con destinación específica fijada por la *Constitución o por la ley*. La Constitución Política en su artículo 359 prevé que “*No habrá rentas nacionales de destinación específica*”, a renglón seguido exceptúa las participaciones previstas en la Constitución en favor de los departamentos, distritos y municipios; las destinadas para inversión social y las que en leyes anteriores se asignan a las entidades de previsión social y a las antiguas intendencias y comisarías.

Las principales rentas de destinación específica de *carácter constitucional* son las participaciones señaladas en los artículos 356 y 357 y definidas como el Sistema General de Participaciones, desarrolladas por la Ley 715 de 2001; las rentas generadas por los monopolios rentísticos prescritas en el artículo 336 *ibídem*, fundamentalmente producto de la explotación de los juegos de suerte y azar, con destinación exclusiva para la salud; y el monopolio de licores, con *destino preferente* para los servicios de salud y educación, preferencia en los términos del Decreto 4692 de 2005, que estableció un mínimo del 51% de la renta a los sectores señalados. Lo son también las rentas generadas a través de las regalías de que trata el artículo 361 *idem* y a la que nos referiremos con más amplitud a continuación, primero, por su importancia y segundo, por la forma ambigua de interpretación de la norma reglamentaria.

En igual sentido tenemos el porcentaje del *impuesto predial* que debe cederse a las Corporaciones Autónomas Regionales, por mandato del artículo 317 *ibídem*, en la forma como lo prevé la ley 99 de 1993, en su artículo 44; la sobretasa al ACPM; las provenientes de las diferentes estampillas creadas a favor de las entidades territoriales tales como de desarrollo fronterizo, proplalacio municipal, proelectrificación, etc.

La enunciación anterior es un marco de referencia de distintas rentas con destinación específica de orden constitucional y legal a las cuales el régimen disciplinario dio la categoría de falta gravísima. Sin embargo, las entidades territoriales mediante ordenanzas y acuerdos disponen parte de sus rentas propias a un fin específico, por lo tanto, un cambio de destinación no crea *per se* un comportamiento reprochable calificable como falta gravísima, porque la especificidad no es de la jerarquía que reclama el artículo 48, numeral 20 del CDU.

**2.1.1 Recursos de Regalías.** En primera medida, las faltas disciplinarias por uso irregular de estos recursos se deben evaluar, según la época de los hechos, conforme a lo prescrito por las Leyes 619 de 2000 y 756 de 2002, modificatorias de la Ley 141 de 1994. De otra parte, como ambas

leyes guardan correspondencia en cuanto a la descripción normativa, en adelante nos referimos a la ley vigente que establece:

“ARTÍCULO 13. El artículo 14 de la Ley 141 de 1994 quedará así:

“Artículo 14. Utilización por los departamentos de las participaciones establecidas en esta ley:

Los recursos de regalías y compensaciones monetarias distribuidos a los departamentos productores, tendrán la siguiente destinación:

a) El noventa por ciento (90%), a inversión en proyectos prioritarios que estén contemplados en el plan general de desarrollo del departamento o en los planes de desarrollo de sus municipios, y de estos, no menos del cincuenta por ciento (50%) para los proyectos prioritarios que estén contemplados en los planes de desarrollo de los municipios del mismo departamento, que no reciban regalías directas, de los cuales no podrán destinarse más del quince por ciento (15%) a un mismo municipio. En cualquier caso, tendrán prioridad aquellos proyectos que beneficien a dos o más municipios;

b) El cinco por ciento (5%), para la interventoría técnica de los proyectos que se ejecuten con estos recursos, y

c) El cinco por ciento (5%), para gastos de funcionamiento u operación. El cincuenta por ciento (50%), y solo cuando estos recursos no provengan de proyectos de hidrocarburos, para sufragar los costos de manejo y administración que tengan las entidades de orden nacional a cuyo cargo esté la función de recaudo y distribución de regalías y compensaciones.

Mientras las entidades departamentales no alcancen coberturas mínimas en indicadores de mortalidad infantil, cobertura básica de salud y educación, agua potable y alcantarillado la entidad departamental correspondiente deberá asignar no menos del sesenta por ciento (60%) del total de sus regalías para estos propósitos. En el presupuesto anual se separarán claramente los recursos provenientes de las regalías que se destinen a los sectores aquí señalados.

El Gobierno Nacional reglamentará lo referente a cobertura mínima.

PARÁGRAFO 1o. Para los efectos de este artículo, también se tendrá como inversión las transferencias que hagan los departamentos de las participaciones de regalías y compensaciones en favor de los Consejos Regionales de Planificación Económica y Social, Corpes, o de la entidad que los sustituya, y de los Fondos de Inversión Regional, FIR.

PARÁGRAFO 2o. Continuarán vigentes todas las cesiones de participaciones a las entidades públicas que con arreglo a leyes, decretos y convenios anteriores, hubieren efectuado los departamentos y municipios.

PARÁGRAFO 3o. Para todos los efectos, la Contraloría General de la República ejercerá el control fiscal sobre estos recursos”.

ARTÍCULO 14. El artículo 15 de la Ley 141 de 1994 quedará así:

“Artículo 15. Utilización por los municipios de las participaciones establecidas en esta ley.

Los recursos de regalías y compensaciones monetarias distribuidos a los municipios productores y a los municipios portuarios, tendrán la siguiente destinación:

a) El noventa por ciento (90%) a inversión en proyectos de desarrollo municipal contenidos en el plan de desarrollo, con prioridad para aquellos dirigidos al saneamiento ambiental y para los destinados a la construcción y ampliación de la estructura de servicios de salud, educación, electricidad, agua potable, alcantarillado y demás servicios públicos básicos esenciales, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 129 del Código de Minas (Ley 685 de 2001);

b) El cinco por ciento (5%) para la interventoría técnica de los proyectos que se ejecuten con estos recursos, y

c) El cinco por ciento (5%) para gastos de funcionamiento u operación. El cincuenta por ciento (50%), y solo cuando estos recursos no provengan de proyectos de hidrocarburos, para sufragar los costos de manejo y administración que tengan las entidades de orden nacional a cuyo cargo esté la función de recaudo y distribución de regalías y compensaciones.

Mientras las entidades municipales no alcancen coberturas mínimas en los sectores señalados, asignarán por lo menos el setenta y cinco por ciento (75%) del total de sus participaciones para estos propósitos. En el presupuesto anual se separarán claramente los recursos provenientes de las regalías que se destinen para los anteriores fines.

El Gobierno Nacional reglamentará lo referente a la cobertura mínima.

PARÁGRAFO. Para todos los efectos, la Contraloría General de la República ejercerá el control fiscal de estos recursos”.

La formulación de cuestionamientos disciplinarios por uso indebido de los recursos de regalías no sólo por los operadores disciplinarios, sino por parte de las Contralorías en sus diferentes niveles denominados *presuntos hallazgos disciplinarios*, requiere de la unificación de criterios para determinar si se está en presencia de un comportamiento constitutivo de ilicitud disciplinaria.

Los artículos 13 y 14 de la Ley 756 de 2002 establecen los parámetros para la programación y ejecución de los recursos por los departamentos, distritos y municipios ***en lo que tiene ver con regalías directas***. En ambas entidades territoriales y por regla general la inversión de los recursos se hará en proyectos prioritarios contemplados en el Plan de Desarrollo, que para el caso de los departamentos será su propio plan o el de los municipios en donde se realicen

las inversiones. En ese sentido, para los departamentos la norma no condiciona sectores específicos de tal suerte que la inversión prioritaria podría ser pavimentar, construir o mantener vías, construir escenarios deportivos, etc. Esa regla general se aplica con total libertad, *excepto cuando no se hayan alcanzado las coberturas de que trata el artículo 20 del Decreto 1747 de 1995*, en cuanto a indicadores de mortalidad infantil, cobertura básica en salud y educación, agua potable y alcantarillado. *No aplica de igual manera para municipios* en donde la prioridad si está condicionada al saneamiento ambiental y para los destinados a la construcción y ampliación de la estructura de servicios de salud, educación, electricidad, agua potable, alcantarillado.

**2.1.2. Cómo investigar y probar.** Debe tenerse en cuenta que el mínimo a invertir de las regalías es del 60% para departamentos y el 75% en distritos y municipios, cuando los indicadores de coberturas no alcancen los límites que exige el artículo 20 del Decreto 2747 de 1995. Luego entonces, los departamentos podrán financiar otros proyectos prioritarios diferentes de los exigidos por la norma indicada con el 30% restante e igual los municipios con el 15%, porque un 5% del total puede ser utilizado para interventoría y otro 5% destinarse a gastos de funcionamiento o puesta en operación del proyecto, pero si la entidad no lo considera necesario, ese porcentaje es un disponible para inversión, con lo cual los porcentajes libres serán hasta el 40% y el 25% respectivamente. Esto obliga, para efectos de determinar la utilización indebida de los recursos, a realizar una evaluación integral del proceso presupuestal en las etapas de la planeación, programación y ejecución, comenzando primero por conocer el nivel certificado de cobertura en mortalidad infantil, salud, educación, agua potable y alcantarillado<sup>10</sup>.

Así mismo, se debe identificar en el presupuesto de ingresos a cuánto asciende lo proyectado por concepto de regalías directas y en el presupuesto de gastos identificar la suma total apropiada en los sectores señalados hasta por el monto mínimo exigido del 60% y 75%, si las coberturas no se han alcanzado. Esos ingresos presupuestados deben cruzarse con la información que se solicite respecto a giros que haya hecho la Agencia Nacional de Hidrocarburos si se trata de regalías provenientes de petróleo, y de carbón y otros minerales por Minercol. Ello con el fin de determinar si la totalidad recibida se apropió en ingresos y gastos, e igualmente, si lo girado *ha sido manejado en la cuenta única obligatoria para tal fin, acorde con lo exigido por el Decreto 620 de 1995*.

<sup>10</sup> A los municipios los certifica el departamento al que pertenecen y a los departamentos el Ministerio del ramo.

De otra parte, si la entidad ha logrado las metas de cobertura exigidas por la norma, no hay un impedimento legal para que financie proyectos de inversión diferentes a los taxativamente exigidos, e igual puede hacerlo con los montos que quedan disponibles después de aplicar el monto mínimo para alcanzar coberturas. No obstante queda la siguiente pregunta. ¿Qué proyectos y cuáles son prioritarios? Esas prioridades las determina cada entidad territorial acorde con sus políticas, pero siempre sujeta al ámbito de las competencias que en materia de prestación de servicios públicos y construcción de infraestructura se les haya concedido en otras normas, como por ejemplo, en la Ley Orgánica 715 de 2001, en procura de mejorar el bienestar social de la población.

Otro problema surge del siguiente cuestionamiento: ¿Todos los proyectos prioritarios de inversión se encuentran previstos en el Plan de Desarrollo? Difícilmente ese instrumento de planificación puede contener la totalidad de los proyectos clasificados como prioritarios. A lo sumo se establecerán en él los proyectos estratégicos de gran magnitud, y esa medida varía según el municipio, porque un puesto de salud lo será para un municipio, mientras que para otro lo es construir una compleja malla vial. Por lo tanto, primero evaluaremos si en el Plan de Desarrollo hay programas o subprogramas en donde se ubique el proyecto cuestionado. De no estar expresamente identificado el proyecto en el Plan de Desarrollo, se analizará su parte general, en cuanto a las realizaciones que se aspira por sector, en el cual tenga cabida el proyecto objeto de cuestionamiento.

Ahora, ¿cómo determinar si se cambió la destinación de los recursos, por ejemplo, financiando gastos de funcionamiento? Ello se presenta cuando en el presupuesto la fuente que financia el gasto proviene de regalías, circunstancia no muy común, pero de presentarse es difícil de determinar porque las entidades no señalan el ingreso fuente que ampara el gasto e igual ocurre con cualquier renta. Lo usual es la utilización de los dineros como fuente de pago de obligaciones por concepto de gastos de funcionamiento, ya sea girando directamente de la cuenta especial dispuesta para el recaudo de las regalías o transfiriendo a otras cuentas contra las cuales se realiza el pago indebido. Por lo tanto, es necesario revisar el libro auxiliar de bancos de la cuenta correspondiente para verificar los órdenes de pago que se atendieron con cargo a esa cuenta; asimismo, cruzar la información con los extractos bancarios, aclarando el fin del traslado, si los hubo.

Otro mecanismo de verificar la ejecución es analizando la información contenida en los formatos obligatorios F01, F02 y F03 (conocidos anteriormente como FNR 01 y FNR 02) remitidos por las entidades territoriales a la Dirección Regalías del Departamento Nacional de Planeación donde se detallan los ingresos recibidos y los proyectos de inversión que fueron

financiados, de tal suerte que fácilmente se pueden verificar todas las cuentas de pago de las obligaciones nacidas de cada proyecto y cruzarlas contra extractos bancarios, lo que nos arrojará qué pagos no corresponden a obligaciones de proyectos financiados con regalías y cuáles no.

También pueden los operadores disciplinarios, para efectos investigativos, acceder a los informes de regalías directas emitidos por las interventorías, cuya información reposa en el Departamento Nacional de Planeación y constituye una fuente importante para orientar la acción disciplinaria, por cuanto allí se registra detalladamente la ejecución total del recurso y se señalan los presuntos hechos irregulares en materia contractual y presupuestal, esencialmente. Sin embargo esa información debe valorarse, al igual que la proveniente de hallazgos remitidos por las Contralorías, cualquiera sea su nivel.

Este comentario sucinto recoge los aspectos que a nuestro juicio son los más importantes en cuanto a regalías, sin que se agote el tema en lo que respecta a los tipos de conducta, y no se pretende, por supuesto, describir el único procedimiento de adelantar la investigación disciplinaria., porque se recalca, el análisis debe ser integral cuando se presuma el cambio de destinación o utilización indebida.

**2.2. Formación del déficit fiscal y sus consecuencias.** Prevé el Código Único Disciplinario varias faltas que pueden dar origen o incrementar su formación, las cuales se encuentran contenidas en los siguientes numerales:

“23. Ordenar o efectuar el pago de obligaciones en exceso del saldo disponible en el Programa Anual Mensualizado de Caja (PAC).

24. No incluir en el presupuesto las apropiaciones necesarias y suficientes, cuando exista la posibilidad, para cubrir el déficit fiscal, servir la deuda pública y atender debidamente el pago de sentencias, créditos judicialmente reconocidos, laudos arbitrales, conciliaciones y servicios públicos domiciliarios.

25. No adoptar las acciones establecidas en el estatuto orgánico del presupuesto, cuando las apropiaciones de gasto sean superiores al recaudo efectivo de los ingresos.”

28. No efectuar oportunamente e injustificadamente, salvo la existencia de acuerdos especiales de pago, los descuentos o no realizar puntualmente los pagos por concepto de aportes patronales o del servidor público para los sistemas de pensiones, salud y riesgos profesionales del sistema integrado de seguridad social, o, respecto de las cesantías, no hacerlo en el plazo legal señalado y en el orden estricto en que se hubieren radicado las solicitudes. De igual forma, no presupuestar ni efectuar oportunamente el pago por concepto de aportes patronales correspondiente al 3% de las nóminas de los servidores públicos al ICBF.”

Para prevenir esos resultados de alto impacto que afectan la correcta marcha de la administración se tuvo en cuenta los hechos económicos coyunturales de la década de los años noventa. Como primera medida se evaluó que el equilibrio entre el ingreso y el gasto es un principio que garantiza la estabilidad del sistema económico público, pero que también aplica con sus matices al sector privado.

Así entonces, pese a los continuos resultados financieros negativos de las finanzas públicas del gobierno central y territorial, poco o nada era lo que se hacía desde la órbita administrativa como desde la disciplinaria, y el déficit fiscal creciente se tenía como un efecto natural del ejercicio de la función pública. Igualmente, respecto de estos asuntos, imperaba el desinterés en todos los órdenes sociales, y se reflejaba en todas las instancias de la nación y la sociedad.

Para bien de la Nación, la Constitución Política de 1991 a través de una ley orgánica integró de mejor manera los aspectos presupuestales del sector central y descentralizado territorialmente y por servicios, dándole a la economía pública una estructura unitaria y sistemática, con autonomía limitada pero sin invadir el ámbito de competencia propia de la descentralización administrativa. A partir de allí se han promulgado disposiciones regulatorias, cuyos contenidos no son más que instrumentos técnicos para el manejo integral y en equilibrio de las finanzas públicas, abandonando el viejo modelo en donde el presupuesto decretado - por si solo -, constituía la fuente para comprometer gasto sin tener en cuenta la capacidad real de pago y sin que dicho comportamiento fuera generador de responsabilidad contra el servidor público, acorde con el perjuicio causado.

Pese a la existencia de regulación para mantener el equilibrio entre los ingresos y los gastos, las entidades territoriales omitieron - durante la década de 1990 al 2000 -, dar aplicación cabal a lo establecido en el Estatuto Orgánico de Presupuesto, en cuanto a aplazar o reducir los gastos que no contaran con fuentes reales de financiamiento (falta gravísima del numeral 25, artículo 48 del CDU), omisión que dio lugar a la fase final de decantación de la gran crisis fiscal de municipios y departamentos que los hizo inviables administrativamente, al tiempo que el orden económico nacional sintió los efectos de la crisis. Si bien nos referimos a las entidades territoriales, no quiere decir ello que por el lado del gobierno central las cosas fueran diferentes, cambia el escenario en cuanto a que las decisiones para mantener un déficit razonable se toman con criterios técnicos complejos y articulado con el escenario macroeconómico, es decir, prevalece en la decisión la conservación de la dinámica de la economía en su conjunto.

Es fácil darse cuenta que antes de la Ley 734 de 2002 no se había valorado la responsabilidad del servidor público por el manejo inadecuado de las finan-

zas públicas, habida cuenta que las repercusiones no sólo eran en la generación del déficit fiscal, sino su incidencia en la afectación de derechos fundamentales por cuanto se imposibilita dar atención real a las necesidades de la población en asuntos básicos como salud, educación, saneamiento básico, recreación y bienestar general, lo cual atenta contra la dignidad de los ciudadanos, postulados recogidos en la Constitución Política de 1991 dentro de los derechos sociales.

Por lo tanto, prevenir esas claras consecuencias es lo que reclama el CDU de los servidores públicos encargados de ejecutar y controlar el presupuesto, que deben avenirse estrictamente a los postulados normativos de carácter orgánico y ordinarios previstos para el manejo de los recursos públicos, como quiera que es una actividad presente en todas las decisiones administrativas, porque el presupuesto es por excelencia un instrumento determinante para la realización de los fines esenciales del Estado. En suma, conocer ese ordenamiento jurídico es un deber imperativo en razón a que no existe función pública sin presupuesto, son estas dos instituciones inescindibles.

**2.2.1 Cómo investigar y probar.** Para abordar la investigación disciplinaria a fin determinar la ocurrencia de faltas gravísimas como las correspondientes a los numerales precitados, no basta con conocer las normas, es fundamental su correcta interpretación, pues están construidas dentro de contenidos técnicos cuyo desarrollo se refleja en la coherencia de los diferentes instrumentos que hacen parte del sistema presupuestal y demás aplicativos necesarios para la debida ejecución del presupuesto público.

Situados en el escenario administrativo correspondiente, que para la presente ejemplificación será una entidad territorial, debemos dar lectura a los conceptos de ingresos y gastos allí descritos. Por el lado de las rentas, habrá que establecer su naturaleza, es decir, cuáles son las propias y cuáles las de destinación específica. En lo atinente a los gastos, cuáles son funcionamiento y cuáles de inversión forzosa, libre inversión y qué renta los financia. Determinar el déficit fiscal acumulado, si se encuentra debidamente apropiada la partida en el presupuesto y cuál es la renta que garantiza su pago, igual para atender el servicio de la deuda pública si existe. Adicionalmente, examinar si las proyecciones de ingresos son razonables, en cuanto a si estos reflejan el recaudo efectivo promedio de las rentas de vigencias anteriores y un incremento al menos igual al de la inflación esperada; de usarse otro escenario o modelo de cálculo del escenario económico, debe ser demostrable<sup>11</sup>.

<sup>11</sup> Téngase en cuenta lo previsto en la Ley 819 de 2003, que exige un escenario de ingreso y gastos ajustado al Marco Fiscal de Mediano Plazo, además, que los compromisos no perfeccionados se atienden con el presupuesto de la vigencia entrante.

Ahora, si bien el monto máximo para asumir compromisos es la apropiación presupuestal, ello está sujeto a una afectación racional, porque su ejecución debe ser armónica con el nivel de recaudo de la renta que la respalda. Luego entonces, es allí donde el Plan Anual Mensualizado de Caja, PAC, se convierte en una herramienta esencial para realizar pagos, de tal suerte que cuando los compromisos se asumen, ellos deben estar sujetos a la programación del PAC.

El Ordenador del Gasto, la Secretaría de Hacienda y la Tesorería (o quien haga sus veces) son unas unidades ejecutoras armonizadas. Cuando los responsables del recaudo de las rentas, y los del manejo y control del presupuesto determinan que las metas de recaudo no son susceptibles de cumplirse, inmediatamente debe procederse a utilizar el mecanismo establecido en el Estatuto Orgánico Presupuestal Local, el cual debe contener lo preceptuado en los artículos 76 y 77 del Decreto 111 de 1996, *referidos con el aplazamiento o reducción de los gastos sin financiamiento*.

Es frecuente en las entidades no tomar estas medidas. Para establecer si hubo ejecución en desequilibrio se deben cuantificar la totalidad de los ingresos recaudados<sup>12</sup>, compromisos y obligaciones asumidas, cuántos de estos se pagaron en el transcurso de la vigencia, el monto de las reservas presupuestales<sup>13</sup> y cuentas por pagar. Se cruza la información, y al menos en bancos o en caja debe haber el monto en dinero para cancelar las reservas y las cuentas por pagar. Adicionalmente y de manera puntual el presupuesto de la vigencia debe contener las apropiaciones para dar cumplimiento a lo señalado en los numerales 24 y 28 del artículo 48 del CDU.

En lo atinente al Programa Anual Mensualizado de Caja, PAC, cuya falta gravísima se señala en el numeral 23 ídem, ha de verificarse si el PAC fue programado por la entidad, cuáles son las fuentes de recursos tenidas en cuenta en la programación y qué obligaciones estaban programadas para ser atendidas cada mes, de tal suerte que la entidad pueda, por ejemplo, suscribir contratos y pactar el pago de anticipos, cumpliendo su giro dentro del término previsto en el contrato. Es decir, por ejemplo, si un contrato en una entidad no se ha iniciado por falta de giro del anticipo, *es un indicio serio que no tenía PAC*.

**2.3 La falta descrita en el numeral 21.** *“Autorizar o pagar gastos por fuera de los establecidos en el artículo 346 de la Constitución Política.”*

<sup>12</sup> Téngase en cuenta que si son transferencias de la Nación estas no se reciben en su totalidad durante el año, igual cómo se programó su recaudo.

<sup>13</sup> La constitución de reservas presupuestales está sujeta a transitoriedad según la ley 819 de 2003. Ver decreto reglamentario N° 4730 de 2005.

Hace referencia a la legalidad del gasto público, y guarda correspondencia con lo expresamente señalado en el artículo 345 de la C.P.

Nos indica la norma en mención que no puede hacerse un gasto que no esté previamente programado en el presupuesto de la entidad y decretado por quien tiene la competencia (Congreso, Asamblea y Concejo), pero a su vez, que ese gasto corresponda a un crédito judicialmente reconocido, o a un gasto decretado conforme a ley anterior, o a uno propuesto por el Gobierno para atender debidamente el funcionamiento de las ramas administrativas de la entidad, o al servicio de la deuda, o destinado a dar cumplimiento al Plan de Desarrollo.

## **2.4. Otras consideraciones a tener en cuenta.**

### **2.4.1 Estructuración del cargo y otras faltas graves o leves**

No siempre la utilización de un verbo rector describe el comportamiento irregular, porque las conductas de tipo abierto o en blanco pueden necesitar de descripciones amplias que contengan toda la acción objeto de reproche. Los asuntos de la materia presupuestal generan relativa complejidad al momento de estructurarse el cargo si se ignoran asuntos tales como la función legal específica que desempeña el disciplinado, el requisito del acto dentro del proceso presupuestal y el por qué de su necesidad ineludible.

El caso del certificado de disponibilidad. Su no expedición aparentemente se satisface con el verbo *omitir* expedirlo, pero ello deriva en que no hubo *afectación* del presupuesto porque sin dicho acto tampoco puede hacerse el *registro presupuestal*, que constituye la fuente de financiamiento del compromiso y por ende no se puede *pagar* la obligación mediante un procedimiento normal por carecer de un requisito legal, esencial.

En cuanto a la expresión ***decretar el gasto***, es una facultad constitucional conferida al Congreso, a las Asambleas y a los Concejos, para expedir el acto correspondiente contentivo de las apropiaciones objeto de gasto público, siendo estos los de funcionamiento para atender el pago de las plantas de personal, de inversión que se concretan en proyectos debidamente evaluados y registrados por la correspondiente oficina de planeación.

Un ejemplo de su inadecuada citación se presenta cuando para referirse a la imputación incorrecta de una apropiación se usa el verbo rector “decretó” irregularmente la afectación del rubro X, cuando lo debido, es: ordenó un gasto de manera irregular al afectar el rubro X que estaba dispuesto para ...”.

Luego entonces, ***ordenar el gasto***, es la facultad del representante legal de una entidad para autorizar y comprometer los recursos de la persona jurídica ante las diversas necesidades para el cumplimiento de la función.

En lo relacionado con el ***pago de la obligación***, se entiende el trámite de tesorería mediante el cual se reconocen u honran de manera efectiva las obligaciones adquiridas por la entidad. Para su reconocimiento debe programarse la fuente de pago en el Plan Anual Mensualizado de Caja, PAC.

Por lo tanto, la descripción del hecho debe corresponder con exactitud a la conducta omitida o realizada, de manera irregular y conforme a las órbitas funcionales de competencia.

Sin embargo, se presentan casos en donde se formula el cargo al Tesorero o quien haga sus veces de la siguiente manera: “Pagar la cuenta XX sin contar para ello con el certificado de disponibilidad que garantizara la existencia de apropiación presupuestal”.

Lo correcto sería “Pagar irregularmente la obligación XX, la cual se asumió sin el lleno de los requisitos legales, tales como la carencia del certificado de disponibilidad y el registro presupuestal al momento se suscribire el compromiso, ...”.

Otro factor de confusión es entre disponibilidades y reservas presupuestales.

La ***disponibilidad presupuestal*** atañe al saldo de apropiación libre de afectación en cada rubro, mientras que ***la reserva presupuestas***, es el mecanismo que permite reservar el monto de la apropiación comprometida legalmente en la vigencia fiscal correspondiente y que al 31 de diciembre no se realizó el objeto contratado, permitiendo el mecanismo su ejecución y pago en la vigencia siguiente.

Por la incorrecta interpretación muchas veces se cuestiona que el contrato no contó con **reserva presupuestal**, cuando lo sucedido consistió en la carencia del certificado de disponibilidad o del registro presupuestal.

También se presenta confusión entre la no expedición del certificado de disponibilidad y falta de disponibilidad. La disponibilidad presupuestal puede existir, independientemente de la expedición o no de un certificado, porque ella se refleja en el monto no comprometido de un rubro.

## **Reflexiones finales**

Las normas positivas hablan de un momento histórico y el derecho disciplinario no es ajeno a ese devenir. Los hechos económicos públicos y privados

de la década del noventa del siglo XX marcaron un hito que hoy se refleja en la formulación de un glosario amplio de faltas gravísimas diferentes a las que se configuraron en la Ley 200 de 1995, al punto de ser señaladas como extremas –pero necesarias– por muchos servidores públicos responsables del manejo de recursos públicos y por particulares destinatarios de la ley.

El conocimiento que tenemos de la forma como se manejan los recursos públicos nos lleva a plantear que lo relacionado con la planeación debe integrar a futuro el glosario de faltas gravísimas del CDU, instrumento vertebral por excelencia para una adecuada realización de los fines esenciales del Estado, pero implementado por las entidades como un requisito para cumplir con un mandato legal y de carácter formal y no como herramienta programadora de metas realizables y resultados medibles.

Caminamos por la senda de hacer exigible un comportamiento público acorde con las nuevas estructuras administrativas que se implementan en la administración pública. Es el caso de las recientes normas que regulan el ejercicio de la función, que en lo relacionado con el presupuesto público, han introducido modificaciones sustanciales a los instrumentos económicos para el adecuado manejo de los recursos, y algunas de tales disposiciones pesan tanto como las descritas en el glosario de faltas gravísimas, inclusión que se hará cuando se haga el ajuste al CDU.



# RÉGIMEN DISCIPLINARIO PARA LAS FUERZAS MILITARES

Por: GLORIA INÉS SEGOVIA QUINTERO\*

## INTRODUCCIÓN

**H**a sido propósito del señor Procurador General de la Nación unificar criterios jurídicos en torno a la aplicación e interpretación de las normas disciplinarias, a fin de que las distintas dependencias de la institución tengan claridad en el trámite de los asuntos y se evite el proferimiento de decisiones contradictorias.

Por ello resulta trascendente el estudio de los regímenes especiales y en particular el correspondiente al de las Fuerzas Militares, que se constituye en herramienta de trabajo de diversas dependencias de la Procuraduría investidas de competencia para tramitar los procesos disciplinarios que se adelanten contra sus miembros que en servicio activo hubieren incurrido en conductas disciplinariamente relevantes.

Las Fuerzas Militares están integradas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, y de acuerdo con el artículo 217 de la Constitución Política les corresponde como **función especial**, la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional. El mismo canon constitucional consagra que será la ley la que regulará el **régimen especial disciplinario** que los debe regir.

Es importante entonces difundir entre los servidores de la Procuraduría que fungan como operadores disciplinarios respecto de las Fuerzas Militares, el conocimiento sobre este régimen especial para determinar su acertada apli-

---

\* Procuradora Delegada para las Fuerzas Militares.

cación, distinguiendo aquellos casos en donde su cumplimiento es integral de los que son susceptibles de regirse por el régimen disciplinario ordinario.

Bajo estos parámetros se analizarán aspectos como los antecedentes del régimen disciplinario, la normatividad sustancial y procedimental aplicable y la competencia asignada a este ente de control.

## 1. CONCEPTO

Los militares por su condición de tal y la función que cumplen tienen un régimen especial que recopila aquellos comportamientos que han sido tipificados como faltas disciplinarias y que le es aplicable cuando son disciplinados. Este régimen corresponde a la Ley 836 de 2003, que entró en vigencia el 17 de julio de 2003.

## 2. ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES DE LA APLICACIÓN DEL RÉGIMEN ESPECIAL PARA LAS FUERZAS MILITARES

Con la Ley 4 de 1990 –a través de la cual se reorganizó la Procuraduría General de la Nación, se asignaron funciones a sus dependencias y se dictaron otras disposiciones–, la Procuraduría Delegada para las Fuerzas Militares era la dependencia competente para conocer en única instancia de los procesos disciplinarios que se adelantaran contra los Oficiales y Personal Civil del Ministerio de Defensa Nacional, las Fuerzas Militares, los organismos adscritos y vinculados.

Esta competencia general tuvo como herramientas sustantivas y procesales para adelantar dichos procesos disciplinarios la Ley 25 de 1974 (Funcionamiento del Ministerio Público y régimen disciplinario) y el Decreto 3404 de 1983 (Reglamentario de la citada ley, la Ley 83 de 1936 y los Decretos 2898 de 1953 y 521 de 1971).

La jurisprudencia sólo vino a pronunciarse sobre este tema después de la expedición del Decreto 085 de 1989 -Primer Régimen Especial Disciplinario para las Fuerzas Militares–, cuya vigencia tuvo lugar desde el 10 de enero de 1989 hasta el 31 de diciembre de 2000.

De modo que durante esta vigencia, fue emitida la Ley 200 de 1995, primer Código Único Disciplinario, que en su artículo 175 indicaba lo siguiente: “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**”.

El artículo 177 de la misma ley “derogó” las disposiciones generales o especiales que regulaban la materia disciplinaria, **salvo los regímenes especiales de la Fuerza Pública**. Sobre estas dos normas se pronunció la jurisprudencia constitucional para asegurar la exequibilidad de las mismas por considerar que en modo alguno con la aplicación del procedimiento del Código Disciplinario Único se estaba desconociendo el Régimen Especial porque su diferencia principal con los demás regímenes, correspondía a la descripción de las faltas y sus sanciones, siendo posible que el procedimiento para la aplicación de tales sanciones fuera igual o similar al de los demás servidores públicos. Concretamente dijo la Corte:

“...No obstante de la conservación de dicho régimen excepcional para la fuerza pública, el legislador consideró que debía establecer una unidad en los procedimientos para la determinación de la responsabilidad disciplinaria, por considerar que los aspectos procesales pueden ser materia de regulaciones comunes que, por tanto, pueden ser aplicables por igual para investigar y sancionar la conducta de cualquier servidor público que incurra en falta disciplinaria...”<sup>1</sup>.

“...La existencia de estatutos especiales no impide al legislador incluir en ellos normas que se identifican con las de estatutos de carácter general o remitirse a normas que regulen materias semejantes, por el contrario, si ellas sustentan su contenido la regulación es pertinente. Los principios rectores del proceso disciplinario – debido proceso, principio de legalidad, principio de favorabilidad, presunción de inocencia, igualdad ante la ley, reconocimiento de la dignidad humana, resolución de la duda a favor del disciplinado, etc. – deben necesariamente identificarse, cualquiera que sea el régimen al que se pertenezca, pues se han instituido para garantizar al servidor público, objeto de investigación, el respeto de sus derechos constitucionales en el adelantamiento del proceso respectivo.....”<sup>2</sup>.

En el año 2000 fue expedido el Decreto 1797 (Régimen Disciplinario Fuerzas Militares vigente desde el 1 de enero de 2001 hasta el 16 de julio de 2003), el que contenía tanto normas sustantivas como procesales. Sin embargo, al ser sometido al juicio constitucional, se declaró inexecutable la parte procesal, no con argumentos de fondo sino de forma, en la medida en que el Presidente cuando lo expidió, carecía de facultades extraordinarias para ello. En todo caso, en la sentencia C-713 de 2001, la Corte Constitucional reiteró que la consagración de un régimen procesal general por parte del legislador, no se oponía a la Carta Superior:

<sup>1</sup> Sentencia C-088-97. Magistrado Ponente: ANTONIO BARRERA CARBONELL.

<sup>2</sup> Sentencia C-310-97. Magistrado Ponente: CARLOS GAVIRIA DÍAZ.

“Ha sido la Jurisprudencia Constitucional la que ha señalado que si bien es cierto con fundamento en la Constitución y en razón de la índole de las funciones que cumplen las Fuerzas Militares, requieren de un régimen especial que sería comprensivo tanto de los aspectos sustanciales como procedimentales, el mismo legislador puede unificar los procedimientos para la determinación de la responsabilidad disciplinaria de cualquier servidor público que incurra en falta disciplinaria, como lo hizo con la expedición de la ley 200 de 1995, todo ello porque la garantía y respeto de sus derechos constitucionales en el adelantamiento del proceso disciplinario son comunes y por consiguiente, no se opone a la Constitución el que para los militares se aplique el procedimiento único establecido para el común de los servidores públicos.

**Prohibición constitucional de modificar códigos por medio de facultades extraordinarias:**

La Jurisprudencia Constitucional ha dicho que sólo las modificaciones que afecten significativamente la estructura normativa de los códigos o que constituyan una regulación con las mismas características de éstos, se pueden catalogar como violatorios de la prohibición contenida en el numeral 10º del artículo 150 de la Constitución que se refiere a que por medio de facultades extraordinarias el Presidente de la República, no puede reformar códigos, leyes estatutarias u orgánicas<sup>3</sup>.

En el año 2003 se expidió por parte del Congreso de la República, la Ley 836 de 2003 –Reglamento de Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares–, la que nuevamente incorpora los aspectos sustanciales y procesales. Sobre esta normatividad, que es la que se encuentra vigente actualmente, la Corte en dos pronunciamientos recientes de los años 2004 y 2005, recordó que no es contrario a la Constitución que los militares puedan estar sujetos a un régimen procesal general, pero explicó que ello no significa que aquéllos no puedan contar con un régimen procesal especial, dada la libertad de configuración que tiene el legislador. Específicamente se indicó en la Sentencia C-431 de 2004:

“...No obstante, esta especialidad del régimen disciplinario de los militares no impide que también estén sujetos a las normas del régimen disciplinario general de los servidores del Estado...”

“La jurisprudencia también ha hecho énfasis en que lo esencial del régimen especial es su aspecto sustancial - es decir el catálogo de faltas y sanciones especiales aplicables sólo a las Fuerza Militares- y no el aspecto procesal - es decir las normas rituales para hacer efectiva la responsabilidad

<sup>3</sup> Sentencia C-713-01. Magistrada Ponente: CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.

disciplinaria -, aspecto este último que puede regularse por las normas generales del procedimiento disciplinario...”<sup>4</sup>.

En la Sentencia C-1079/05 que declaró exequibles los artículos 74 a 92 de la Ley 836 de 2003, se puntualizó lo siguiente:

“...la única diferencia que realmente debe existir como imperativo constitucional entre el régimen especial previsto para los miembros de las fuerzas militares y el común de los demás servidores públicos, se encuentra primordialmente en la descripción de las conductas constitutivas de falta disciplinaria y en el catálogo de sanciones a imponer, pues lo que en esencia justifica la dualidad de ordenamientos disciplinarios es la imposibilidad fáctica y jurídica de identificar las funciones que están llamados a cumplir los citados servidores del Estado. De igual manera, los citados regímenes se distinguen por el hecho de someter a los miembros de las fuerzas militares a unas reglas especiales de sujeción de naturaleza sustancial, cuyo ámbito de aplicación tiene lugar en las dos manifestaciones de jerarquía constitucionalmente reconocidas, esto es, tanto militar como administrativa (C.P. arts. 91 y 123). Por lo anterior, en sentencias C-310 de 1997, C-620 de 1998, C-713 de 2001 y C-431 de 2004, esta Corporación concluyó que es perfectamente posible que el legislador fije una regulación común en lo que se refiere al procedimiento que debe seguirse para la aplicación de tales sanciones, sin que por eso se entienda afectado el régimen especial previsto en la Constitución a favor de las fuerzas militares.

...De todas maneras, si el legislador considera viable establecer no sólo diferencias en cuanto al alcance de las normas sustantivas, sino también en relación con el procedimiento señalado para llevar a cabo la función disciplinaria, no por ello es posible argumentar la existencia de una irregularidad que afecte la constitucionalidad de los preceptos legales que así lo consagren, ya que el reconocimiento de un régimen disciplinario especial le otorga competencia per se al legislador para crear, regular y delimitar infracciones y sanciones disciplinarias por fuera del régimen común, y para prever procedimientos o trámites específicos que garanticen su efectiva imposición. Así lo reconoció esta Corporación en la citada sentencia C-310 de 1997, a partir de la pretensión formulada por el demandante consistente en la eliminación legal del régimen especial reconocido en materia disciplinaria para las fuerzas militares”.<sup>5</sup>

De lo anterior se concluye que si bien es cierto la jurisprudencia constitucional partió del reconocimiento de la facultad del legislador para establecer regímenes especiales disciplinarios aplicables a los miembros de la Fuerza

<sup>4</sup> Sentencia C-431-04. Magistrado Ponente: Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA.

<sup>5</sup> Sentencia C-1079-05. Magistrado Ponente: RODRIGO ESCOBAR GIL.

Pública (Fuerzas Militares y Policía Nacional), basándose en el fundamento constitucional de los artículos 217 y 218 de la Carta Magna, entendiendo que este régimen como tal era comprensivo tanto de la tipificación de las faltas, las sanciones, los funcionarios competentes y el procedimiento respectivo, la verdad es que desde 1997, con ocasión de la vigencia del Código Único Disciplinario dieron pábulo a la aplicación de este procedimiento único para los militares sin que con ello se violara a su juicio la Constitución.

Con este mismo enfoque jurisprudencial, la Corte Constitucional sostuvo la vigencia del Decreto 1797, en cuanto al aspecto sustantivo pero estimó inconstitucional la parte procedimental allí contenida, no sólo con el argumento anterior sino con el relativo al origen de la reforma en tanto este procedimiento no podía serlo como consecuencia de un decreto expedido con facultades extraordinarias.

Ahora, la Ley 836 de 2003, expedida por el Congreso de la República, no ofrece esta dificultad en su origen y por consiguiente, a nuestro juicio, emerge su validez como estatuto especial comprensivo tanto de la parte sustancial como procedimental.

Lo cierto, en todo caso, es que la Corte Constitucional en la sentencia C-1079 de 2005 precisó que la consagración de un régimen procedimental especial para las Fuerzas Militares es perfectamente válido y no se opone a la Constitución, por derivarse de la facultad de libre configuración legislativa que tiene el Congreso.

Es decir, que la Ley 836 de 2003 debe aplicarse tanto en la parte sustancial como en la parte procesal, como regla general, salvo algunas excepciones legales a las que seguidamente se hará alusión.

### 3. NORMATIVIDAD SUSTANCIAL APLICABLE

Como se dijo antes, el régimen disciplinario vigente aplicable a las Fuerzas Militares corresponde a la Ley 836 de 2003, que entró a regir desde el 17 de julio de 2003. Lo anterior no impide que sus miembros también estén sujetos a las **normas sustantivas** del régimen disciplinario general de los servidores públicos consagrado en la Ley 734 de 2002.

Así se infiere del contenido del artículo 12 de la citada Ley 836 que define el **principio de especialidad**, que a su tenor literario reza:

“ARTÍCULO 12: ESPECIALIDAD. En desarrollo de los postulados constitucionales, al personal militar le serán aplicables las faltas y sanciones de que trata este régimen disciplinario propio, así como las faltas aplicables a los demás servidores públicos que sean precedentes”.

Podría afirmarse entonces que ésta es la forma general en que hay lugar a la aplicación de la normatividad disciplinaria ordinaria, en relación con la cual cabría anotar que es **excepcional**, como quiera que sólo en ausencia de tipificación precisa en la Ley 836 de 2003, se acudiría por remisión a una de las faltas contempladas en el Código Disciplinario Único, siempre que la conducta o el comportamiento del militar en ejercicio de sus funciones sea similar a la que desarrolla el servidor público al que se refiere este estatuto.

Existe además la aplicación de las faltas disciplinarias previstas en los **numerales 4 al 16 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002** que incluye los que violan los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario. Esta es una remisión expresa que trae el Estatuto Especial en el numeral 34 del artículo 58, catalogadas como faltas gravísimas.

#### 4. NORMATIVIDAD PROCESAL APLICABLE

El procedimiento que se aplica a los procesos disciplinarios adelantados contra el personal de oficiales, suboficiales y soldados, en servicio activo, de las Fuerzas Militares es el consagrado en la Ley 836 de 2003.

Ahora, existe una excepción a esta regla general, y es cuando se procede por **hechos que trascienden la función militar**. En este caso el procedimiento que se aplica es el contemplado en la **Ley 734 de 2002**.

Sobre el punto se pronunció la Corte Constitucional en sentencia C-620 de 1998, en los siguientes términos:

“...los regímenes especiales disciplinarios sólo 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”.

Lo anterior encuentra eco en la Resolución 407 del 26 de octubre de 2004, por la que el señor Procurador General de la Nación modificó y adicionó la Resolución 191 del 11 de abril de 2003, en la que se adoptó la Guía del Proceso Disciplinario para esta institución, que al respecto en su artículo 1º determina:

“En los procesos disciplinarios que se adelanten en contra de los miembros de las Fuerzas Militares, por violaciones graves y gravísimas de los dere-

chos humanos, infracciones al derecho internacional humanitario y aquellas que no guarden relación con el servicio, se aplicarán los principios rectores y procedimientos contenidos en la Ley 734 de 2002 “Código Disciplinario Único”.

La sugerencia es entonces que las distintas dependencias de la Procuraduría General de la Nación que tienen competencia para investigar y juzgar a miembros de las Fuerzas Militares apliquen en su integridad el Régimen Especial Disciplinario, debiéndose tener en cuenta además que el mismo opera respecto de los comportamientos cometidos por éstos en servicio activo (artículo 15 Ley 836 de 2003).

Es posible que se tenga conocimiento de un hecho cometido por un militar cuando era activo y que en el momento de la investigación esté retirado; en este caso indudablemente se le debe juzgar en su condición de militar. Caso distinto es aquél cometido por quien se encontraba en el momento de los hechos ya retirado en ejercicio de otro cargo público, como ocurre en los organismos adscritos al Ministerio de Defensa, respecto de los que frecuentemente se estima equivocadamente se tratan de militares, cuando deben investigarse como civiles por parte de las Procuradurías Provinciales y Distritales.

## **5. COMPETENCIA DISCIPLINARIA DE LA PROCURADURÍA RESPECTO DE LAS FUERZAS MILITARES**

### **5.1 DEPENDENCIAS QUE CUMPLEN FUNCIONES DISCIPLINARIAS**

Es importante precisar que respecto de las Fuerzas Militares, la competencia disciplinaria no radica única y exclusivamente en la Delegada para las FFMM. En ocasiones se observa cómo en forma equivocada se interpreta que basta la simple mención de un miembro de las Fuerzas Militares para que se piense que la competencia para asumir el conocimiento del caso corresponde a la citada Delegada, sin detenerse a examinar el grado del militar, la naturaleza de los hechos y los factores funcional y territorial.

Por ello se estima necesario presentar un cuadro general que especifica qué dependencias de la Procuraduría General de la Nación, cumplen funciones disciplinarias respecto de las Fuerzas Militares, teniendo en cuenta lo establecido en el Decreto 262 de 2000 y en la Resolución No. 017 del Despacho del *Procurador General de la Nación*.



Gráfico No. 1

Así se observa, que está asignada competencia en esta materia en el nivel central para el Despacho del Procurador, a través de sus asesores y directamente por la Procuraduría Auxiliar para Asuntos Disciplinarios, el Despacho del Viceprocurador, las Procuradurías Delegadas para las FFMM, Disciplinaria de Derechos Humanos, Vigilancia Judicial y Policía Judicial, la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales y sus Seccionales por Delegación del Procurador. A nivel territorial se encuentran investidas de competencia disciplinaria las Procuradurías Regionales, Distritales y Provinciales.

## 5.2. FUNCIONES ASIGNADAS

### 5.2.1. Despacho del Procurador

El numeral 23 del artículo 7º del Decreto 262 de 2000, contempla expresamente que el Procurador General de la Nación conocerá en única instancia los procesos disciplinarios que se adelanten contra los Generales de la República y Oficiales de rango equivalente, por hechos cometidos en ejercicio de sus funciones.

Esta atribución la puede ejercer directamente, a través de la Procuraduría Auxiliar para Asuntos Disciplinarios, o delegarla en el Viceprocurador General o en la Sala Disciplinaria, de conformidad con el inciso 3° del Parágrafo del artículo 7° ídem.

Así mismo el señor Procurador General de la Nación podrá ejercer las funciones y competencias asignadas a las procuradurías delegadas, territoriales y judiciales, respecto de los militares, pudiendo asumirlas en cualquier momento o **delegarlas en otros funcionarios, dependencias de la entidad o comisiones especiales disciplinarias** cuando lo considere necesario (inciso 2 del parágrafo del artículo 7°, ídem) lo que significa que el Procurador General de la Nación puede delegar, crear comisiones disciplinarias especiales o designar un funcionario especial para adelantar investigaciones disciplinarias y fallar (numeral 19 del artículo 7° del Decreto 262 de 2000).

Igualmente según el numeral 20 del mismo artículo, el Procurador puede comisionar a los servidores de la entidad para instruir actuaciones disciplinarias de su competencia o de otras dependencias de la entidad, al igual que para la práctica de pruebas.



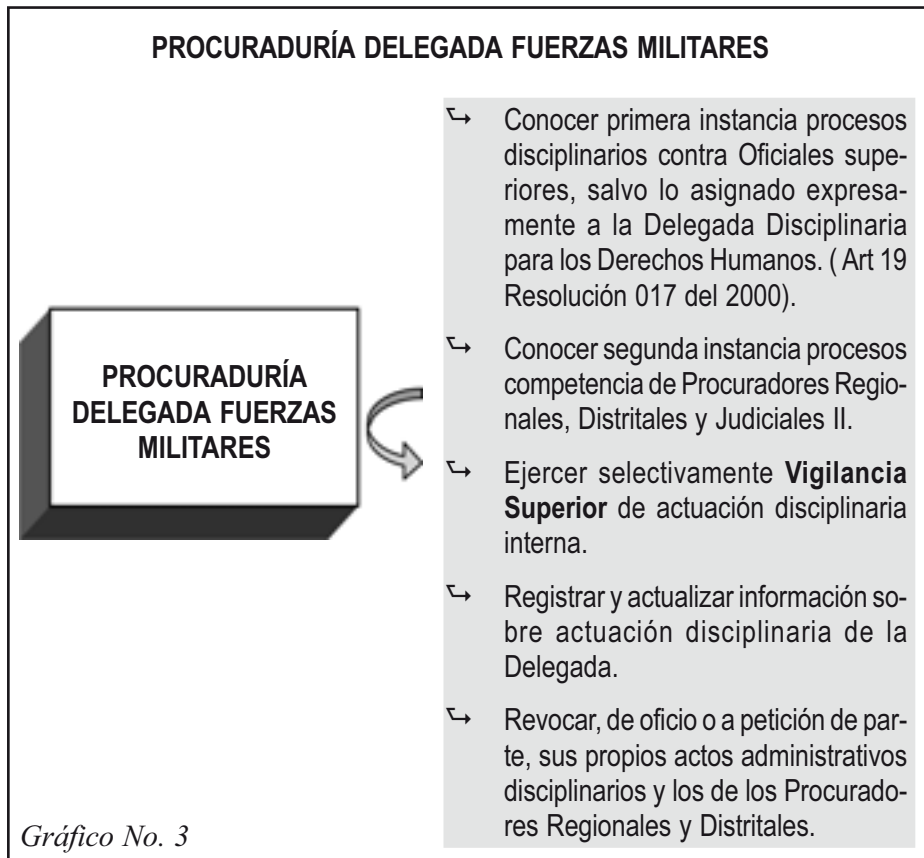
Gráfico No. 2

### 5.2.2. Funciones otras dependencias

A continuación se elaboran unos gráficos que contienen las funciones asignadas a cada una de las distintas dependencias de la Procuraduría General de la Nación que ostentan competencia en relación con los miembros de las Fuerzas Militares.

Se destaca que en relación con la Procuraduría Delegada para las Fuerzas Militares, las Procuradurías Regionales, Provinciales y Distritales el factor que determina la competencia es del sujeto disciplinable.

Respecto de la Procuraduría Delegada Disciplinaria para los Derechos Humanos el factor determinante de competencia lo es la naturaleza del hecho (violaciones graves y gravísimas de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario). En Vigilancia Judicial y Policía Judicial es el cargo que se ejerce como Director o Jefe de Inteligencia y Juez Penal Militar.



### PROCURADURÍA DELEGADA DISCIPLINARIA DERECHOS HUMANOS

PROCURADURÍA  
DELEGADA  
DISCIPLINARIA  
DERECHOS HUMANOS

- ↳ Conocer primera instancia procesos disciplinarios por graves y gravísimas violaciones de derechos humanos consagrados en la Constitución Política, los Tratados Internacionales ratificados por Colombia (incluidos los actos de segregación, discriminación, sometimiento, esclavitud, trata de personas) en que incurran los miembros de las Fuerzas Militares.
- ↳ Conocer primera instancia procesos disciplinarios por infracciones graves al Derecho Internacional Humanitario definidas en los Tratados Internacionales.
- ↳ Ejercer selectivamente **Vigilancia Superior** de actuación disciplinaria interna.
- ↳ Registrar y actualizar información sobre actuación disciplinaria de la Delegada.

Gráfico No. 4

### PROCURADURÍA DELEGADA VIGILANCIA JUDICIAL Y POLICÍA JUDICIAL

PROCURADURÍA  
DELEGADA VIGILANCIA  
JUDICIAL Y POLICÍA  
JUDICIAL

- ↳ Conocer primera instancia entre otros, de los procesos disciplinarios contra Jueces de conocimiento de la Justicia Penal Militar (Tribunal Superior Militar, Jueces de Inspección, de División y de Brigada), Auditores de Guerra, Fiscales Penales Militares, Directores y Jefes de Inteligencia de la Fuerza Pública y Jefes Seccionales de la Fuerza Pública.
- ↳ Conocer segunda instancia procesos competencia de Procuradores Regionales, Distritales y Judiciales II.
- ↳ Ejercer selectivamente **Vigilancia Superior** de actuación disciplinaria interna.
- ↳ Registrar y actualizar información sobre actuación disciplinaria de la Delegada.
- ↳ Revocar, de oficio o a petición de parte, propios actos, actos administrativos disciplinarios de Procuradores Regionales y Distritales.

Gráfico No. 5

## PROCURADURÍAS REGIONALES

### Primera Instancia

- ↳ Procesos Disciplinarios contra Oficiales subalternos de las Fuerzas Militares (Dec.262-2000, Art.. 75 numeral 1 literal d).
- ↳ Procesos Disciplinarios contra Suboficiales de las FF.MM. Donde no exista Procuraduría Distrital o Provincial. (Dec.262-2000, Art.. 75 numeral 2).
- ↳ Procesos disciplinarios contra Jueces de Instrucción Penal Militar (Art. 75 numeral 2 y Art. 76 numeral 1 literal e) Dec. 262-2000).
- ↳ Adelantar indagaciones preliminares en asuntos de competencia de las Delegadas (Dec. 262-2000, Art. 75 numeral 4).

### Segunda Instancia

- ↳ Procesos Disciplinarios contra Suboficiales de las FF.MM decididos en primera instancia por las Procuradurías Provinciales, Procuradores Judiciales I y Personeros. (Decreto 262-2000, Art.. 75 numeral 3).



Gráfico No. 6

## PROCURADURÍAS PROVINCIALES Y DISTRITALES

### PROCURADURÍAS PROVINCIALES Y DISTRITALES



### Primera Instancia

- ↳ Procesos Disciplinarios contra Suboficiales de las Fuerzas Militares y personal civil de Min. Defensa y de sus Organismos Adscritos o vinculados y de las Fuerzas Militares (Dec.262-2000, Art.. 76 numeral 1 literal b).
- ↳ Procesos disciplinarios contra Jueces de Instrucción Penal Militar (Art.. 76 numeral 1 literal e Dec. 262-2000).
- ↳ Adelantar indagaciones preliminares en asuntos de competencia de las Delegadas (Dec.262-2000, Art.. 76 numeral 2).

Gráfico No. 7

### 5.3. FACTORES QUE DETERMINAN LA COMPETENCIA

Como antes se señaló la competencia disciplinaria respecto de los miembros de las Fuerzas Militares está determinada por distintos factores establecidos en el Decreto 262 de 2000 y en la Resolución 017 de 2000, mediante los cuales se distribuyen las funciones y se asignan las competencias al interior de la Procuraduría General de la Nación.

Tales factores determinantes de competencia para la instrucción y evaluación de los procesos son la calidad del sujeto disciplinable, la naturaleza del hecho, el territorio donde se cometió la falta, la competencia funcional y la competencia por conexidad.

#### 5.3.1. Sujeto disciplinable

Uno de los criterios que se tiene en cuenta para establecer la competencia es el grado que ostenta el servidor de las Fuerzas Militares como sujeto activo de la infracción disciplinaria.

De esta manera los **Oficiales Generales**, para el caso del Ejército Nacional y la Fuerza Aérea, Generales, Mayores Generales y Brigadieres Generales, y los de **insignia** para el caso de la Armada Nacional, Almirantes, Vicealmirantes y Contralmirantes, únicamente pueden ser investigados disciplinariamente por el Procurador General de la Nación o por el Viceprocurador General de la Nación o la Sala Disciplinaria, por delegación.

Los Oficiales Superiores, que en el Ejército Nacional y la Fuerza Aérea corresponden a Coroneles, Tenientes Coroneles y Mayores, y en el caso de la Armada Nacional, a Capitán de Navío, Capitán de Fragata y Capitán de Corbeta, se encuentran bajo la competencia disciplinaria de la Procuraduría Delegada para las Fuerzas Militares.

Respecto de los Oficiales Subalternos, que en el Ejército Nacional y Fuerza Aérea están dados por los grados de Capitán, Teniente y Subteniente, y en la Armada Nacional se refieren a los de Teniente de Navío, Teniente de Fragata y Teniente de Corbeta, la competencia radica en cabeza de las Procuradurías Regionales.

En relación con los Suboficiales, cuya especificación está incluida en siguiente gráfica, la atribución para conocer de la actuación disciplinaria está asignada a las Procuradurías Provinciales.

En los cuadros siguientes se ilustra la competencia para cada dependencia teniendo en cuenta sus respectivas insignias de grado.



Gráfico No. 8

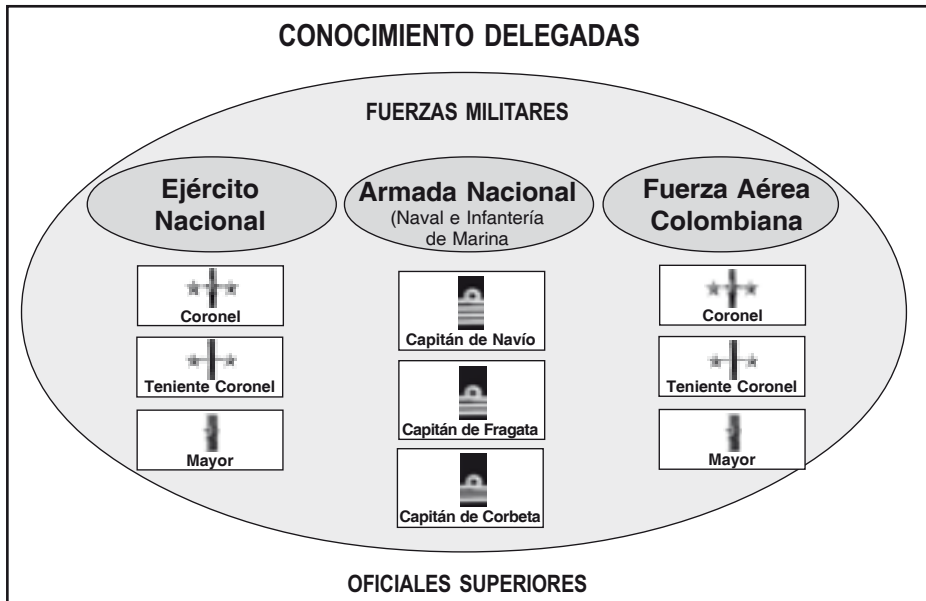


Gráfico No. 9



Gráfico No. 10

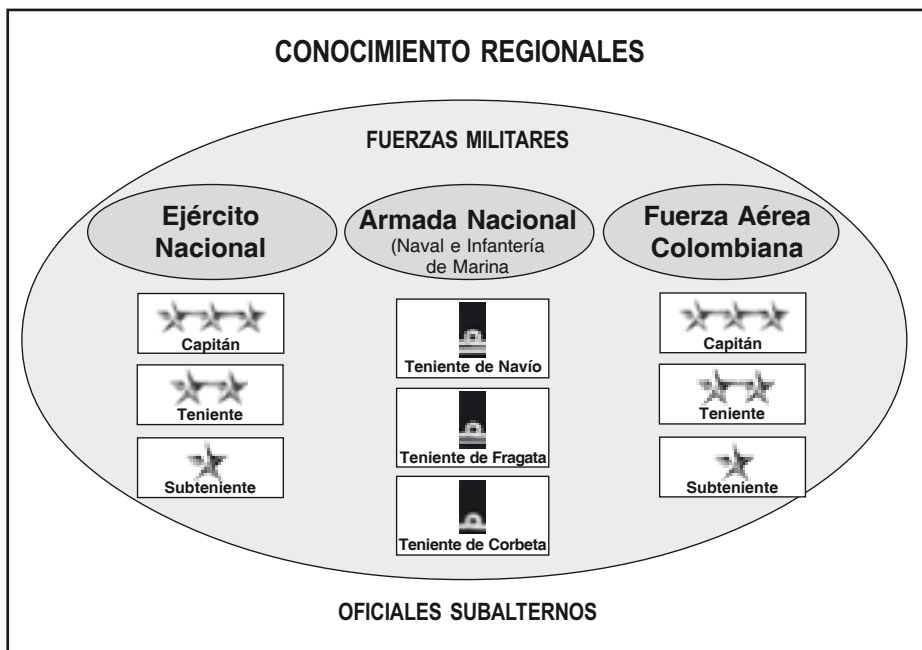























Gráfico No. 11

**CONOCIMIENTOS PROVINCIALES Y DISTRITALES**

Ejército Nacional	Armada Nacional (Naval e Infantería de Marina)	Fuerza Aérea Colombiana
Sargento Mayor 	Jefe Técnico 	Técnico Jefe 
Sargento Primero 	Suboficial Jefe 	Técnico Subjefe 
Sargento Viceprimero 	Suboficial Primero 	Técnico Primero 
Sargento Segundo 	Suboficial Segundo 	Técnico Segundo 
Cabo Primero 	Suboficial Tercero 	Técnico Tercero 
Cabo Segundo 	Marinero Primero 	Técnico Cuarto 
Cabo Tercero 	Marinero Segundo 	Aerotécnico 

**SUBOFICIALES**

*Gráfico No. 12*

Decreto 1790 de 2000 Art. 10

La excepción a las reglas anteriores se da respecto de la competencia de la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial y Policía Judicial, en donde como ya se indicó no se tiene en cuenta el grado, sino el cargo de Director o Jefe de Inteligencia o Juez Penal Militar.

Respecto de la competencia de la Procuraduría para disciplinar a los soldados debe decirse que no está reglada. En ninguno de los artículos del Decreto 262 de 2000 ni en la Resolución 017 del mismo año se hace referencia a este tema. De modo que si bien el régimen especial de las Fuerzas Militares considera sin distingo alguno que el soldado es destinatario de la Ley Disciplinaria, solo lo es en la práctica hoy en día, bajo el ejercicio de la acción disciplinaria interna de cada Fuerza pero no por parte de la Procuraduría.

Únicamente sería válido afirmar que los Soldados Profesionales en su condición de servidores públicos estarían incluidos como tales en la órbita de competencia del Procurador General de la Nación como supremo representante del Ministerio Público, Art. 7 numeral 16 Decreto 262 de 2000 que señala como función del Procurador: "...Ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive los de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario, adelantar las investigaciones correspondientes e imponer las sanciones conforme a la Ley".

También lo están en razón de la comisión de faltas graves y gravísimas de los Derechos Humanos y graves del Derecho Internacional Humanitario, toda vez que esta competencia asignada a la Delegada Disciplinaria para la Defensa de los Derechos Humanos lo es respecto de cualquier servidor público, incluidos los miembros de la Fuerza Pública (Artículo 25 numerales 2 y 3 del Decreto 262 de 2000).

En este sentido debe destacarse que las Procuradurías Regionales, Provinciales y Distritales carecen de competencia para disciplinar a los Soldados Profesionales, y sólo lo pueden hacer por comisión especial del Procurador General de la Nación.

Un tema en discusión, que no ha sido definido, es sí los Soldados Regulares, Bachilleres y Campesinos, esto es, aquellos que cumplen con la función del servicio militar obligatorio, deben investigarse como servidores públicos o particulares que cumplen funciones públicas, lo que determinaría el régimen aplicable.

### **5.3.2. Naturaleza del hecho**

Otro criterio para dilucidar la competencia disciplinaria está dado por la naturaleza de los hechos o conducta jurídicamente relevante, puesto que

aquellas que se refieren a graves y/o gravísimas violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario corresponden al conocimiento de la Procuraduría Delegada Disciplinaria para los Derechos Humanos o en etapa de instrucción en el grupo de Asesores de Derechos Humanos del Despacho del Procurador General de la Nación.

### **5.3.3. Factor territorial**

Bajo este criterio la competencia del operador disciplinario se determina por el lugar donde ocurren los hechos, de acuerdo a la división territorial que en ejercicio de sus atribuciones emite el señor Procurador General de la Nación.

De esta manera tanto el Procurador General de la Nación como las Procuradurías Delegadas con funciones disciplinarias, ostentan una competencia a nivel nacional para la tramitación de las actuaciones que le son asignadas.

Ello no ocurre frente a las denominadas Procuradurías Regionales, Provinciales y Distritales, cuyo ámbito de competencia se restringe por la circunscripción territorial dispuesta por el Jefe del Ministerio Público.

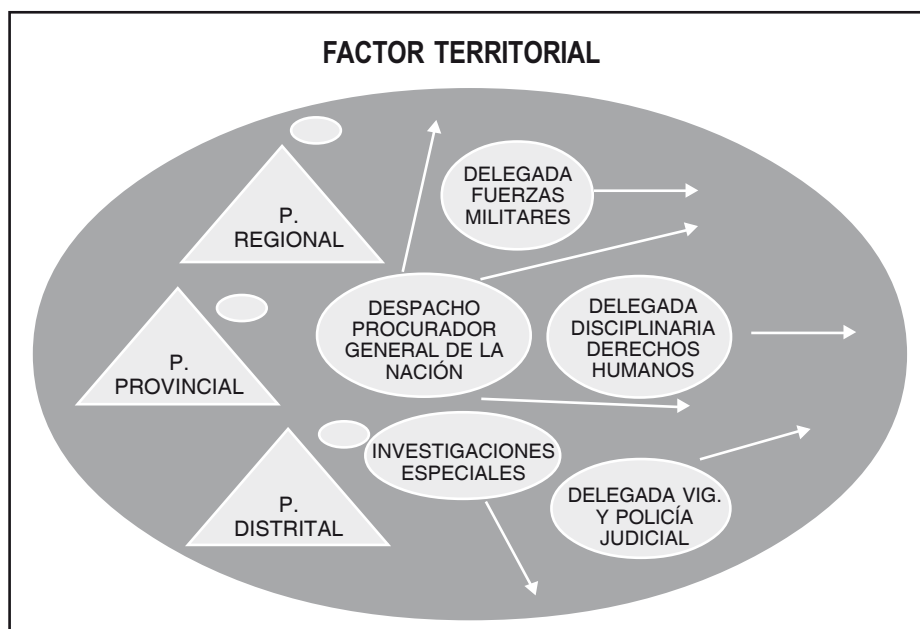
De conformidad con la Resolución 213 del 6 de mayo de 2003, la Procuraduría actualmente cuenta con unidades territoriales distribuidas en las zonas norte, noroccidental, nororiental, central, suroccidental y suroriental, las Regionales y Provinciales, las cuales no necesariamente coinciden con la división político administrativa del país, ni con el ordenamiento judicial.

La zona está conformada por varias Regionales, la Regional por varias Provinciales o por ninguna, y la Provincial por varios municipios, siendo el factor determinante de la competencia para conocer de un determinado caso el lugar del territorio nacional en donde se presentan los hechos que involucran a personal activo de las Fuerzas Militares.

Cabe anotar que para determinar la competencia que correspondería a una Procuraduría Regional, Provincial o Distrital, previamente deben verificarse los factores sujeto disciplinable y naturaleza del hecho, pues según el grado del militar, su cargo, o la posible existencia de violación grave de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario, en la conducta que se imputa, puede variar el funcionario de conocimiento del asunto, de acuerdo con lo esbozado en antecedencia, pasando de una dependencia del orden territorial a una del nivel nacional.

Es necesario mencionar en este aspecto la importancia que tiene para la entidad que las Procuradurías Regionales, Provinciales y Distritales ejerzan la función oficiosa que establece el numeral 5° del artículo 75 y el numeral 2°

del artículo 76 del Decreto 262 de 2000, que les permite adelantar investigaciones disciplinarias de competencia de los Procuradores Delegados hasta antes de la apertura de investigación. De modo que, frente al conocimiento que tengan de hechos en que estén implicados militares, sin que se hayan individualizado o identificado y establecido su grado, se sugiere que se **tramiten estas indagaciones preliminares en forma completa**, y aún estableciendo que se trata de un Oficial Superior de competencia de la Delegada, en lugar de remitir el asunto al nivel central, deben procurar recaudar el caudal probatorio que está a su inmediación, como quiera que los hechos han tenido ocurrencia en ese territorio. Actuando de esta forma se contribuiría a lograr una mayor celeridad en el trámite del proceso, como quiera que se evitarían las sucesivas comisiones y la dificultad que se tiene para el allegamiento de las pruebas luego de que ha transcurrido mucho tiempo después de ocurrido el hecho.



*Gráfico No. 13*

#### 5.3.4. Factor funcional

Este factor tiene relación con la competencia que le asiste a las diversas dependencias de la Procuraduría General de la Nación que tienen funciones disciplinarias respecto de Fuerzas Militares, atendiendo el nivel jerárquico que ostentan dentro de la institución.

De esta manera la segunda instancia de los actos administrativos disciplinarios susceptibles de apelación emitidos por las Procuradurías Provinciales, está asignada a las Procuradurías Regionales (numeral 3° artículo 75 Decreto 262 de 2000).

A su turno el recurso de apelación interpuesto contra las decisiones de las Procuradurías Regionales debe ser desatado por las Procuradurías Delegadas, dependiendo de su competencia especial (numeral 4° artículo 25, ídem).

Las determinaciones de las Procuradurías Delegadas que admiten el recurso de alzada, son conocidas en segunda instancia por la Sala Disciplinaria (numeral 1° artículo 22, ejusdem).

Como el Procurador General de la Nación no tiene superior jerárquico sus decisiones son de única instancia.

De otro lado, dicho funcionario cuenta con competencia funcional para dirimir en segunda instancia los procesos disciplinarios que respecto de miembros de las Fuerzas Militares, conozcan en primera instancia el Viceprocurador General de la Nación o la Sala Disciplinaria (numeral 25 artículo 7° Decreto 262 de 2000).

Como excepción se tiene que cuando se integra una comisión especial de Procuradores Delegados o entre estos y el Director Nacional de Investigaciones Especiales, cuyo superior funcional es el Procurador General de la Nación, la apelación se surte ante la Sala Disciplinaria por expresa consagración del inciso 3° del numeral 19 de artículo 7° del Decreto 262 de 2000.

Sobre la competencia funcional debe hacerse mención que frecuentemente las Procuradurías Regionales y Provinciales incurren en equivocación cuando conceden el recurso de apelación respecto de autos de archivo provisional y definitivo, en casos contra servidores de las Fuerzas Militares, en los que debe aplicarse la Ley 836 de 2003, cuando no se refieren a violaciones graves o gravísimas de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario.

Se sostiene lo anterior porque a diferencia del régimen ordinario establecido en el Código Disciplinario Único, el procedimiento especial consagrado por la Ley 836 de 2003 (Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares), no admite como precedente la interposición del recurso de alzada frente a los autos de archivo que se emiten bien en la etapa de indagación o en la de investigación, así se hagan bajo la modalidad de terminación del procedimiento, establecida en el artículo 115 de la última disposición mencionada.

Ello porque si bien el artículo 141, inciso 3° ídem, permitiría considerar que procedería la apelación contra el auto de archivo definitivo, al incluirlo como

aquéllos susceptibles de tal medio de inconformidad –situación que pudo motivar en un principio distintas posiciones y determinaciones-, lo cierto es que el análisis del ordenamiento descarta esta opción, habida cuenta que a través de la normas 171 y 183 de la misma obra, se especifica terminantemente que contra dichas providencias no procede recurso alguno, siendo precisamente esta última disposición la aplicable, bajo las reglas de interpretación consagradas en la Ley 153 de 1887<sup>6</sup>, como quiera que beneficia al sujeto procesal objeto de la acción de disciplina y es norma posterior. Concretamente señalan los artículos aludidos de la Ley 836/03:

“ARTÍCULO 171. TERMINACIÓN DE LA INDAGACIÓN PRELIMINAR. La indagación preliminar se dará por terminada con el auto que ordena la investigación respectiva o el archivo del expediente, providencias que serán dictadas solamente por el superior competente con atribuciones disciplinarias, y contra las cuales no procede recurso alguno.”

“ARTÍCULO 183. ARCHIVO DEFINITIVO. Cuando no existiere mérito para la formulación de cargos o cuando se demuestre que la conducta no existió, que no es constitutiva de falta disciplinaria o que la acción no podía iniciarse o proseguirse por prescripción o muerte del inculpado cuando se trate de uno solo, o cuando se presente alguna de las causales de exclusión de responsabilidad previstas en este reglamento, el superior competente dictará auto de archivo definitivo debidamente motivado. Contra este auto no procede recurso alguno.”

Aunado a ello, la normatividad especial de Fuerzas Militares, no otorga al autor de la queja la posibilidad de recurrir este tipo de decisiones como sí lo hace la Ley 734 de 2002 en el parágrafo del artículo 90, pues expresamente el artículo 123, inciso 3º, de la Ley 836 de 2003 señala que: “Ni el informador ni el quejoso son parte en el proceso disciplinario. Su actuación se limita a presentar y ampliar la queja bajo la gravedad del juramento, con el deber de aportar las pruebas que tengan en su poder...”.

En consecuencia, independientemente que en el procedimiento consagrado en el Código Disciplinario Único (Ley 734 de 2002) se prevea esta posibilidad, es claro que en el Régimen Especial Disciplinario para las Fuerzas Militares, contra el auto de archivo no procede recurso alguno, conforme a lo establecido en las disposiciones descritas, razón por la cual no es viable entrar a desatar las apelaciones interpuestas contra dichos autos.

<sup>6</sup> Ley 153 de 1887. “Artículo 3º. Estímase insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, o **por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores**, o por existir una ley nueva que regula íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería”.

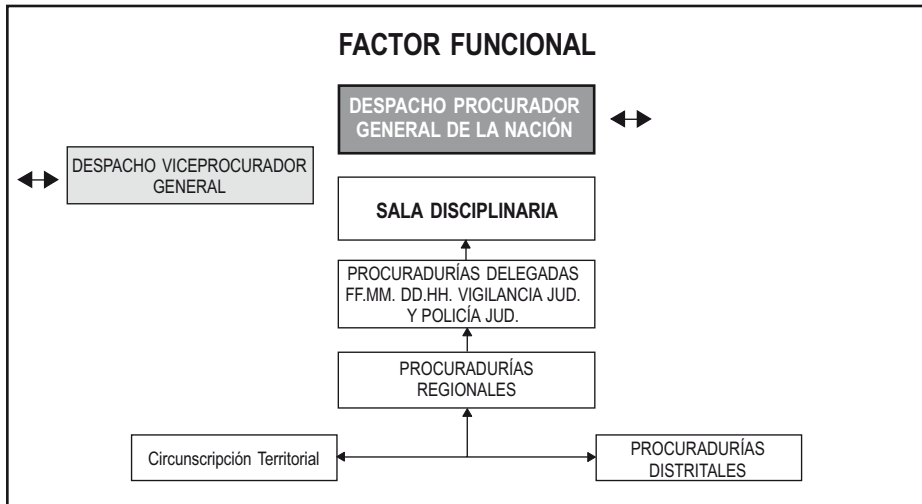


Gráfico No. 14

### 5.3.5. Competencia por conexidad

El parámetro jurídico de **conexidad** alude al vínculo que bajo condiciones subjetivas o materiales tienen dos o más conductas, que de este modo pueden dar viabilidad a una investigación conjunta. Dicho principio puede ser de carácter **sustancial** -cuando se refiere a comportamientos realizados por una o varias personas, en uno o distintos contextos temporales, pero con idéntica finalidad-, y/o de connotación **procesal** -en eventos en los que a pesar que no concurre una orientación similar en las conductas que fácticamente son completamente disímiles, pueden coincidir el medio probatorio, el sujeto disciplinable, o la forma como llegan al conocimiento de la autoridad competente, a través de una sola denuncia, queja o informe-, último caso en el que no es forzosa la tramitación unificada de las diligencias.

El artículo 90 del Código de Procedimiento Penal, aplicable por remisión del artículo 198 de la Ley 836 de 2003, al Régimen Especial de Fuerzas Militares, identifica cuatro eventos en los que se puede decretar la conexidad en la etapa de investigación, a saber:

1. Cuando la conducta haya sido cometida en coparticipación.
2. Cuando se impute a una persona la comisión de más de una conducta con una acción u omisión o varias acciones u omisiones, realizadas con unidad de tiempo y lugar.
3. Se impute a una persona la comisión de varias conductas, cuando unas se han realizado con el fin de facilitar la ejecución o procurar la impunidad de otras.

4. Se impute a una o más personas la comisión de una o varias conductas en las que exista homogeneidad en el modo de actuar de los autores o partícipes, relación razonable de lugar y tiempo, y la prueba aportada a una de las investigaciones pueda influir en la otra.

En estas condiciones, para el caso de las Fuerzas Militares es posible realizar una investigación respecto de faltas conexas cometidas por varios servidores de las distintas Fuerzas (Ejército Nacional, Fuerza Aérea, Armada Nacional), o de diferentes grados, siempre y cuando en este último evento la competencia sea asumida por el funcionario con atribuciones para investigar el de mayor jerarquía.

Como excepción a la regla general de adelantarse un solo proceso por conductas conexas, se establece por parte del artículo 118 de la Ley 836 de 2003 la ruptura de la unidad procesal en los siguientes casos:

1. Cuando se investigue a personal militar y civil. En este evento la competencia para conocer de los procesos disciplinarios contra el personal civil adscrito a las Fuerzas Militares, corresponde a las Procuradurías Distritales y Provinciales, acorde con el literal b numeral 1º artículo 76 del Decreto 262 de 2000.
2. Cuando alguno de los presuntos infractores sea investigado por faltas gravísimas o graves y otro, u otros, por faltas leves.
3. Cuando se decrete la nulidad parcial de la actuación que obligue a reponer el trámite en relación a uno de los inculpados.
4. Cuando después de la formulación de cargos sobrevengan pruebas que determinen la posible existencia de otro tipo de falta, o la vinculación de otro presunto infractor.

## **6. SUGERENCIAS PARA EL PROCESO DE ADECUACIÓN TÍPICA EN EL PLIEGO DE CARGOS CONTRA SERVIDORES DE LAS FUERZAS MILITARES:**

Para realizar esta actividad de adecuación típica, tratándose de Fuerzas Militares, deben tenerse en cuenta los siguientes parámetros:

**6.1. Determinar si son actos del servicio.** Lo primero es determinar si se trata de actos del servicio o relacionados con este, o si constituyen hechos que trascienden o son ajenos a la función pública.

**6.2. Dilucidar si hay violación a los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario.** Es fundamental establecer si se trata de actos

consistentes en graves y gravísimas violaciones de los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario, puesto que este factor objetivo de la adecuación típica determina dos aspectos:

- a) **La normatividad sustantiva aplicable**, pues según Resolución 407 del 26 de octubre de 2004 del Procurador General, puede ubicarse en la Ley 836 de 2003 ó en la Ley 734/02, según la valoración que efectúe el operador de disciplina.
- b) **La competencia para conocer del asunto** entre la Procuraduría Delegada Disciplinaria para los Derechos Humanos y la Delegada para las Fuerzas Militares.

**6.3. Verificar en qué falta se acomoda la conducta.** El catálogo de las faltas está expresamente consagrado en los artículos 58, 59 y 60 de la Ley 836 de 2003, por lo que necesariamente debe explicarse a cuál de las faltas concretas se adecua el comportamiento militar censurable, explicando el por qué de ello y en qué condiciones se incumplieron los deberes funcionales, esto es, de qué modo. No es necesario en el Régimen Disciplinario Militar, fundamentar la calificación de la gravedad de la falta, en tanto ya vienen precalificadas como GRAVÍSIMAS, GRAVES y LEVES, de acuerdo al numeral que se seleccione.

**6.4. Cuando se impute extralimitación funcional** debe indicarse además del numeral y artículo que consagra la falta, qué disposiciones quebrantó el servidor de las Fuerzas Militares para que su conducta se considere constitutiva de vía de hecho, arbitraria y/o extralimitada.

**6.5. Cuando se atribuyan como faltas las establecidas en el numeral 30 del artículo 58 y en el numeral 41 del artículo 59 de la Ley 836 de 2003**, por realizar objetivamente una descripción típica de un delito, tiene que precisarse qué tipo penal es el que es aplicable a la situación del autor y explicar por qué objetivamente ha incurrido en este bajo la modalidad culposa o dolosa. No es necesario que exista prejudicialidad.

**6.6. Por cada conducta sólo debe inferirse una falta** y no una multiplicidad de ellas, pues ello contraría el derecho de defensa y hace inespecífica la imputación de los cargos.

**6.7. Debe hacerse comparación de las distintas normas sustantivas** que han regulado la conducta disciplinaria de los militares durante los últimos tiempos, teniendo en cuenta la fecha de ocurrencia de la conducta, para aplicar, si es preciso, el principio de **favorabilidad**.



# ANÁLISIS DE LA NORMATIVIDAD DISCIPLINARIA

Por: PATRICIA MURCIA PÁEZ\*

## **Unificación de criterios en relación con la interpretación de las normas sustantivas y procesales aplicables a los funcionarios de la Justicia Penal Militar**

**M**ediante el presente escrito pretendo señalar unas pautas tendientes a colmar las lagunas o resolver las aparentes antinomias, claramente acentuadas por la pluralidad de interpretaciones jurídicas de las normas disciplinarias, sustantivas y procesales, que rigen para los miembros (uniformados y no uniformados) adscritos a la Justicia Penal Militar.

En efecto, los enunciados que emplean los preceptos normativos para regular el esquema de responsabilidad disciplinaria de la Fuerza Pública, particularmente cuando versan sobre el personal de la Justicia Penal Militar, han sido fuente de acentuadas controversias acerca de la autoridad competente para disciplinar y la definición del régimen de faltas imputables en cada caso.

Antes de la promulgación de nuestra Carta Política, descansaba en el seno de la responsabilidad penal y disciplinaria de la Justicia Penal Militar, el artículo 328 del Decreto 2550 de 1988 –Código Penal Militar derogado–, que rezaba:

“Los funcionarios y empleados del Tribunal Superior Militar están sometidos al régimen disciplinario establecido para la Rama Jurisdiccional y el Ministerio Público; además, con excepción del presidente, al reglamento interno de la corporación.

Los militares o policías en servicio activo que desempeñen cargos en el Tribunal Superior Militar, estarán sujetos, además a los reglamentos militares o policiales”.

---

\* Procuradora Delegada para la Vigilancia Judicial y Policía Judicial.

Fue debido a los conflictos de hermenéutica, encarnados en dicha disposición, que se concitó un pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional, autoridad que mediante sentencia C-358 de 1997, ahondó en el examen de exequibilidad del artículo 328. En lo pertinente a los aspectos disciplinarios se delimitaron dos problemas jurídicos: la presunta violación al principio de igualdad como consecuencia de la duplicidad de regímenes disciplinarios en contra del personal activo de la fuerza pública, perteneciente a la Justicia Penal Militar, y la presunta violación al derecho fundamental al debido proceso por la inseguridad jurídica que subyace en la dificultad de reconocer las faltas y las sanciones contra miembros activos de la fuerza pública que cumplen funciones en la Jurisdicción castrense.

La posición sostenida por la Corte Constitucional enfatizó en la viabilidad de que coexistan los regímenes disciplinarios tanto de la fuerza pública y el que preside la función de administrar justicia por la Jurisdicción castrense. Sin embargo, destaca la sentencia, mientras se esté investido de Jurisdicción las normas vinculantes corresponden a las que disciplinan las conductas de quienes administran justicia y, en ese orden de ideas, prevalecerán dichas normas por encima de las propias de la actividad castrense, siendo del resorte de la Procuraduría General de la Nación su investigación y fallo. Ahora bien, si el procesado reúne la doble condición- miembro activo de la fuerza pública adscrito a la Justicia Penal Militar- y la irregularidad no está comprendida en el listado de faltas propias de la función de administrar justicia, la Corte admite la aplicación del régimen disciplinario de la fuerza pública siempre que no sea incompatible con la función judicial<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> En palabras textuales de la sentencia C-358 de 1997: “(...) Así las cosas, la única decisión razonable es la de interpretar la disposición estudiada de manera tal que los funcionarios judiciales a que se refiere, se encuentren sometidos a las normas disciplinarias propias de su doble condición, sin que ello implique admitir una eventual duplicidad que comprometería los principios constitucionales antes mencionados.

En consecuencia, entiende la Corte que, en principio, los funcionarios del Tribunal Superior Militar están sometidos al régimen disciplinario establecido para la Rama Judicial, al menos durante el tiempo en el cual se encuentran investidos de jurisdicción, pues en ese lapso su principal función corresponde a la de administrar justicia y, en consecuencia, están, sobre todo, vinculados a los bienes y valores tutelados por el régimen disciplinario aplicable a la administración de justicia. En consecuencia, si una conducta de estos servidores públicos se encontrare tipificada como falta en los dos regímenes de que trata la disposición estudiada, habrá de preferirse el estatuto de la administración de justicia y, por lo tanto, a la luz de las normas actuales, su investigación y juzgamiento deberán ser realizados por la Procuraduría General de la Nación conforme a las normas procesales y sustanciales aplicables a los miembros de la rama judicial. No obstante, si un servidor público, en el que confluya la doble condición anotada, incurre en una conducta que no se encuentra tipificada en el régimen disciplinario de la rama judicial pero, sin embargo, sí es considerada como falta dentro del régimen disciplinario de la fuerza pública, deberá ser juzgado disciplinariamente conforme a este último sistema normativo. Por supuesto, lo anterior siempre que el mencionado régimen no resulte incompatible con la función judicial (...)”.

En parte contrastando con la sentencia aludida, el marco de la derogada Ley 200 de 1995 consagraba en el Título XIII, artículo 175, una disposición jurídica del siguiente tenor: *“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(...)”*. Ciertamente, se reproducía en la ley disciplinaria las normas constitucionales que aludían a la necesidad de un estatuto disciplinario especial para los miembros de la fuerza pública: en al ámbito de las fuerzas militares prescribe el artículo 217 de la Constitución Política: *“(...) La ley determinará el sistema de reemplazos en las fuerzas militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario, que les es propio”*. Análogamente, reposa en el artículo 218 del texto constitucional la norma para el caso de la Policía nacional: *“(...) La ley determinará su régimen de carrera, prestacional y disciplinario”*.

Producto de los mandatos constitucionales y legales el legislador extraordinario dictó los Decretos Leyes 1797 y 1798 de 2000, normas disciplinarias destinadas, en su orden, para la Policía Nacional y las Fuerzas Militares. Allí se previeron los lineamientos normativos pensados para fijar la competencia disciplinaria, el régimen de deberes, prohibiciones y faltas contempladas contra el personal de la fuerza pública, incluyendo un procedimiento especial para estos casos. Igualmente se hacía expresa mención al marco jurídico vinculante para los miembros de la Justicia Penal Militar. Así pues, los artículos 77 del Decreto 1797 y 124 del Decreto 1798 implementaron las reglas que gobernaban a la Jurisdicción castrense en el ejercicio de la función jurisdiccional:

“Con relación a los oficiales y suboficiales que desempeñan cargos en la Justicia Penal Militar, corresponde al Director Ejecutivo de la Justicia Penal Militar conocer de las faltas leves en única instancia y de las graves y las gravísimas en primera instancia.

...Tratándose de faltas relacionadas con el desempeño de las funciones jurisdiccionales propias del respectivo cargo, les serán aplicadas las normas disciplinarias de la rama jurisdiccional” (artículo 77, Decreto 1797 de 2000).

“Con relación al personal de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional que desempeñen cargos en la Justicia Penal Militar, corresponde al Director Ejecutivo de la Justicia Penal Militar conocer de las faltas disciplinarias en única instancia para las leves y en primera instancia para las graves y gravísimas a las que se refiere el presente decreto. Corresponde al Ministro de Defensa Nacional, en segunda instancia, de las faltas graves y gravísimas.

...Tratándose de faltas relacionadas con el desempeño de las funciones jurisdiccionales propias del respectivo cargo, les serán aplicadas las normas disciplinarias de la rama jurisdiccional por las autoridades en ellas señaladas” (artículo 125, Decreto 1798 de 2000).

Ambas disposiciones legales fueron objeto de examen acerca de su validez jurídico constitucional, oportunidad que resultó estéril para la tarea de delimitar el contenido y alcance de los dos temas principales alrededor de la Justicia Penal Militar: la titularidad de la competencia disciplinaria respecto del personal vinculado a la Jurisdicción castrense y las normas sustantivas y procesales que imperan frente a conductas desplegadas por su miembros en ejercicio de función jurisdiccional.

En efecto, los capítulos concernientes a la parte procedimental de los mencionados textos normativos especiales, fueron expulsados del ordenamiento jurídico mediante sendas sentencias de inconstitucionalidad que responden a las referencias C-712 y C-713 proferidas el 5 de julio de 2001.

En la primera de las sentencias invocadas, la Corte Constitucional revisa la constitucionalidad del Decreto-ley 1798 atendiendo a dos problemas jurídicos planteados desde la demanda: el desbordamiento de la competencia concedida al legislador extraordinario y la derogación parcial de la norma imperativa consagrada en el artículo 175 de la Ley 200 de 1995, por disponer un procedimiento especial disciplinario para la Policía Nacional no obstante la previsión legislativa de estarse a las normas procesales del Código Disciplinario Único. Pues bien, la Corte concluyó que al concebirse un procedimiento especial para la Policía se atentó contra el principio constitucional de reserva de ley (artículo 150, numeral 10 constitucional) ya que lo que era del resorte del legislador extraordinario se limitaba a la creación de un régimen sustantivo disciplinario. En consecuencia, se declaró inconstitucional el libro segundo del Decreto-ley 1798, aparejando la supresión de su artículo 125 que, según se observaba, abordaba las reglas para el personal de la Policía que ejercía funciones en la Justicia Penal Militar.

Paralelamente a la providencia anterior, resolviendo aspectos similares, la sentencia C-713 de 2001 si bien concluye declarando la inconstitucionalidad del libro segundo del Decreto-ley 1797 no invalida su artículo 77 que, según se ha visto, versaba acerca de las reglas destinadas a los miembros de las fuerzas militares con funciones en la Jurisdicción castrense. En esta oportunidad, la Corte aunque hizo eco de la *ratio decidendi* de precedentes constitucionales en los que se trataba el principio de reserva de ley- artículo 150, numeral 10 constitucional- consideró que sólo los preceptos relativos a los aspectos estrictamente procedimentales eran merecedores de la sanción de inconstitucionalidad. Por otra parte, no fueron censurados los apartes restantes del Decreto ya que por ser tributarios del principio que habilita al legislador extraordinario a reformar aspectos particulares de los códigos, no se identificaban con una regulación sistematizada sino con enmiendas singula-

res de la legislación ordinaria, claramente posibles en el pensamiento de la Corte Constitucional<sup>2</sup>. Finalmente, dice la providencia, la consagración de normas sustantivas disciplinarias especiales para las fuerzas militares se ajustaba a lo dispuesto por el artículo 175 de la Ley 200.

Con ocasión de las citadas sentencias, se dificultó la comprensión de la normativa aplicable a los servidores de la Justicia Penal Militar, circunstancia acentuada con posterioridad a la promulgación de la Ley 734 de 2002, Código Disciplinario Único, que dejó a salvo, nuevamente, el régimen especial de la fuerza pública. Dispone su artículo 224: *“La presente ley regirá tres meses después de su sanción y deroga las disposiciones que le sean contrarias, salvo las normas referidas a los aspectos disciplinarios previstos en la Ley 190 de 1995 y el régimen especial disciplinario establecido para los miembros de la fuerza pública”*.

A raíz del escenario normativo descrito, para la época en que empezara a regir el actual Código Disciplinario Único la situación normativa disciplinaria de la fuerza pública comprendía la parte sustantiva y aspectos puntuales de índole procesal del Decreto-ley 1797 para las fuerzas militares, y, exclusivamente, la parte sustantiva del Decreto-ley 1798 para la Policía Nacional, con las advertencias sembradas en el razonamiento anterior que comprometieron la seguridad jurídica respecto de la competencia y normas disciplinarias vinculantes para los miembros de la fuerza pública que eran parte de la Justicia Penal Militar.

Más adelante se sancionarían las leyes disciplinarias vigentes para la fuerza pública: la Ley 836 de 2003, Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares y la recién promulgada Ley 1015 de 2006, Régimen Disciplinario para la Policía Nacional. Nuevamente dicha normativa particular albergó las normas relativas a la Justicia Penal Militar.

Para el caso de las fuerzas militares, dispone el artículo 84 de la Ley 836:

“Con relación a los oficiales y suboficiales que desempeñan cargos en la Justicia Penal Militar, corresponde al Director Ejecutivo de la Justicia Penal Militar conocer de las faltas leves en única instancia y de las graves y

<sup>2</sup> En la sentencia C-713 de 2001 se acuña el siguiente razonamiento: “(...) En efecto, el Libro Primero del Decreto 1797 de 2000 (artículos 1° a 86), contiene la parte sustantiva del reglamento de régimen disciplinario para las fuerzas militares, donde se especifican los principios rectores, su ámbito de aplicación, las normas militares de conducta, las órdenes, los estímulos, las faltas, las sanciones, los correctivos, la exclusión de responsabilidad, la extinción de la acción, las atribuciones disciplinarias y la competencia, aspectos estos que por su particularidad podían ser regulados por el Ejecutivo haciendo uso de facultades excepcionales para legislar, como en efecto lo hizo al dictar la normatividad que se demanda (...)”.

gravísimas en primera instancia. Corresponde al Ministro de Defensa Nacional la segunda instancia para las faltas graves y gravísimas.

Parágrafo. Tratándose de faltas relacionadas con el desempeño de las funciones jurisdiccionales propias del respectivo cargo, les serán aplicadas las normas disciplinarias de la rama jurisdiccional por la Procuraduría General de la Nación”.

Confluye con las citadas sentencias de constitucionalidad el fallo de exequibilidad C-1079 de 2005 relativo a los artículos 74 a 92 de la Ley 836 de 2003, sólo que en dicha oportunidad el análisis de las normas consistió en la ponderación desde los principios de igualdad, eficacia, celeridad, publicidad y economía, los cuales, a juicio de la Corte, no sufrieron mengua alguna. Sin embargo, no se abordó, esta vez, la problemática acerca de las faltas y competencias disciplinarias al interior de la Justicia Penal Militar.

Correlativamente la Ley 1015 de 2006 prescribe en el parágrafo 1º, artículo 23 destinado a la Policía Nacional, lo siguiente:

“(…) Al personal que desempeña cargos en la Justicia Penal Militar, tratándose de faltas relacionadas con el desempeño de las funciones jurisdiccionales propias del respectivo cargo, le serán aplicadas las normas disciplinarias de la Rama Jurisdiccional por la Procuraduría General de la Nación, salvo que se trate de conductas relacionadas con el ejercicio de la función policial, caso en el cual serán investigados por las autoridades que señala esta ley (…)”.

Aunado a lo anterior, el artículo 54 *ejusdem* describe a las autoridades que en el ámbito de la Policía Nacional son competentes para el ejercicio de la función disciplinaria:

“(…) Para Ejercer la atribución disciplinaria se requiere ostentar grado de Oficial en servicio activo. Son autoridades con atribuciones disciplinarias para conocer e imponer las sanciones previstas en esta Ley, las siguientes:

1. DIRECTOR GENERAL DE LA POLICÍA NACIONAL.

En segunda instancia de las decisiones proferidas por el Inspector General.

2. INSPECTOR GENERAL DE LA POLICÍA NACIONAL.

En Segunda Instancia de las decisiones proferidas por los Inspectores Delegados.

En Primera Instancia de las faltas cometidas por:

a) Oficiales Superiores.

b) Personal en comisión en el exterior.

c) Personal en comisión en organismos adscritos o vinculados a la Administración Pública.

d) Jefes de oficinas Asesoras de la Dirección General de la Policía Nacional...

3. INSPECTORES DELEGADOS.

a) En Segunda Instancia de las decisiones proferidas por los Jefes de Oficinas de Control Disciplinario Interno de su jurisdicción.

b) En Primera Instancia de las faltas cometidas por los Oficiales Subalternos en su jurisdicción.

4. JEFE DE OFICINA DE CONTROL DISCIPLINARIO INTERNO DE LA DIRECCIÓN GENERAL.

En Primera Instancia de las faltas cometidas en la ciudad de Bogotá D.C., por el personal del Nivel Ejecutivo, Suboficiales, Agentes y Auxiliares de Policía, que labore en la Dirección General, Subdirección General, Inspección General, Direcciones y Oficinas Asesoras.

5. JEFES DE OFICINAS DE CONTROL DISCIPLINARIO INTERNO DE POLICÍAS METROPOLITANAS Y DEPARTAMENTOS DE POLICÍA.

En Primera Instancia de las faltas cometidas en su jurisdicción, por el personal del Nivel Ejecutivo, Suboficiales, Agentes, Auxiliares de Policía, y Estudiantes de las Seccionales de Formación de la Policía Nacional.

PARÁGRAFO. La Oficina de Control Disciplinario Interno de Comando de Policía Metropolitana organizada por Departamentos, conocerá en Primera Instancia de las faltas cometidas por el personal del Nivel Ejecutivo, Suboficiales, Agentes, Auxiliares de Policía, y Estudiantes de las Seccionales de Formación de la Policía Nacional, adscrito al respectivo Comando de Metropolitana”.

En plena vigencia de la Ley 836 de 2003 se avoca conocimiento por la Corte Constitucional del artículo 77 del Decreto-ley 1797 de 2000, como quiera que en ese entonces continuaba produciendo efectos jurídicos. Mediante sentencia C-879 de 2003 la Corte arriba el estudio del citado artículo esta vez para preguntarse, en primer lugar, acerca de la normativa vinculante en el evento de que se cometan faltas relacionadas con el desempeño de función jurisdiccional por la Justicia Penal Militar, y, en segundo lugar, el alcance de la competencia constitucional reconocida a la Jurisdicción disciplinaria.

Indudablemente para la Corte Constitucional las normas disciplinarias que gobiernan la función de administrar justicia son vinculantes para los miembros de la Justicia Penal Militar (artículo 116 del texto constitucional) siempre que se encuentren realizando dicha actividad. La razón de ello estriba en la imperiosa necesidad de salvaguardar el correcto ejercicio de la mentada

función pública, que en la hipótesis de la Justicia Penal Militar reviste la calidad de función pública especializada. En palabras de la Corte, acatadas por la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación<sup>3</sup>:

“(...) 12. De acuerdo con lo que se ha expuesto, entonces, la justicia penal militar no hace parte de la rama judicial del poder público. No obstante, ya que se trata de un ámbito de la administración pública especializado para administrar justicia en un contexto definido y bajo los parámetros fijados por la Carta, la justicia penal militar, en el cumplimiento de esa función, está vinculada por los principios de independencia, imparcialidad, autonomía y sujeción a la ley. El sometimiento de la justicia penal militar a estos principios, constituye una garantía para quienes allí son investigados y juzgados, pues tienen la certeza que, no obstante tratarse de una actuación cumplida al interior de la administración, la actuación de aquella y sus decisiones se ceñirán a la ley.

Esta última situación es relevante ya que en razón de ella tiene sentido que las faltas relacionadas con el desempeño de funciones jurisdiccionales cometidas en la justicia penal militar, se determinen con base en el régimen legal previsto para los funcionarios de la rama judicial. Esto es así por cuanto la justicia penal militar, indistintamente de su adscripción a la rama ejecutiva, cumple también la función que constituye la razón de ser del régimen disciplinario especial que se aplica a aquellos: Administran justicia. Esta función explica que el régimen disciplinario de los funcionarios de la rama judicial, aparte del régimen general, se sujete a parámetros normativos especiales. Entonces, si ello es así, nada se opone a que tal régimen se aplique también a las faltas relacionadas con el desempeño de funciones jurisdiccionales y cometidas en la justicia penal militar, pues ésta también está vinculada a esa función, aunque, desde luego, en un ámbito específicamente delineado por el Texto Superior(...)”.<sup>4</sup>

<sup>3</sup> Recordando el pensamiento de la Sala Disciplinaria: “(...)De todo lo anterior se concluye, que atendiendo lo expuesto por la Corte Constitucional... el régimen disciplinario aplicable a los servidores públicos de la Justicia Penal Militar, tanto los que ejerzan jurisdicción, como los empleados, será el correspondiente a la administración de justicia, en la parte sustantiva y procesal, esto la aplicación concordada de los principios rectores de la Constitución Política, los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, Ley 270 de 1996, en especial los artículos 150 a 154, y demás leyes, en cuanto a la definición de deberes y prohibiciones, la incursión en las inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades, y conflicto de intereses, deberes y prohibiciones, y demás leyes, el Código Disciplinario Único, la ley 734 de 2002, en cuanto a las faltas gravísimas y el procedimiento, recordando el principio de integración que impera para este régimen especial contenido en el artículo 195 de la última ley en cita. Ahora bien, siguiendo los términos de la sentencia antes indicada, el conocimiento de las faltas disciplinarias cometidas por los servidores públicos que administran justicia en lo penal militar, y por tanto su investigación y juzgamiento le corresponde a la Procuraduría General de la Nación(...)”. Vid. Decisión de Consulta de la Sala Disciplinaria, calendada el 4 de mayo de 2006, radicado 161-3029(011-76170-02).

<sup>4</sup> Vid. Sentencia de la Corte Constitucional C-879 de 2003.

Por otro lado, la Corte Constitucional sustrae del marco jurídico propio de la Rama Judicial, la competencia para disciplinar a los miembros de la Justicia Penal Militar. En efecto, a juicio de la Corte dicha competencia se radica en cabeza de la Procuraduría General de la Nación y no en la Jurisdicción disciplinaria, toda vez que la independencia administrativa, financiera y disciplinaria de la que es fiel expresión el Consejo Superior de la Judicatura-también los Consejos Seccionales-con sus salas administrativa y disciplinaria, es una característica propia de la Rama Judicial y no de los demás entes que materialmente cumplen el cometido de administrar justicia.

En síntesis, como corolario lógico manifiesta la Corte:

“(...) Si la justicia penal militar no hace parte de la rama judicial del poder público, la jurisdicción disciplinaria no tiene competencia para ejercer control disciplinario sobre las faltas cometidas en la función jurisdiccional inherente a aquella pues la competencia de ésta jurisdicción se circunscribe únicamente a los funcionarios que integran dicha rama del poder y no se extiende a una institución que, como la justicia penal militar, hace parte de la rama ejecutiva (...)”.<sup>5</sup>

La importancia que reviste el esclarecimiento de los ámbitos de aplicación en aquella multiplicidad de ordenamientos disciplinarios yuxtapuestos, alude a las marcadas diferencias de orden procesal que se encuentran en estos; verbigracia, mientras que para los servidores de la Justicia Penal Militar con funciones judiciales, según el artículo 208 de la Ley 734 de 2002, el grado jurisdiccional de consulta recae sobre las sentencias o providencias no apeladas y exclusivamente en lo desfavorable para los procesados, dicha institución se reconoce en el artículo 146 de la Ley 836 de 2003 para las Fuerzas Militares, contra todo fallo absolutorio de primera instancia. Basta también con observar, que no guardan armonía las soluciones planteadas en función del recurso de reposición contra autos de archivo definitivo: aunque resulte manifiestamente improcedente dentro del procedimiento ordinario contemplado en la Ley 836 de 2003 (artículo 183), las disposiciones generales de la Ley 734 de 2002 no lo descartan expresamente para los procesos tramitados en única instancia.

Con el objeto de despejar las dudas relacionadas con las normas disciplinarias reinantes, en la actualidad, para las actividades de los miembros de la Justicia Penal Militar y superar los inconvenientes que giran en torno a su aplicación, se fijan los siguientes criterios:

---

<sup>5</sup> Vid. Sentencia de la Corte Constitucional C-879 de 2003.

## 1. Normas sustantivas y procesales

1. Cuando se trate de faltas disciplinarias cometidas con ocasión del ejercicio de la función jurisdiccional por funcionarios adscritos a la Justicia Penal Militar, imperará en lo sustancial las normas pertinentes de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de Administración de Justicia, y en lo procesal el Título XII de la Ley 734 de 2002, destinado a los funcionarios de la rama judicial, conforme a lo señalado por el artículo 84 de la Ley 836 de 2003 y el artículo 23 de la Ley 1015 de 2006.

En gran parte jalonado por los precedentes constitucionales antes reseñados, pero primordialmente por la posición destacada de la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, se despejó positivamente la duda en torno a la fuerza vinculante de las normas de la Rama Judicial que regulan la actividad de los funcionarios de la Justicia Penal Militar, concretamente cuando se trata de no uniformados que desempeñan función jurisdiccional. Indiscutiblemente, con independencia de su condición de uniformado o no uniformado, el factor preponderante para la vinculatoriedad de las citadas normas no es otro diferente a la naturaleza del servicio prestado. En otras palabras, se admite la primacía de un criterio funcional para la aplicación de aquellas normas disciplinarias<sup>6</sup>.

2. Tratándose de faltas disciplinarias imputadas a funcionarios de la Justicia Penal Militar, ajenas a la función jurisdiccional, la selección de las normas disciplinarias aplicables descansa en la siguiente distinción:
  - a) Contra los funcionarios no uniformados (civiles) se impone tanto en los aspectos sustanciales como procesales la Ley 734 de 2002.
  - b) Contra los funcionarios uniformados de las Fuerzas Militares se impone como norma sustantiva la Ley 836 de 2003, y ante los vacíos normativos la Ley 734 de 2002. Para los asuntos procesales rige de forma privativa la Ley 836 de 2003.
  - c) Contra los funcionarios uniformados de la Policía Nacional se erige como su norma vinculante en lo sustancial la Ley 1015 de 2006, en virtud de su artículo 23, y en su defecto la Ley 734 de 2002. En lo procesal, por expreso reenvío de su artículo 58, las normas recogidas en la Ley 734 de 2002.

<sup>6</sup> Por su pertinencia se reproducen las palabras concluyentes de la motivación del fallo de la Sala Disciplinaria, atrás aludido: "(...)Corolario de lo expuesto, es que, por un lado, frente a la acusada, en su calidad de Juez...de Instrucción Penal Militar... no uniformada (civil), adscrita al Ejército Nacional, la autoridad competente para conocer su conducta, en tal calidad, es la Procuraduría General de la Nación y, por otro, que el régimen aplicable es el Estatuto de Administración de Justicia, Ley 270 de 1996".

## **2. Competencia disciplinaria para conocer de las faltas perpetradas por funcionarios de la Justicia Penal Militar**

1. Con ocasión del ejercicio de la función jurisdiccional, se distribuye así:
  - a) De forma privativa y excluyente la Procuraduría General de la Nación cuando se trate de funcionarios uniformados de la Policía Nacional y de las Fuerzas Militares (artículos 22 y 23 de la Ley 1015 de 2006, y artículo 84 de la Ley 836 de 2003).
  - b) La Oficina de Control Interno Disciplinario del Ministerio de Defensa cuando se trate de funcionarios no uniformados (Decreto 49 de 2003). Igualmente, la Procuraduría General de la Nación en los casos donde ejerza poder preferente (artículos 277, numeral 6a) de la Constitución Política, 3 y 69 de la Ley 734 de 2002; Resolución del Procurador General de la Nación 346 de 3 de octubre de 2002).
2. Son competentes para conocer de las faltas perpetradas por funcionarios de la Justicia Penal Militar, ajenas al ejercicio de la función jurisdiccional, las siguientes autoridades:
  - a) La Dirección General de la Policía Nacional, la Inspección General de la Policía Nacional, los Inspectores Delegados, el Jefe de la Oficina de Control Disciplinario Interno de la Dirección General y los Jefes de Oficinas de Control Disciplinario Interno de Policías Metropolitanas y Departamentos de Policía, cuando se trate de funcionarios uniformados de la Policía Nacional y dentro del marco de competencias fijado por la ley (artículos 54 a 57 de la Ley 1015 de 2006).
  - b) La Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar cuando se trate de funcionarios uniformados de las Fuerzas Militares (artículos 84 y 198 de la Ley 836 de 2003).
  - c) La Oficina de Control Interno Disciplinario del Ministerio de Defensa cuando se trate de funcionarios no uniformados (Decreto 49 de 2003) exceptuando al personal retirado de la Policía Nacional respecto de las faltas propias de la función policial cometidas mientras eran activos, evento en el cual será competente el Inspector General de la Policía Nacional (artículos 23 y 55 de la Ley 1015 de 2006).
  - d) En todos los casos anteriores, la Procuraduría General de la Nación en ejercicio de poder preferente (artículos 277 numeral 6a) de la Constitución Política, 3 y 69 de la Ley 734 de 2002; Resolución del Procurador General de la Nación 346 de 3 de octubre de 2002).

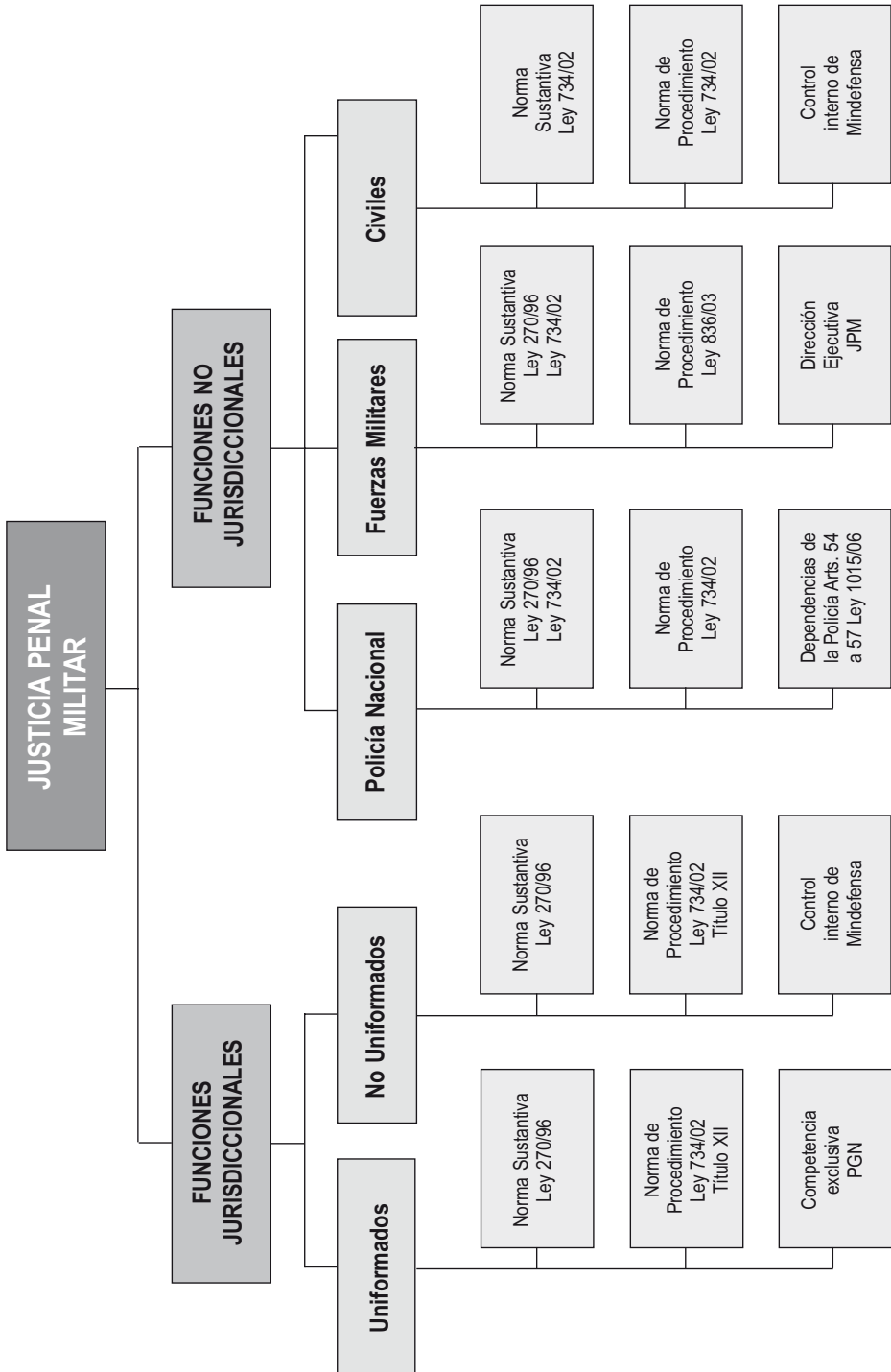
**3. Al interior de la institución, la competencia disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación para procesar a funcionarios de la Justicia Penal Militar se distribuye en los ámbitos nacional, regional, distrital y provincial, de acuerdo con las siguientes normas**

- a) La competencia de la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial y la Policía Judicial se reconoce en el artículo 25, numeral 1, literales g), i) y j) del Decreto Ley 262 de 2000, y las Resoluciones 017 de 4 de marzo de 2000, 227 de 14 de agosto de 2001 y 305 de 11 de septiembre de 2002 del Procurador General de la Nación. Así, conoce en primera instancia de las faltas cometidas por los Magistrados del Tribunal Superior Militar, Jueces de Conocimiento de la Justicia Penal Militar, Auditores de Guerra y Fiscales Penales Militares, actuando como segunda instancia en los citados procesos, la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación (artículo 22, numeral 1) del Decreto-ley 262 de 2000).

En segunda instancia la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial y la Policía Judicial conoce de los procesos disciplinarios contra Jueces de Instrucción Penal Militar tramitados en primera instancia por las Procuradurías Regionales o Distritales (artículo 25, numeral 4 del Decreto-ley 262 de 2000).

- b) En los niveles territoriales, dentro del marco de la Justicia Penal Militar, les corresponde a las Procuradurías Provinciales y Distritales conocer en primera instancia de los asuntos disciplinarios que cursan contra los Jueces de Instrucción Penal Militar (artículo 76, numeral 1), literal e) del Decreto-ley 262 de 2000).

Idéntica competencia de primera instancia reside en las Procuradurías Regionales cuando sus circunscripciones territoriales carezcan de Procuradurías Provinciales o Distritales (artículo 75, numeral 2) del Decreto-ley 262 de 2000). En todo caso, serán competentes en segunda instancia para conocer de los procesos disciplinarios tramitados por las Procuradurías Provinciales contra los Jueces de Instrucción Penal Militar (artículo 75, numeral 3) del Decreto-ley 262 de 2000).





# RÉGIMEN DISCIPLINARIO DE LA POLICÍA NACIONAL

Por: **FERNANDO BRITO RUIZ**

## Consideraciones generales

**E**n este trabajo se hacen unas aproximaciones al tema relacionado con la Policía Nacional desde la perspectiva disciplinaria. Para ello se toman en cuenta las normas actualmente vigentes, en particular la ley 1015 de 2006 (nueva ley de disciplina para la Policía Nacional), el Decreto ley 1798 de 2000 (anterior régimen de disciplina para esta institución, el cual fue derogado por dicha ley 1015) y la ley 734 de 2002 (régimen de disciplina para los servidores públicos), estatuto este último que consagra el procedimiento aplicable a todos los funcionarios públicos, incluidos los miembros de la institución policial.

Los servidores de la policía nacional ostentan doble condición: por un lado, la de funcionarios o servidores públicos, lo que hace que deban observar las reglas generales que rigen para todos los funcionarios del Estado.

Al mismo tiempo y en paralelo con estas atribuciones, tienen funciones propias como miembros de la Policía Nacional, una institución armada de naturaleza civil, razón por la cual están sometidos a normas y disposiciones especiales, pues el Estado procura que en el cumplimiento de sus objetivos atiendan reglas específicas, dado que su función entraña el uso de la fuerza y de las armas, lo mismo que facultades para privar de la libertad a las personas, por lo que las disposiciones disciplinarias en este caso tienen por objeto brindar una protección adicional a los asociados frente al actuar de los miembros de esta institución<sup>1</sup>.

---

<sup>\*</sup> Procurador Delegado para la Policía Nacional.

<sup>1</sup> Al respecto puede verse, entre otras, la Sentencia C- 712 de 2001 de la Corte Constitucional.

Como es fácil de ver, esto tiene su razón de ser en el riesgo que entraña para cualquier persona la arbitrariedad, el exceso o el uso indebido de las medidas de coerción y de fuerza de las que pueden hacer uso estos funcionarios.

Por esa razón, estos servidores públicos son especialmente entrenados y actúan en grupos, bajo la dirección de funcionarios superiores, por lo que a la hora de valorar sus conductas, unos y otros deben demostrar que han hecho un uso adecuado y proporcionado de medios y procedimientos autorizados, cuando intervienen frente a perturbaciones de la tranquilidad, la salubridad, la moralidad o el orden público interno, así como que han adoptado las medidas e impartido las órdenes e instrucciones requeridas para garantizar el cumplimiento de esa actividad, dentro de los parámetros constitucionales y legales.

Esta previsión restrictiva de las actuaciones de los miembros de la policía nacional deriva igualmente del hecho de que con sus actuaciones, más que otros servidores públicos, pueden afectar o violar derechos humanos, y por razón del conflicto armado que se vive en el país, incurrir en infracciones al derecho internacional humanitario<sup>2</sup>.

Se acepta jurisprudencial, legal y doctrinariamente, que hay dos clases de control disciplinario, uno interno, a cargo de la misma institución, el cual cumplan a través de sus oficinas de control disciplinario interno; y otro externo, que le compete a la Procuraduría General de la Nación.

## 1. Control disciplinario interno de la Policía Nacional

Conforme se ha señalado en otros trabajos<sup>3</sup>, el control disciplinario puede ser interno, esto es, el que ejerce la propia institución a través de sus oficinas de control. A partir de la entrada en vigencia de la ley 1015 de 2006<sup>4</sup>, ese control interno se ha reorganizado en la Policía Nacional.

Pese a no ser este el tema de interés de este documento, de manera sucinta se puede decir respecto a ese control interno, que el Director General de la Policía Nacional conoce en segunda instancia de las decisiones proferidas en primera instancia por el Inspector General de la Policía Nacional.

<sup>2</sup> Con independencia de lo que digan las autoridades o el gobierno nacional, en Colombia se vive un conflicto armado interno, según lo prevén instrumentos internacionales suscritos por el Estado. En consecuencia, en situaciones derivadas del conflicto armado interno se aplican las normas del DIH, en particular el Protocolo II de los Convenios de Ginebra. Este Protocolo lo incorporó en nuestra legislación la ley 171 de 1994.

<sup>3</sup> Al respecto pueden verse, entre otros: GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. *Dogmática del Derecho Disciplinario*. Universidad Externado de Colombia. 2ª Edición. Bogotá, 2002. Igualmente, BRITO RUIZ, Fernando. *Régimen disciplinario. Aspectos constitucionales y legales*. Instituto de Estudios del Ministerio Público. Imprenta Nacional. Bogotá. 2003.

<sup>4</sup> Esta ley entró en vigencia el 8 de mayo de 2006.

A su vez, el Inspector General conoce en segunda instancia de las decisiones proferidas en primera instancia por los Inspectores Delegados y en primera instancia de las faltas cometidas por los oficiales superiores, por el personal en comisión en el exterior, por el personal en comisión en organismos adscritos o vinculados a la administración pública y por los jefes de las oficinas asesoras de la Dirección General de la Policía.

Los Inspectores Delegados a su vez conocen en segunda instancia de las decisiones proferidas por los jefes de las oficinas de control disciplinario interno de su jurisdicción y en primera instancia de las faltas cometidas por los oficiales subalternos de su jurisdicción.

Los jefes de las oficinas de control disciplinario interno de la Dirección General de la Policía conocen en primera instancia de las faltas cometidas en la ciudad de Bogotá, por el personal de nivel ejecutivo, suboficiales, agentes y auxiliares de la policía, que labore en la Dirección General, Subdirección General, Inspección General Direcciones y oficinas asesoras.

Y finalmente los jefes de las oficinas de control disciplinario interno de las policías metropolitanas y de los Departamentos de Policía, conocen en primera instancia de las faltas cometidas por el personal de su jurisdicción, del nivel ejecutivo, suboficiales, agentes, auxiliares de policía y estudiantes de las seccionales de formación.

## **2. Control externo. Procuraduría General de la Nación**

De acuerdo con el Decreto 262 de 2000, para decidir la dependencia de la Procuraduría General de la Nación a la que le corresponde ejercer el control disciplinario externo, lo mismo que el poder preferente<sup>5</sup>, se toman en cuenta factores como la calidad del sujeto disciplinable (en el caso de la Policía Nacional, sus grados), la naturaleza del hecho (por ejemplo, graves violaciones a derechos humanos), el territorio donde ocurren los hechos, el factor funcional y la conexidad.

Cuando un mismo funcionario policial comete varias faltas que sean conexas entre sí, todas ellas se deben investigar dentro de un mismo proceso por quien tiene la competencia para investigarlo por razón de su grado.

---

<sup>5</sup> No obstante esta distribución de competencias, el Procurador General de la Nación tiene facultad para asignar de manera especial un asunto a determinado funcionario, conforme los numerales 6 y 19 del artículo 7º del Decreto 262 de 2000. Estatuto de la Procuraduría General de la Nación.

Por razón de la conexidad, se tramitan igualmente en un mismo proceso aquellos casos en donde los hechos materia de investigación involucran varios funcionarios de distintos grados. En este caso la competencia para investigarlos recae en la dependencia de la Procuraduría que tiene asignado el conocimiento del asunto para el funcionario de mayor rango, según el orden establecido legalmente.

En consecuencia, con base en estos factores se determina si los hechos los debe investigar una Procuraduría Provincial, Distrital, Regional o la Procuraduría Delegada para la Policía Nacional.

Para ello son factores determinantes los del lugar donde se cometen los hechos y la calidad de los sujetos disciplinables. Con fundamento en lo anterior, se puede determinar también a que dependencia de la Procuraduría le corresponde conocer de la primera instancia y a cual de la segunda.

Para precisar mejor el tema, debe tomarse en cuenta la forma como se clasifican los miembros en la Policía Nacional, de donde depende la instancia de la Procuraduría a la que le corresponde asumir la investigación.

De acuerdo con el Decreto 1791 de 2000, los miembros de la institución policial se clasifican de la siguiente manera:

## **1. Oficiales**

### **a) Oficiales Generales**

- 1) General
- 2) Mayor General
- 3) Brigadier General

### **b) Oficiales superiores**

- 1) Coronel
- 2) Teniente Coronel
- 3) Mayor

### **c) Oficiales subalternos**

- 1) Capitán
- 2) Teniente
- 3) Subteniente

## **2. Nivel ejecutivo**

- a) Comisario
- b) Subcomisario

- c) Intendente jefe
- d) Intendente
- e) Subintendente
- f) Patrullero

### 3. Suboficiales

- a) Sargento mayor
- b) Sargento primero
- c) Sargento viceprimero
- d) Sargento segundo
- e) Cabo primero
- f) Cabo segundo

### 4. Agentes

- a) del cuerpo profesional
- b) del cuerpo profesional especial

#### a) Competencia de las Procuradurías Distritales y Provinciales

Los Procuradores Distritales y Provinciales tienen asignada competencia para adelantar la investigación y decidir en primera instancia las faltas cometidas en el territorio de su jurisdicción por personal del nivel ejecutivo, suboficiales, agentes, lo mismo que sobre personal no uniformado de la policía nacional clasificado como especialista, profesional, adjunto y auxiliar, o sus equivalentes, en caso de que se modifique la nomenclatura y clasificación de la Policía Nacional<sup>6</sup>.

Según esto, les corresponde adelantar la averiguación y la investigación hasta proferir el fallo en primera instancia, respecto de conductas cometidas por los siguientes funcionarios: **Personal del nivel ejecutivo** a saber: Comisario, Subcomisario, Intendente jefe, Intendente, Subintendente y patrullero; **Suboficiales** (Sargentos mayor, primero, viceprimero, segundo y Cabos primero y segundo); así como sobre **Agentes** del cuerpo profesional y del cuerpo profesional especial, lo mismo que **sobre el personal no uniformado** clasificado como especialista, profesional adjunto y auxiliar o sus equivalentes.

No obstante, cuando las conductas a investigar están relacionadas con graves y gravísimas violaciones a los derechos humanos y con infracciones al Derecho Internacional Humanitario, la competencia en primera instancia la tiene asignada la Procuraduría Delegada Disciplinaria para la Defensa de los

---

<sup>6</sup> Artículo 76, numeral 1º, literal c), del Decreto 262 de 2000.

Derechos Humanos. Sin perjuicio de esa competencia, las Procuradurías Provinciales y Distritales están facultadas para recaudar pruebas y elementos de juicio en la etapa de averiguación preliminar.

Es claro que constituye un elemento esencial el distinguir cuando se trata de graves y gravísimas violaciones a derechos humanos o infracciones al DIH, por lo que más adelante en este mismo documento se precisan estos aspectos.

Las Procuradurías Provinciales también pueden adelantar diligencias disciplinarias de competencia de los Procuradores Delegados, hasta antes de la apertura de la investigación<sup>7</sup>.

Esto es importante porque es frecuente que los investigados aleguen la nulidad de las actuaciones, cuando las diligencias preliminares las adelanta una Procuraduría Provincial, y posteriormente, al resultar vinculado un oficial subalterno o superior, deben remitirse las diligencias al funcionario competente.

En este caso no hay lugar a decretar la nulidad, por una parte, porque es la ley la que autoriza a adelantar diligencias hasta antes de ordenarse la apertura de la investigación y en segundo lugar, porque la misma Corte Constitucional ha reconocido que la facultad para ejercer vigilancia sobre los funcionarios públicos radica en cabeza del Procurador General, por lo que debe entenderse que es él quien tiene la competencia en todo el territorio y que solo por cuestiones funcionales delega esa facultad en otros funcionarios.

En consecuencia, debe entenderse que las diligencias preliminares radican en cabeza de todos los funcionarios habilitados para ello en la Procuraduría y que solo al momento de ordenarse apertura de investigación, debe reclamarse que lo haga el que es competente para hacerlo.

## **b) Competencia de las Procuradurías Regionales**

A las Procuradurías Regionales les corresponde conocer en primera instancia de las faltas atribuidas a los **oficiales subalternos de la Policía Nacional**, a saber: Capitanes, Tenientes y Subtenientes.

También les corresponde conocer en primera instancia de los procesos disciplinarios de competencia de las Procuradurías Distritales y Provinciales en las circunscripciones territoriales donde estas no existan.

En consecuencia, las Procuradurías Regionales son competentes para tramitar en primera instancia las averiguaciones e investigaciones disciplinarias

<sup>7</sup> Artículo 76, ídem, numeral 2º.

hasta proferir los fallos de primera instancia sobre los **Oficiales subalternos**, y cuando en la jurisdicción no existan Procuradores Distritales y Provinciales, es la dependencia competente para examinar en primera instancia la actuación del personal de la Policía Nacional **del Nivel ejecutivo; Suboficiales; Agentes** del cuerpo profesional y del cuerpo profesional especial, así como sobre **el personal no uniformado** clasificado como especialista, profesional adjunto y auxiliar o sus equivalentes<sup>8</sup>.

También les corresponde decidir en segunda instancia, los procesos resueltos en primera por los Procuradores Provinciales.<sup>9</sup>

En lo que tiene que ver con graves y gravísimas violaciones a derechos humanos e infracciones al DIH, opera la misma regla que se enunció antes para los Procuradores Provinciales, a saber: que están facultados legalmente para recaudar en averiguación o indagación preliminar, todas las pruebas y elementos de juicio que sirvan para aclarar la forma como ocurrieron los hechos, debiendo remitir el expediente con todos los medios de prueba recaudados, una vez cumplido esto, a la Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos Humanos, que es la que tiene esa competencia.

De la misma manera, los Procuradores Regionales pueden adelantar actuaciones disciplinarias de competencia de los Procuradores Delegados, hasta antes de la apertura de investigación<sup>10</sup>. También es del caso precisar que en todos los eventos, el grado que debe tomarse en cuenta para determinar la competencia es el que ostentaba el uniformado a la fecha de los hechos.

### c) Competencia de la Procuraduría Delegada para la Policía Nacional

La Procuraduría Delegada para la Policía Nacional, de conformidad con el literal d) del artículo 25 del Decreto 262 de 2000, en concordancia con el artículo 17 de la Resolución 017 de 2000, es competente para conocer en primera instancia de las faltas atribuidas a los **Oficiales superiores** de la Policía Nacional, esto es: Coroneles, Tenientes Coroneles y Mayores, con excepción de los asuntos asignados de manera exclusiva a la Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos Humanos, esto es, por graves o gravísimas violaciones a los derechos humanos o por infracciones al DIH.

Además de lo anterior, le corresponde decidir en segunda instancia los procesos fallados en primera por los Procuradores Regionales y Distritales, al

<sup>8</sup> Artículo 75, numerales 1º literal d) y 2º.

<sup>9</sup> Artículo 75 numeral 3º.

<sup>10</sup> Artículo 75 numeral 4º.

igual que decidir sobre la revocatoria de las decisiones administrativas disciplinarias expedidas por los Procuradores Regionales y Distritales, cuando a ello haya lugar.

Sobra anotar que la referida ley 1015 de 2006, que regula lo relacionado con el control disciplinario interno, no altera en nada las competencias propias de la Procuraduría General de la Nación que se acaban de examinar, las que se encuentran reguladas en el Decreto 262 de 2000 y en la Resolución 017 de 2000, esta última del Procurador General de la Nación.

### **3. Poder preferente**

En cuanto al ejercicio del poder preferente, se deben hacer varias precisiones:

La Procuraduría goza del poder preferente en materia disciplinaria, previsión de orden constitucional que coloca a este órgano de control por encima de las oficinas de control disciplinario interno de la Policía Nacional. Con fundamento en él, puede asumir cualquier investigación que adelanten las oficinas de control interno de esa institución, decisión que no admite oposición y contra la que no procede recurso alguno.

Pueden señalarse como características del poder preferente las siguientes:

- La Procuraduría puede desplazar a las oficinas de control disciplinario interno del ejercicio de la función disciplinaria y en consecuencia asumir en cualquier momento la investigación, aún durante el trámite de la segunda instancia.
- La entidad no se puede oponer al ejercicio de dicho poder, en ningún caso.
- Si la Procuraduría asume la investigación, la oficina de origen debe hacer entrega inmediata de la investigación, en el estado en que se encuentre, quedando inhibida para surtir cualquier otro trámite.
- Una vez la Procuraduría asume el poder preferente, debe continuar el trámite del proceso hasta el final, adoptando la decisión que corresponda.
- La Policía Nacional no se puede desprender por su propia iniciativa de su facultad disciplinaria, para dejarla en manos de la Procuraduría. En consecuencia, las oficinas de control disciplinario interno solo pueden remitir un asunto a la Procuraduría para que ésta lo tramite, si le es solicitado.

- Los investigados pueden solicitar el ejercicio del poder preferente, pero es el órgano de control el que decide en última instancia si lo asume o no. Para asumirlo, se debe reunir alguno de los requisitos previstos en el artículo 6º de la Resolución No. 346 de 2002 expedida por el Procurador General de la Nación.
- La decisión que se tome en estos casos para asumir el poder preferente, tratándose de la Procuraduría, le corresponde al Viceprocurador General de la Nación y debe ser motivada. Contra esta decisión no procede ningún recurso.

Cuando medie solicitud del funcionario investigado, para que sea la Procuraduría la que asuma la investigación, se deben seguir los siguientes pasos:

Procede asumirlo por investigaciones que se refieran a hechos de trascendencia, bien sea: a) porque atentan contra los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario; b) porque versan sobre contratación estatal; c) por involucrar normas presupuestales, fiscales o contables; d) por referirse a normas carcelarias; e) por comprometer el patrimonio o la moralidad pública; f) por existir falta de garantías o violación del debido proceso y del derecho de defensa de quienes son investigados disciplinariamente; g) por existir serios cuestionamientos sobre la oficina de control interno correspondiente; y h) por presentarse colusión o corrupción al interior del órgano de control interno.

Cuando se solicite el ejercicio del poder preferente, el funcionario que recibe la solicitud debe realizar una visita al respectivo expediente, dentro de los tres (3) días siguientes, para efectos de determinar si se presenta alguna de las condiciones previstas en la referida Resolución 346 de 2002. En consecuencia, debe levantar un acta de la visita, donde consigne los elementos de juicio con base en los cuales considera que se cumplen o no las condiciones para el ejercicio de dicho poder.

Si el concepto es negativo, no hay lugar a asumir el poder preferente y contra este auto no procede ningún recurso. Si el concepto es positivo, debe remitir de manera inmediata el acta con los elementos de juicio acopiados y su valoración, al Viceprocurador General de la Nación, quien mediante decisión motivada dispondrá el ejercicio de dicho poder y remitirá el expediente al funcionario de la procuraduría que sea competente para adelantar la actuación, decisión contra la que tampoco procede ningún recurso.

Este trámite para el ejercicio del poder preferente, debe entenderse sin perjuicio de la atribución que es propia de la Procuraduría, para asumir directa-

mente las investigaciones disciplinarias, de las que tenga noticia por queja, por informe de funcionario, o porque aparecen en medios de comunicación o de las que tenga conocimiento por cualquier medio.

#### **4. Régimen especial aplicable a la Policía Nacional**

Como se dijo antes, por las particulares funciones que deben cumplir los miembros de la Policía Nacional, estos tienen un régimen disciplinario especial, para las faltas en las que incurren relacionadas con la función o el servicio público que desempeñan, previsto en el Decreto 1798 del año 2000, el cual ha sido derogado recientemente por la ley 1015 de febrero del año 2006<sup>11</sup>.

Esta legislación prevé las normas especiales que rigen para ellos en materia sustantiva, esto es, en cuanto a los tipos de conductas que deben observar y que se les debe tener en cuenta, por razón de las particulares funciones que cumplen.

En él se regulan aspectos relativos al uso de la fuerza, al empleo de las armas, a conductas relacionadas con sus actividades policivas, órdenes e instrucciones que se imparten y retención o detención de personas. En consecuencia, este régimen sustantivo especial prevé conductas o situaciones propias del servicio de policía.

A diferencia de lo que decía el Decreto 1798 de 2000, anterior régimen disciplinario para la policía, donde se regulaban algunas conductas propias de contratación y fiscales, como por ejemplo en el numeral 10 del artículo 37, la nueva ley 1015 determina de manera específica que aspectos como los de carácter administrativo, contractual, presupuestal y en general lo que no tenga relación directa con la función de policía, se rigen por las disposiciones que se aplican a los demás funcionarios públicos, recogiendo de esta manera lo que había dicho la Corte Constitucional, entre otras, en su sentencia C-712 de 2001<sup>12</sup>.

Tal el caso, por ejemplo, de lo que tiene que ver con sistemas de contratación, manejo presupuestal, contable, de bienes e inventarios, aspectos fiscales, mantenimiento de inmuebles y en general todas aquellas actividades que están ligadas a servicios o funciones públicas pero que no corresponden a

<sup>11</sup> A partir de la fecha de entrada en vigencia de esta ley (8 de mayo de 2006), es necesario hacer una integración normativa y determinar cuales normas son las aplicables en cada caso, por razón de la fecha de ocurrencia de los hechos. También será necesario tener en cuenta el principio de favorabilidad. Más abajo se hacen algunas precisiones acerca de la vigencia de estas normas.

<sup>12</sup> Sentencia C- 712 de 2001, de la Corte Constitucional.

funciones propias de la actividad de policía. Para estos eventos, las normas aplicables son las que rigen para el resto de los servidores públicos, a saber, las de la ley 734 de 2002, estatuto disciplinario vigente, siempre que no haya norma especial prevista para los miembros de la Policía para el efecto.

Igual se puede decir con las conductas que son violatorias de derechos humanos o que constituyen infracciones al derecho internacional humanitario. En la anterior legislación (el Decreto 1798 mencionado), existían normas especiales al respecto, los numerales 1 y 2 del artículo 37 de dicho estatuto, conductas que como es apenas natural, estaban catalogadas como faltas gravísimas.

La nueva legislación (la Ley 1015), no trae de manera específica estas conductas, porque como lo había señalado la misma Corte Constitucional, tales conductas y las faltas inherentes a ellas no pueden considerarse funciones o actividades propias del servicio o de la función de policía.

En estas condiciones, al no estar tipificadas las conductas que son violatorias de derechos humanos o las que constituyan infracciones al DIH, no debe entenderse que las mismas no constituyen falta para los miembros de la Policía Nacional, sino que en tales eventualidades será necesario remitirse a las normas que rigen para todos los servidores públicos en esta materia.

Como complemento de lo anterior, debe tomarse en cuenta que en materia de procedimiento, a los miembros de la Policía Nacional se les aplican las mismas disposiciones que rigen para el resto de los servidores públicos, previstas actualmente en la ley 734 del año 2002<sup>13</sup>.

Esto significa que en materia sustantiva tienen un régimen especial para las actuaciones propias de la función de policía, lo mismo que un régimen similar al de los servidores públicos para cuestiones del servicio público que no tienen nada que ver con la labor policial<sup>14</sup>, al igual que se les aplica el régimen general de todos los servidores estatales en lo que tiene que ver con violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario, en tanto que en materia de procedimiento, los cobija el mismo que rige para todos los servidores del Estado, previsto actualmente en la ley 734 de 2002.

<sup>13</sup> Ver entre otras, la sentencia C-088 de 1997, Corte Constitucional. Es del caso precisar que las fuerzas militares tienen un procedimiento propio, fijado en la ley 836 de 2004.

<sup>14</sup> El artículo 21 de la ley 1015 de 2006 es claro al respecto, cuando señala que al personal de la policía se le aplican las faltas y sanciones previstas en el régimen disciplinario propio fijado en dicha ley, lo mismo que las sanciones por las faltas previstas para los demás servidores públicos. Las faltas de los servidores públicos son las que están previstas actualmente en la ley 734 de 2002.

### **a) El cumplimiento de las órdenes impartidas**

Dentro del marco normativo que rige a la policía nacional, sus miembros deben acatar las órdenes e instrucciones que se les impartan, por virtud de la disciplina propia en esta clase de organizaciones.

Sin embargo, el cumplimiento de esas órdenes no se puede asimilar al principio de la obediencia debida que impera dentro de las fuerzas militares, siendo sustancialmente diferentes uno y otro, por lo que se debe distinguir entre la obediencia debida propia de las fuerzas militares y las órdenes que deben cumplir los miembros de la policía, organizaciones que se mueven dentro de contextos diferentes, al ser la primera una fuerza militar, de orden castrense y la otra un cuerpo armado de carácter civil.

Es por esto que en el campo disciplinario, en las actuaciones de la Policía Nacional, la responsabilidad recae tanto sobre el superior que da la orden, como sobre todos y cada uno de los que la cumplen<sup>15</sup>.

Debe decirse también que respecto de cuestiones simplemente administrativas, no resulta aplicable a los miembros de la institución policial el cumplimiento de órdenes impartidas, porque en este evento imperan las mismas reglas que rigen para los otros servidores públicos. En estos casos, el superior lo es desde el punto de vista administrativo, no policial, existiendo entre el y sus subalternos una relación de subordinación igual a la que opera para el resto de los servidores públicos.

Ante esto, el inferior jerárquico no puede alegar, para tratar de excusar su actuación, el acatamiento de órdenes superiores, por ejemplo cuando se trate de trámites de contratación o presupuestales, estando reservada la aplicación del principio de las órdenes impartidas, a aspectos inherentes al servicio propio de policía.

De otra parte, para que pueda aceptarse que procede cumplir una orden, la misma debe provenir de persona legalmente autorizada para impartirla y que la misma sea válida, esto es, debe corresponder a mandatos o instrucciones acordes con la Constitución, las leyes, las funciones que deben cumplir, así como que no impliquen violaciones a los derechos humanos, ni infracciones al derecho internacional humanitario y que no conlleven a la comisión de delitos<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> Sentencia C-444 de 1995 de la Corte Constitucional.

<sup>16</sup> Al respecto son claros los artículos 28 y 29 de la ley 1015 citada.

**b) El uso de la fuerza y de la coerción por la Policía Nacional**

Los miembros de la Policía Nacional tienen establecido y así lo autoriza la Constitución Política, que en ciertas y determinadas circunstancias pueden hacer uso de la fuerza, de las armas y de medios coercitivos para garantizar el desenvolvimiento de las condiciones de la vida en sociedad. Pero el uso de esos medios de constricción y de fuerza está sometido a estrictas condiciones, las que debe cumplir el cuerpo policial con el máximo rigor<sup>17</sup>.

En esa dirección se prevé que su utilización debe ser proporcionada a la situación que se enfrenta, deben escoger entre los distintos medios de los que disponen, el que tenga mayor capacidad de disuasión y entre estos, el que resulte menos lesivo para la integridad de las personas. Se entiende también que la fuerza no puede ser excesiva ni utilizada de manera abusiva, que deben hacer uso de la mínima indispensable requerida y ésta debe cesar en el momento en que ya no sea necesaria, todo lo cual debe evaluar y resolver la misma autoridad de policía que hace uso de ella o que ordena su empleo<sup>18</sup>.

En consecuencia, a los miembros de esta institución se les puede exigir que hagan uso de los medios de coerción y de fuerza, y el empleo de las armas, de manera que se cumplan esas condiciones de proporcionalidad y razonabilidad, reclamo que se funda en el entrenamiento que se da a esos cuerpos de policía, donde reciben una preparación especial y se les dota de equipos adecuados para enfrentar situaciones como motines, marchas, desfiles y protestas callejeras, así como para el uso de la fuerza y de ciertos instrumentos.

Igual sucede con las armas, debiendo mirarse con especial atención el momento en que pueden hacer uso de ellas, la forma como deben utilizarlas y los efectos que producen. Por eso cabe esperar que las utilicen adecuadamente, partiendo del supuesto válido de que cada uno de sus miembros es experto en su manejo y que ha sido debidamente entrenado para usarlas, sabiendo cuándo y bajo que circunstancias debe emplearlas, siempre dentro del entendido de que en un momento determinado va a emplearlas de manera apropiada.

En ese mismo sentido, en la medida en que los miembros de esa institución tienen la facultad de privar de la libertad a los ciudadanos, tratándose de un derecho humano fundamental, cuyo respeto y preservación es esencial para todos los asociados, la actuación dirigida a retener o a detener una persona, solo puede cumplirse bajo estrictas y rigurosas condiciones legales.

<sup>17</sup> Puede verse, entre otras, la sentencia C-024 de 1994 de la Corte Constitucional.

<sup>18</sup> Véase al respecto la sentencia C-492 de 2002 de la Corte Constitucional.

Ello implica que el uso indebido, arbitrario, excesivo o desproporcionado de la fuerza o de las armas, lo mismo que las detenciones o retenciones arbitrarias y en general lo que tiene que ver con el ejercicio de los derechos y de las libertades de los habitantes, es materia de especial vigilancia y control, por implicar respeto y protección a derechos humanos esenciales.

Bajo estos parámetros, a los miembros de la institución policial los cobija un régimen disciplinario más estricto que el que recae sobre el resto de los funcionarios públicos, estando previsto que la violación de estos derechos constituye falta disciplinaria, la que se cataloga como gravísima y se sanciona con la destitución.

De acuerdo con el numeral 1 del artículo 34 de la ley 1015 de 2006, constituye falta gravísima, sancionable con la destitución, el privar ilegalmente de la libertad a una persona o demorar injustificadamente su conducción ante la autoridad competente.

De la misma manera, el numeral 18 de este artículo cataloga como falta gravísima el causar daño a la integridad de las personas o de los bienes, como consecuencia del exceso en el uso de las armas, de la fuerza o de los medios coercitivos, lo mismo que el numeral 20 sanciona la manipulación imprudente de armas de fuego.

### **c) Violaciones a los Derechos Humanos**

Conforme se ha anotado, existen igualmente situaciones o actuaciones policiales que se deben mirar bajo una óptica diferente, en especial frente a los derechos humanos y su protección, para decidir en que casos la falta corresponde a una actuación como miembro de la institución policial y en que casos la misma resulta ajena a sus funciones.

Aún cuando parece un contrasentido, desde el punto de vista disciplinario puede suceder que una conducta realizada en cumplimiento de funciones de policía, termine implicando una violación a derechos humanos. Esto, que puede ser relevante para resolver cuestiones en materia penal, no tiene la misma incidencia a la luz del derecho disciplinario, porque para estos eventos la violación a derechos humanos en todo caso da lugar a destitución, sea que ocurra en desarrollo de funciones propias del servicio o sea que se cometa desbordando el ejercicio de sus funciones, o con ocasión o con pretexto de ellas.

El tema es complejo, en la medida en que de entrada se puede suponer que todo procedimiento policial que implique violación a los derechos humanos, está por fuera de las funciones o atribuciones propias del servicio de policía.

Sin embargo, bien puede existir violación a estos derechos en desarrollo de actividades relacionadas con ese servicio, como cuando se retiene legalmente a una persona y posteriormente se prolonga su retención más allá del tiempo autorizado, sin causa o justificación legal, de donde la retención pasa a ser irregular y por ende se convierte en una violación de un derecho humano fundamental como lo es el de la libertad.

Conforme ya se vio, esta conducta está prohibida en el régimen especial para la policía, lo mismo que constituye una falta de la misma naturaleza, para los demás servidores públicos, esto es, está catalogada de gravísima, lo que da lugar a destitución,. Eso significa que desde el punto de vista disciplinario, sea que se tramite por uno u otro estatuto, de comprobarse la irregularidad, la sanción a imponer es la misma.

Una manera de enfocar la situación desde otra perspectiva, es si se mira como falta propia del servicio o ajena al mismo. Para clasificarla en uno u otro ámbito, entran en consideración los aspectos fácticos que han rodeado el actuar del servidor público cuestionado.

En estas condiciones, si actuó en cumplimiento de su función o servicio de policía, pero lo hizo de manera irregular o arbitraria, por ejemplo, por considerar que estaba ante una situación de flagrancia que no existió, privando de la libertad a una persona, bien puede verse su actuar relacionado con la función o el servicio que como funcionario debe atender, así lo haya hecho de manera equivocada. En este caso puede quedar incurso en la falta disciplinaria prevista para los miembros de la Policía y en consecuencia ser sancionado con la destitución, al privar ilegalmente de la libertad a una persona<sup>19</sup>.

Pero si esa misma detención ilegal o arbitraria se hace se hace con el objeto de someter a esa persona a presión, para obligarla a abandonar el municipio donde reside, es claro que en este caso no se puede ver esa actuación como el cumplimiento de las funciones que tiene asignadas, y su actuar debe verse enmarcado en las previsiones del numeral 13 del artículo 48 de la ley 734 de 2002, según el cual esa privación de la libertad tiene por objeto hacer efectiva una exigencia.

En todo caso, los dos eventos configuran graves violaciones a los derechos humanos y ambos están igualmente sancionados como faltas gravísimas que dan lugar a destitución. Sin embargo, entre uno y otro estatuto (la ley 734 de 2002 y el Decreto 1798 de 2000), existía una diferencia en cuanto a la pena accesoria de inhabilidad que cabe imponer, porque en tanto en el primero la

---

<sup>19</sup> Numeral 1 del artículo 34 de la ley 1015 de 2006.

inhabilidad general puede ser de 10 a 20 años, el segundo solo preveía una inhabilidad general hasta de 5 años. Esta situación fue modificada por la ley 1015 de 2006, al incluir entre sus disposiciones una inhabilidad general de 10 a 20 años.

No obstante esto, no debe olvidarse que en estos eventos también opera el principio de la favorabilidad, por lo que si se trata de faltas cometidas antes de la entrada en vigencia de esta última ley, será necesario decidir si la inhabilidad aplicable es la especial propia del régimen policial o la general propia de los servidores públicos<sup>20</sup>.

De igual manera hay lugar a discutir si las faltas cometidas con exceso en el uso de la fuerza o con el uso de armas, bajo ciertas y determinadas circunstancias pueden ser vistas como cometidas en ejercicio o por razón de las funciones propias de la actividad de policía o ajenas a la labor que tienen encomendada los miembros de esta institución.

En todo caso, cuando se trata de flagrantes violaciones a los derechos humanos, como lo ha dicho la misma jurisprudencia, se entiende que ese actuar no corresponde al ejercicio de la función o del servicio de policía y en consecuencia tales conductas deben examinarse bajo la óptica de una falta ajena a esa función o servicio, para cuyo efecto, las normas sustantivas aplicables son las del régimen ordinario que impera sobre los demás servidores públicos<sup>21</sup>.

Respecto a las conductas con las que se violan derechos humanos, originadas en actos cometidos fuera del servicio, el decreto 1798 del año 2000 no había dicho nada al respecto, regulando lo que tenía que ver con violaciones a derechos humanos e infracciones al DIH, desde una óptica que resultaba ligada al servicio de policía. No obstante, la nueva ley 1015 de 2005, que entró en vigencia a partir del 8 de mayo del año 2006, no reguló estas conductas, considerando lo que había dicho la Corte Constitucional, que tales violaciones o infracciones no pueden considerarse como propias de la función o del servicio de policía.

En consecuencia, por virtud del artículo 21 de esta ley, para examinar las faltas relacionadas con estas conductas es necesario remitirse a las disposiciones que rigen todos los servidores públicos (ley 734 de 2002), bajo el entendido de que las normas sustantivas especiales corresponden única y exclusivamente a asuntos propios de la actividad policial<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> Artículo 39 de la ley 1015 de 2006.

<sup>21</sup> Al respecto, puede verse la sentencia C-620 de 1998 de la Corte Constitucional.

<sup>22</sup> En ese sentido debe entenderse el artículo 21 de la ley 1015 de 2006.

#### **d) Infracciones al Derecho Internacional Humanitario**

Acerca de las infracciones al derecho internacional humanitario, se debe decir que son normas que se aplican en los conflictos armados de carácter internacional y bajo ciertas condiciones, en los conflictos armados internos. Es por esta última consideración, que sus disposiciones tienen aplicación en nuestro país.

Vale precisar que aún cuando las autoridades y el gobierno nacional vienen negando la existencia del conflicto interno y en consecuencia podría entenderse que las normas del derecho internacional humanitario no se aplican en Colombia, por lo que no habría lugar a investigaciones y a sanciones disciplinarias por esos hechos, tal consideración no corresponde a la realidad, porque la calificación del conflicto armado interno no depende de una autoridad sino de la situación fáctica existente, la cual se encuentra regulada en instrumentos internacionales suscritos por el país.

Por otro lado, es la misma Constitución la que establece que en la protección de los derechos fundamentales se encuentran incorporadas las normas de derechos humanos y de DIH contenidas en tratados, pactos y acuerdos suscritos por el Estado colombiano, las cuales prevalecen en el orden interno.

A esto se debe agregar que el Protocolo II del Convenio de Ginebra fue incorporado en nuestro ordenamiento mediante la ley 171 de 1994 y que la ley 734 de 2002, Código Disciplinario Único, en su artículo 48 numeral 7 estableció como falta gravísima el quebranto de las normas del derecho internacional humanitario, al igual que lo hizo el numeral 1º del artículo 37 del Decreto 1798 de 2000, estableciendo como falta gravísima para los miembros de la policía nacional su quebranto, conductas que han sido elevadas igualmente a la categoría de delito en la ley penal<sup>23</sup>.

También debe decirse que son normas que procuran que haya un mínimo de humanidad en las confrontaciones y en los conflictos bélicos, por lo que tienen por objeto principal, aún cuando no exclusivo, la protección de los civiles, los que se consideran ajenos al conflicto, lo mismo que de todas aquellas personas que no forman parte del conflicto o que ya no intervienen en él, al igual que determinadas personas y profesiones, como médicos, personal médico, periodistas, y ciertos bienes como hospitales y ambulancias, entre otros, gozando todos ellos de protección especial.

<sup>23</sup> Los artículos 135 y siguientes de la ley penal vigente, establecen los delitos que constituyen infracciones al derecho internacional humanitario.

A través de estas normas se procura proteger igualmente, bienes que son esenciales para la supervivencia de la población, como los graneros, las zonas destinadas al cultivo de alimentos, las fuentes de agua, las instalaciones civiles, las construcciones dedicadas al culto, los bienes culturales, escuelas, colegios, centros médicos, al igual que construcciones o instalaciones que encierran fuerzas peligrosas, como represas y centrales de energía.

Conforme con esas previsiones, los miembros de la policía nacional pueden incurrir en infracciones al derecho internacional humanitario, por razón del conflicto armado interno que se vive, estando previsto que esas infracciones constituyen faltas disciplinarias, las que se catalogan de gravísimas y son sancionables con la destitución.

Aún cuando la policía está concebida para atender el orden público interno, lo cierto es que por razón del referido conflicto armado, una parte de su personal se ve involucrada en la confrontación, lo que significa que en algunos casos sus actuaciones pueden dejarlos incurso en quebranto a normas del DIH. Además, dado que la policía nacional está presente en la mayor parte del territorio nacional, son muchos los eventos y las circunstancias en que de una u otra manera terminan involucrados en el conflicto.

Se hace necesario tener en cuenta que en un momento dado, una conducta puede constituir una violación a derechos humanos o una infracción al derecho internacional humanitario, lo que dependerá en cada caso de la condición que tenga la víctima. Acorde con esto, será la circunstancia personal del afectado la que en última instancia lleve a determinar si se trata de una u otra conducta. Un ejemplo puede servir para entender mejor la cuestión.

Si un miembro de la Policía comete un homicidio sobre una persona, alegando que lo atacó, lo que no es cierto y lo pretexta para encubrir su verdadera intención, que era la de saldar un pleito pasional, estaría incurso en una violación a derechos humanos. Pero si ese homicidio lo comete sobre esa misma persona, que actúa como informante de un grupo armado ilegal, y lo hace con el propósito de evitarle que siga entregando información al grupo al que pertenece, está claramente ante una infracción al derecho internacional humanitario.

En cualquiera de estos eventos, para el derecho disciplinario constituye una conducta sancionable con la destitución, porque lo que le interesa a esta disciplina como tal, que es esencialmente preventiva y correctora, es que ese funcionario público no forme parte del Estado, en tanto le corresponde a la justicia penal la imposición de la pena que por el hecho delictivo esté prevista.

Es por esta última razón que bien puede suceder que ante un mismo hecho, un funcionario sean investigado y sancionado por una misma conducta, tan-

to disciplinaria como penalmente, lo mismo que puede ocurrir que se sancione disciplinaria más no penalmente, o lo contrario, sin que de un lado ello signifique quebranto al principio del *non bis in ídem*, y sin que del otro se puede argumentar que al obrar una exoneración de carácter penal, la misma condiciona la decisión disciplinaria. Al respecto, la Corte Constitucional ha hecho una clara diferenciación entre el derecho penal y el disciplinario<sup>24</sup>.

## 5. Conductas violatorias de los Derechos Humanos e infracciones al DIH

A grandes rasgos, una diferencia principal entre las violaciones a derechos humanos e infracciones al DIH, la constituye el hecho de que en el último evento, la persona afectada lo es por razón o con ocasión del conflicto armado. Esto significa que por razón del conflicto, una misma conducta puede ser una violación o una infracción, lo que depende de la condición que tenga el perjudicado con el hecho. Si éste está vinculado al conflicto o la afectación que sufre es por causa del mismo, se está ante una infracción<sup>25</sup>.

Entre las principales violaciones a los derechos humanos se encuentran las conductas con las que se afecta la vida o la integridad de las personas; su libertad; su seguridad personal; toda forma de discriminación que se ejerza sobre ellas (sea por razones políticas, sociales, económicas, sexuales, de raza, de religión); cuando se viola su domicilio; si es detenida sin el cumplimiento de las condiciones legales; cuando se atenta contra su dignidad o su intimidad, en especial cuando se encuentra bajo detención o arresto.

Existen igualmente ciertos sectores de la población que gozan de una especial protección en materia de derechos humanos, como son las mujeres, los menores de edad, las personas adultas mayores, los discapacitados, las minorías (sean estas étnicas, sociales, sexuales).

Entre las conductas más frecuentes que pueden significar tales violaciones, están la de ocasionar en forma deliberada la muerte a las personas, lo mismo que la tortura, sea física o psicológica; su desaparición forzada; su retención, detención o privación ilegal de la libertad; el desplazamiento forzado; la persecución a sectores de la población por razones étnicas, religiosas, sexuales, políticas o de cualquiera otro orden; la violación del domicilio y la afectación de sus derechos a la dignidad, a la intimidad, al honor y al respeto como persona.

<sup>24</sup> Sentencia C-55 de 2002 de la Corte Constitucional

<sup>25</sup> Técnicamente, cuando se trata de faltas relacionadas con derecho internacional humanitario, el nombre que se les da es el de infracción.

Cuando estas conductas son cometidas dentro del marco del conflicto armado, pueden constituir infracciones al derecho internacional humanitario. Por eso, para entrar a valorarlas, es necesario examinar la calidad de la persona afectada (si es un combatiente), si los hechos se presentaron dentro de la confrontación, esto es, si sucedieron dentro de un combate armado o como consecuencia del mismo (resultado de un efecto colateral); si se aplicaron los principios propios del DIH, de distinción, esto es, la obligación que tienen las fuerzas armadas de distinguir entre combatientes y no combatientes, donde tiene preponderancia la población civil; de limitación, donde no se puede usar cualquier medio o método de guerra; y de proporcionalidad, donde los medios y métodos utilizados deben ser proporcionales a los resultados perseguidos, que son los de neutralizar, reducir o someter al enemigo.

## **6. Vigencia de las disposiciones**

Finalmente, dentro de esta breve introducción a aspectos propios del régimen disciplinario para la Policía Nacional, conviene hacer algunas anotaciones respecto a las nuevas normas que han entrado en vigencia y al tránsito de legislación que ellas ocasionan.

Como ya se señaló, la ley 1015 de 2006 entró en vigencia a partir del 8 de mayo. Esto significa que las faltas cometidas con anterioridad a esa fecha, en la parte sustantiva, deben estar referidas a los tipos disciplinarios previstos en el Decreto 1798 de 2000.

Sin embargo, para que se puedan aplicar sanciones por tales conductas, las mismas deben seguir siendo falta en las nuevas disposiciones. Así, por ejemplo, en el numeral 7 del artículo 37 del Decreto 1798 (legislación anterior), estaba previsto como falta disciplinaria gravísima privar ilegalmente de la libertad a una persona. En la nueva ley (1015), figura en el numeral 1 del artículo 34 esa misma falta, considerada también gravísima.

En esas condiciones, al continuar siendo considerada falta gravísima, se puede seguir adelantando la investigación que se originó por conducta cometida en fecha anterior al 8 de mayo y se puede fallar imponiendo la destitución, si ello corresponde.

Respecto de conductas cometidas antes del 8 de mayo indicado, tipificadas en el anterior estatuto, que ahora no aparecen en el nuevo, se presentan dos situaciones: la primera, si se trata de conductas relacionadas con asuntos administrativos de los que son comunes a todos los servidores públicos, como el caso de las faltas tipificadas en materia de contratación, que ahora no aparecen en la nueva ley, al igual que las violaciones a derechos humanos o

infracciones al DIH, conductas que estaban tipificadas en la anterior normatividad y ahora no aparecen en la nueva, las que estaban catalogadas como faltas gravísimas.

En estos casos, es claro que la intención del legislador no fue la de retirar esas normas del ordenamiento y menos eliminarlas como causa de sanción. En consecuencia, se deben continuar investigando y fallarse, para cuyo efecto resulta necesario hacer una integración normativa, y por virtud del artículo 21 de la ley 1015, remitirse a la ley 734 de 2002. No obstante, se considera que en estas condiciones no se puede hacer más gravosa la sanción y si en el régimen especial para la policía por estas faltas figuraba una sanción que resulta ser menos penosa, como por ejemplo la inhabilidad, que estaba prevista en su estatuto especial hasta por un máximo de 5 años, ese debe ser la máxima que se puede imponer, y no la de 10 a 20 años que trae la ley 734, por resultar más gravosa para el sancionado.

En cada caso será necesario examinar las normas aplicables para entrar a resolver cuales son las disposiciones aplicables, respetando de todas maneras el principio de la favorabilidad.

El otro caso que se puede presentar es el de aquellas conductas que estaban tipificadas en la anterior legislación, propias de la función de policía. En estos eventos es necesario determinar si la falta se conserva como tal, en cuyo caso será necesario remitirse a las nuevas disposiciones. En caso de que no aparezca una conducta similar dentro de su estatuto especial, siguiendo ese mismo artículo 21 de la ley 1015, será necesario remitirse a las disposiciones generales que rigen para todos los servidores públicos, en donde figuren normas que tipifiquen en similares términos tales conductas y con base en ellas imponer las sanciones a que haya lugar.

En relación con conductas, que no estaban reguladas en la anterior legislación, las mismas solo pueden ser materia de investigación y de sanción por hechos ocurridos con posterioridad al 8 de mayo referido.

Respecto del procedimiento, no se debe olvidar que era el previsto en la ley 734 de 2002, el cual no ha sufrido ninguna modificación, por lo que los expedientes se deben continuar tramitando en las mismas condiciones en que se venía haciendo. La única variación se presenta al interior de la propia policía, donde por razón de la reorganización de sus oficinas de control disciplinario interno, los procesos en donde se hubiera proferido pliego de cargos, se continúan tramitando conforme estaba previsto en la legislación anterior.

## BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- Ballén, Rafael. Derecho administrativo disciplinario. Editorial Temis, Bogotá, 1998, 273 pag.
- Barreto Ardila, Hernando. Principios y normas rectoras de la ley disciplinaria. Procuraduría General de la Nación, Instituto de estudios del Ministerio público. Imprenta Nacional, Bogotá, 1999, 177 pág.
- Brito Ruiz, Fernando. El procedimiento disciplinario de los servidores públicos. Editorial Leyer, Bogotá, 2006, 153 pág.
- La función pública y el derecho disciplinario. Colección derecho disciplinario. Procuraduría General de la Nación, Instituto de estudios del Ministerio público. Imprenta Nacional. Bogotá, 2002, 76 pág.
- Régimen disciplinario. Aspectos constitucionales y legales. Instituto de estudios del Ministerio Público. Procuraduría General de la Nación. Colección derecho disciplinario. No. 2. Imprenta Nacional. Bogotá, 2003. 134 pág.
- Código disciplinario único. Doctrina de la Procuraduría General de la Nación, Jurisprudencia de la Corte Constitucional. Imprenta Nacional, Bogotá, 2005. 532 pág.
- Derechos Humanos. Recopilación de instrumentos internacionales. Naciones Unidas. Publicación de las UN. Génova, Italia, 2004. 2 tomos.
- Derechos humanos y derecho internacional humanitario. Manual de calificación de conductas violatorias. Naciones Unidas, Defensoría del pueblo, Unión Europea. Oficina en Colombia del Alto comisionado de las UN para los derechos humanos, Bogotá, 2004, 2 tomos.
- Gaceta disciplinaria. Procuraduría General de la Nación, Instituto de estudios del Ministerio público. Imprenta Nacional, Bogotá 2005, 3 tomos.
- Gómez Pavajeau, Carlos A. La relación especial de sujeción como categoría dogmática superior del derecho disciplinario. Colección derecho disciplinario No 5, Procuraduría General de la Nación, Instituto de estudios del Ministerio Público, Imprenta Nacional, Bogotá, 2003, 104 pág.
- . Dogmática del derecho disciplinario. Universidad Externado de Colombia. 2ª edición, Bogotá, 2002, 422 pág.
- Maya Villazón, Edgardo José. Jurisprudencia disciplinaria. Primera parte. Colección derecho disciplinario No 4. Procuraduría General de la Na-

- ción, Instituto de estudios del Ministerio público, Imprenta Nacional, Bogotá, 2003, 275 pág.
- Molano L, Mario Roberto. Las relaciones de sujeción especial en el Estado social. Colección derecho disciplinario No 9. Procuraduría General de la Nación, Instituto de estudios del Ministerio Publico, Imprenta Nacional, Bogotá, 2005, 122 pág.
- Nieto, Alejandro. Derecho administrativo sancionador. Editorial Tecnos, 2ª edición. Madrid, 2000, 494 pág.
- Osteau de Lafont Pianeta, Rafael. Naturaleza jurídica del derecho disciplinario. Procuraduría General de la Nación, Instituto de estudios del Ministerio público. OP Editorial, Bogotá, 1998, 67 pág.
- Parra Gutierrez, William René. Derecho administrativo disciplinario. Ediciones Librería del profesional, Tercera edición, Bogotá, 2001, 485 pág.
- Reyes Cuartas, José Fernando. Dos estudios de derecho sancionador estatal. Colección derecho disciplinario No 3. Procuraduría General de la Nación, Instituto de estudios del Ministerio público. Imprenta Nacional, Bogotá, 2003, 190 pág.
- Rodríguez Moreno, Rafael. Derecho administrativo disciplinario. Jurídica Radar ediciones. Bogotá, 1996, 404 pág.
- Rojas Betancourt, Danilo. Hermenéutica y principios rectores de la ley disciplinaria. Procuraduría General de la Nación, Instituto de estudios del Ministerio público. Central de artes gráficas, Bogotá, 1998, 157 pág.
- Suárez Sánchez, Alberto. El debido proceso disciplinario. Procuraduría General de la Nación, Instituto de estudios del Ministerio público. Central de artes gráficas, Bogotá, 1998, 84 pág.

## SENTENCIAS CONSULTADAS

### **Corte Constitucional**

- Sentencia C-024 de 1994.  
Sentencia C-444 de 1995.  
Sentencia C-244 de 1996.  
Sentencia C-088 de 1997.  
Sentencia C-310 de 1997.  
Sentencia C-057 de 1998.  
Sentencia C-199 de 1998.

Sentencia C-620 de 1998.  
Sentencia C-087 de 2000.  
Sentencia C-110 de 2000.  
Sentencia C-1444 de 2000.  
Sentencia C-712 de 2001.  
Sentencia C-155 de 2002.  
Sentencia C-492 de 2002.  
Sentencia C-037 de 2003.  
Sentencia C-656 de 2003.  
Sentencia C-014 de 2004.  
Sentencia C-107 de 2004.

**LIBRO TERCERO**  
**PROCESAL DISCIPLINARIO**



## APUNTES SOBRE LA FORMULACIÓN DE CARGOS POR FALTAS DISCIPLINARIAS REFERIDAS A LA CONTRATACIÓN ESTATAL

Por: MARÍA CECILIA M'CAUSLAND\*

**L**a decisión de cargos constituye una de las más importantes providencias que se profieren en el proceso disciplinario, en cuanto en ella se realizan las imputaciones al investigado y, en consecuencia, se determina el objeto del proceso; con fundamento en su contenido, entonces, se presentarán los argumentos de defensa de aquél, se evaluará la conducencia, utilidad y pertinencia de las pruebas y se proferirá el fallo respectivo. Así, de su correcta elaboración depende, en gran medida, el respeto a las garantías procesales y, por lo mismo, la validez de la actuación.

En ese sentido, la Corte Constitucional, en sentencia T-418 del 28 de agosto de 1997, expresó:

El auto de formulación de cargos es una providencia de trámite que sienta los cimientos sobre los cuales se edifica el proceso disciplinario destinado a establecer la responsabilidad disciplinaria del inculpado, de modo que el órgano titular del poder disciplinario fija en aquella el objeto de su actuación y le señala al imputado, en forma concreta, cuál es la falta disciplinaria que se le endilga a efecto de que pueda ejercer su derecho de defensa.

Teniendo en cuenta lo anterior, así como la especialidad que reviste la contratación estatal, se ha considerado necesario presentar estas breves reflexiones sobre la formulación de cargos referidos a las faltas cometidas en relación con dicha materia. Se hará referencia, en primer lugar, a la regulación legal del tema; luego, a la estructura misma de la providencia de cargos, formu-

---

\* Procuradora Primera Delegada para la Contratación Estatal.

lando algunas sugerencias para el efecto, y, finalmente, a algunos aspectos que, en nuestra opinión, deben ser tomados en consideración para elaborar la providencia aludida cuando se trata de faltas cometidas en el ámbito de la contratación estatal, para evitar errores comunes.

## 1. La regulación legal de la formulación de los cargos

Conforme a lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 156 del código disciplinario único, contenido en la ley 734 de 2002, vencido el término de la investigación, el funcionario de conocimiento la evaluará y adoptará la decisión de cargos, si se reúnen los requisitos legales para ello, o, en caso contrario, ordenará el archivo de las diligencias. Estos requisitos están previstos en el artículo 162 de la misma ley, según el cual se formularán cargos cuando esté objetivamente demostrada la falta y exista prueba que comprometa la responsabilidad del investigado. Cuando está ausente alguno de ellos y el término de la investigación se encuentra vencido, se impone al investigador disponer el archivo del proceso; así lo establece el artículo 164 siguiente.

Se encuentra aquí, entonces, un primer elemento que determina la validez de la providencia de cargos, dado que la misma no podrá expedirse si, en el curso de la investigación, no ha podido determinarse que esos requisitos se cumplen. Esto es, además, coherente con lo dispuesto en el artículo 153 de la citada ley, que establece la finalidad de esta etapa del proceso disciplinario.

También, al respecto, se pronunció, en los siguientes términos, la Corte Constitucional, en la sentencia C-418 de 1997, ya citada, refiriéndose al artículo 150 de la ley 200 de 1995, cuyo contenido era muy similar al del actual artículo 162 de la ley 734 de 2002:

Quando se formulen cargos dentro de un proceso disciplinario es necesario atender las exigencias del art. 150 de la Ley 200 de 1995, en el sentido de que dentro del informativo se demuestre objetivamente la falta mediante pruebas legalmente admisibles y allegadas al proceso con las debidas formalidades. Con estas cautelas se busca evitar la arbitrariedad de los titulares del poder disciplinario en la adopción de las providencias que hacen imputaciones concretas de responsabilidad disciplinaria a un servidor público.

De acuerdo con el artículo 163 del mismo código, la decisión de cargos debe tener el siguiente contenido:

1. La descripción y determinación de la conducta investigada, con indicación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se realizó.
2. Las normas que se consideran violadas y el concepto de la violación. Se debe concretar la modalidad específica de la conducta.

3. La identificación del autor o autores de la falta.
4. La denominación del cargo o la función desempeñada en la época de comisión de la conducta.
5. El análisis de las pruebas que fundamentan cada uno de los cargos formulados.
6. La exposición fundada de los criterios tenidos en cuenta para determinar la gravedad o levedad de la falta, de conformidad con lo señalado en el artículo 43 del CDU.
7. La forma de culpabilidad.
8. El análisis de los argumentos expuestos por los sujetos procesales.

Así, la presentación y el análisis de cada uno de estos aspectos, en el auto de cargos, resulta de gran importancia para garantizar la validez del mismo y, por lo tanto, de la actuación posterior. A la forma en que deben hacerse aquéllos, nos referiremos en el siguiente acápite de este ensayo.

Debe advertirse, en todo caso, que, cuando se yerra en la calificación jurídica efectuada en la decisión de cargos, ésta podrá ser variada, antes del fallo de primera instancia, conforme a lo previsto en el artículo 165, último inciso, del CDU, mediante decisión que debe ser notificada en la misma forma del pliego de cargos, lo que supone, además, en todos los casos, otorgar al investigado un término prudencial para solicitar y practicar pruebas, que no podrá exceder la mitad del fijado para la actuación original<sup>1</sup>. La misma situación se presentará cuando la variación indicada sea necesaria, en virtud de la existencia de una prueba sobreviniente.

Finalmente, debe advertirse que, cuando se trata de un procedimiento verbal, los cargos, formulados de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 162 del CDU, deben estar contenidos en el auto de citación a audiencia. Al respecto, compartimos lo planteado por el profesor José Fernando Reyes Cuartas, en los siguientes términos:

Esclarecido que el asunto ha de tramitarse por el procedimiento verbal, así ha de consignarse por escrito. En ese mismo auto en el cual se decide adoptar tal procedimiento, debe citarse a audiencia. El art. 177 otorga dos días al implicado para que rinda las explicaciones “sobre las circunstancias” de la

---

<sup>1</sup> La norma original indicaba que el término para solicitar y practicar pruebas sólo se concedería en caso “de ser necesario”. Esta expresión, sin embargo, fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional, en sentencia C-1076 de 2002, reiterada en sentencia C-037 de 2003.

comisión del hecho disciplinable investigado. Esos dos días transcurrirán entre la citación a audiencia y la celebración de esta. En la audiencia el investigado podrá aportar y solicitar pruebas.

Esto quiere decir que el auto de citación a audiencia debe esbozar ya los cargos sobre los cuales se rendirán explicaciones. De lo contrario, sería menester que en la audiencia los mismos se precisaran de manera definitiva, pero por lealtad procesal la audiencia deberá suspenderse para que el disciplinado rinda los descargos, solicite y aporte pruebas, etc. En conclusión, lo más conforme con la redacción de la norma es elaborar los cargos en el propio auto de citación a audiencia.<sup>2</sup>

## **2. La estructura de la decisión de cargos. Sugerencias**

Con base en lo establecido en las normas mencionadas en el numeral anterior y con el fin de garantizar que la decisión de cargos cumpla los requisitos de contenido en ellas previstos, hemos considerado que puede sugerirse su elaboración siguiendo la estructura básica que a continuación se presenta, la cual, en nuestra opinión, permite formular la imputación de manera suficientemente clara y completa y facilita al investigado el ejercicio de su derecho a la defensa.

Tal estructura sería la siguiente:

### **2.1. Presentación de antecedentes**

Consideramos que resulta útil hacer una breve presentación del origen del proceso, esto es, de la queja, el informe del servidor público o el contenido de la información pública que hubiera dado lugar al inicio de la actuación. Igualmente, de las decisiones de apertura de indagación preliminar e investigación y de los argumentos de defensa expuestos por el investigado en su versión libre, en memoriales presentados en el curso de esas etapas o, incluso, tácitamente, mediante la aportación de documentos u otras pruebas.

Adicionalmente, se considera prudente dejar constancia de la notificación del auto de apertura de indagación preliminar—cuando ella se haya cumplido contra una persona identificada, desde su inicio o por virtud de su vinculación posterior dentro del término dispuesto para adelantarla— y de investigación disciplinaria. Esto permite verificar que se ha dado al investigado la

---

<sup>2</sup> “El nuevo Código Disciplinario Único, consideraciones marginales para su entendimiento”. Ensayo publicado en “Dos estudios de derecho sancionatorio estatal”, Procuraduría General de la Nación, Instituto de Estudios del Ministerio Público, Colección Derecho Disciplinario, No. 3, Bogotá, agosto de 2003, p. 92 y 93.

oportunidad de defenderse en el curso de dichas etapas procesales y que el proceso, hasta el momento, se ha desarrollado válidamente.<sup>3</sup>

También es recomendable incluir una breve consideración sobre la competencia del funcionario para conocer el proceso, dado que, si bien sólo genera nulidad la incompetencia para fallar<sup>4</sup>, debe tratar de garantizarse el cumplimiento de las normas del decreto 262 de 2002, que prevén la distribución de funciones disciplinarias al interior de la Procuraduría General de la Nación.

## 2.2. Identificación del investigado

Deben incluirse los siguientes datos respecto de la persona investigada, y es recomendable hacer referencia a las pruebas respectivas:

2.2.1. Nombre completo e identificación (cédula de ciudadanía)

2.2.2. Nombre del cargo en ejercicio del cual realizó la conducta imputada. Esto supone distinguir, en algunos casos, entre el puesto que ocupa la persona en propiedad y aquél que ocupa en encargo. Así, por ejemplo, si se trata de una falta cometida por un secretario de planeación, al suscribir un contrato, en su condición de alcalde encargado, será relevante hacer referencia a esta última situación y mencionar las pruebas que obren en el expediente y que den cuenta del encargo. Lo anterior, dadas las diferentes funciones asignadas a cada uno de los servidores públicos y la necesidad de indicar cuáles cumplía en el momento de cometer la falta, a fin de precisar, de igual manera, qué deberes incumplió o qué prohibiciones desconoció.

2.2.3. Tiempo de servicio en el cargo. Al respecto, deben tenerse en cuenta las observaciones que acaban de hacerse, en relación con la distinción que puede resultar necesaria, en algunos casos, entre el puesto ocupado en propiedad y el desempeñado en encargo, de modo que resultará relevante

<sup>3</sup> Debe anotarse, sin embargo, que, en nuestra opinión, cuando, luego de evaluar la investigación, se considera procedente ordenar el archivo de las diligencias, y estas no se han iniciado en virtud de queja formulada por una persona identificada –sino por un anónimo, por informe de un servidor público o de oficio–, no tendrá implicaciones, respecto de la validez de la actuación, el hecho de que la apertura de indagación preliminar y/o de investigación disciplinaria no se haya notificado a la persona vinculada al proceso, dado que la decisión definitiva la beneficiará y contra ella no procederá recurso alguno. Sería pertinente tener en cuenta, en ese caso, lo dispuesto en el artículo 310, numeral 1, del código de procedimiento penal (ley 600 de 2000), aplicable en materia disciplinaria en virtud del párrafo del artículo 143 del CDU. En efecto, el acto procesal habría cumplido su finalidad y no se violaría el derecho de defensa del investigado.

<sup>4</sup> Cfr., artículo 143, numeral 1º del CDU, y sentencias C-024, C-191 y C-1076 de 2002, expedidas por la Corte Constitucional.

precisar el tiempo de servicio en el empleo en ejercicio del cual se cometió la falta.<sup>5</sup>

Si se trata de un particular disciplinable, por el hecho de cumplir funciones públicas, deberá establecerse qué tipo de vinculación tiene o tuvo el mismo con la entidad correspondiente, qué tipo de funciones públicas cumplía cuando cometió la falta y el período durante el cual las cumplió. Para este efecto, consideramos que resulta necesario incluir la argumentación que sirva de fundamento para concluir que la persona investigada tiene el carácter de sujeto disciplinable; al respecto, deberán tenerse en cuenta lo previsto en el artículo 53 del CDU y, muy especialmente, las precisiones formuladas por la Corte Constitucional en la sentencia C-037 de 2003.<sup>6</sup>

### **2.3. Descripción de la conducta imputada**

Debe describirse la acción o la omisión que haya dado lugar a la comisión de la falta disciplinaria y, para ello, deben indicarse las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se hubiere realizado dicha acción o presentado la omisión.

En nuestra opinión, con el fin de dar claridad a la imputación formulada, en algunos casos, es importante distinguir entre la conducta y su tipificación, dado que ésta podrá ser general y aquélla concreta. Inclusive, consideramos que, eventualmente, podría resultar recomendable presentar estos dos aspectos en acápite separados.

Así, por ejemplo, la selección de un contratista sin adelantar previamente una licitación pública será la conducta que deba imputarse, cuando este procedimiento sea el aplicable, teniendo en cuenta la cuantía del contrato por celebrar, mientras que la tipificación se hará, al calificar la falta, con fundamento en el artículo 48, numeral 31, del CDU, que se refiere a la participación en la etapa precontractual o en la actividad contractual, con

<sup>5</sup> Esto puede, igualmente, tener implicaciones respecto de la determinación de la fecha a partir de la cual debe comenzar a contarse el término de prescripción de la acción disciplinaria, especialmente cuando se trata de conductas omisivas de carácter continuado, como ocurriría, por ejemplo, en el caso en que la falta cuestionada estuviera referida al incumplimiento de los deberes de vigilar la ejecución de un contrato estatal o de la obligación de liquidarlo.

<sup>6</sup> En materia de contratación estatal, si bien no cabe duda alguna sobre el carácter disciplinable de los interventores, cuando estos son particulares vinculados a la entidad estatal en virtud de contratos de consultoría –por disponerlo así, expresamente, el artículo 53 del CDU–, son comunes las discusiones en relación con otro tipo de contratistas, respecto de los cuales se deberá hacer el análisis de la situación concreta en cada caso, y con quienes prestan sus servicios en las sociedades de economía mixta. Sobre este último tema, se ha pronunciado la Procuraduría Primera Delegada para la Contratación Estatal, en fallo del 30 de junio de 2006, proferido en el proceso radicado con el número 021-67348.

desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal, dado que uno de ellos es el de transparencia, desarrollado, en cuanto resultaría pertinente para el caso concreto, en el artículo 24, numeral 1, literal a), de la ley 80 de 1993.

En otros casos, en cambio, la descripción de la conducta podrá coincidir con su tipificación, como cuando se trata de la participación en la etapa precontractual o en la actividad contractual, en detrimento del patrimonio público. En efecto, esta podría ser la conducta imputada, que deberá presentarse precisando, por ejemplo, el contrato de que se trata, sus partes, su objeto, la fecha en que fue celebrado, entre otros datos que se consideren necesarios, y coincidirá, perfectamente, con la tipificación de la misma, contenida, también, en el numeral 31 del artículo 48 citado.

Debe advertirse que, en materia de contratación estatal, la descripción de la conducta atribuida al investigado supone tener conocimiento sobre las distintas etapas que tiene el proceso contractual y las responsabilidades que cada servidor público –o particular que cumple funciones públicas– asume en su desarrollo. En efecto, la falta de claridad al respecto puede dar lugar a que se formulen cargos, erradamente, contra la persona a la que no correspondía atender el deber incumplido, o contra la persona indicada, pero por una conducta diferente a la que resultaría reprochable, lo que, en últimas, seguramente, obligará a expedir un fallo absolutorio. Al respecto, se harán algunas observaciones en la última parte de este ensayo.

Adicionalmente, sobre el “desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la ley”, que daría lugar a la comisión de la falta tipificada en el numeral citado del artículo 48 del CDU, debe tenerse en cuenta lo decidido por la Corte Constitucional, en sentencia C-818 de 2005, en la que se resolvió declarar exequible dicha expresión, “en el entendido que la conducta constitutiva de la falta gravísima debe ser siempre de carácter concreto y estar descrita en normas constitucionales de aplicación directa o en normas legales que desarrollen esos principios”. Así, en principio, en cuanto a dicha falta se refiere, la tipificación no podrá efectuarse recurriendo, de modo directo, a normas reglamentarias o, en general, a normas de jerarquía inferior a la de la ley. En efecto, en dicha providencia se expresó:

(...) De acuerdo con lo expuesto, para convalidar el señalamiento de un ‘principio’ como descriptor de un comportamiento constitutivo de falta contra la debida preservación de la función pública, es necesario acreditar (i) que la infracción disciplinaria a pesar de tener su origen en un principio, se desarrolla conforme a una norma constitucional de aplicación directa, como

sucede, por ejemplo, en las hipótesis previstas en los artículos 126 y 268 del texto superior, el primero, que para garantizar el principio de moralidad pública prohíbe el nepotismo, y el segundo, que para lograr el mismo fin prohíbe a los congresistas dar recomendaciones a fin de proveer empleos en la Contraloría General de la República; (ii) o que a pesar de la, generalidad del principio, este se puede ‘concretar’ acudiendo a la técnica del tipo en blanco que les permita a los sujetos disciplinables, conocer de manera clara e inequívoca, los comportamientos reprochables, a partir de la incorporación o remisión legislativa a una disposición de rango legal. No es posible acudir a normas de inferior jerarquía, pues se degradaría la garantía esencial que el principio de reserva de ley entraña, cual es, asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad y de otros derechos fundamentales reconocidos a las personas, como lo son el derecho al trabajo y al debido proceso, dependan exclusivamente de la voluntad de sus representantes.

De admitirse que una norma distinta a la ley permita la complementación de los principios para la definición de las faltas disciplinarias, llegaríamos al absurdo que además de la generalidad del principio, y de la ausencia de ley, las conductas sancionables terminen siendo descritas por reglamentos o normas de menor entidad. Así las cosas, esta corporación concluye que solamente en aquellos casos en que sea posible la concreción de un principio a través de disposiciones de rango legal o de preceptos constitucionales de aplicación directa, se satisface los principios constitucionales que rigen en el derecho punitivo del Estado, y especialmente, en el derecho disciplinario.

Por último, en el caso en que sean varias las conductas objeto de cuestionamiento, se sugiere separarlas, con el fin de evitar una formulación confusa de los cargos y permitir, en el fallo, la evaluación de la existencia de los eventos de concurso, si fuere procedente.

#### **2.4. Identificación de las normas violadas**

Es necesario precisar cuáles fueron las disposiciones normativas que resultaron vulneradas como consecuencia de la realización de la conducta atribuida. Este ejercicio debe hacerse con mucha precisión, con el fin de garantizar el entendimiento, por parte del investigado, de la imputación que se le hace y, por lo tanto, su derecho de defensa.

Lo anterior cobra especial relevancia en materia de contratación estatal, dado que, en muchas ocasiones, será imprescindible hacer referencia explícita al numeral, literal o inciso de la norma pertinente, con el fin de que la imputación resulte suficientemente clara. Así, por ejemplo, sería inapropiado indicar, como norma violada, el artículo 25 de la ley 80 de 1993, cuando la falta

consiste en la violación del principio de economía, sin precisar cuál de sus numerales fue vulnerado en el caso concreto. En efecto, la aplicación del principio de economía tiene múltiples consecuencias, de modo que su desconocimiento puede producirse de distintas maneras, algunas de las cuales podrían ser las siguientes: por la extensión indebida de los términos de la licitación pública –caso en el cual sería necesario citar el numeral 1º y, posiblemente, el numeral 4º, además, claro está, del numeral respectivo del artículo 30 de la misma ley 80, que regula expresamente dichos términos–, por la apertura del proceso de selección sin que existan las correspondientes partidas o disponibilidades presupuestales –caso en el cual debería citarse el numeral 6º–, por la iniciación del proceso de selección sin realizar los respectivos estudios de conveniencia del objeto a contratar o sin obtener las aprobaciones previas necesarias para ello –caso en el cual tendría que citarse el numeral 7º–.

Es posible que, en este acápite, se citen, además de las normas específicas de contratación que sean aplicables, las disposiciones que tipifican la falta, como sucederá, por ejemplo, cuando la conducta realizada supone el incumplimiento de deberes o la violación de prohibiciones, pues las normas que los consagran también resultarán violadas.

Así, en el evento en que un servidor público incumple su deber de liquidar un contrato estatal, además de citarse los artículos 60 y 61 de la ley 80 de 1993, que establecen los términos en que debe ser cumplido aquél, será necesario indicar, como violados, el artículo 34, numerales 1º y 2º, del CDU, que se refieren, en su orden, al deber de cumplir las obligaciones previstas en las leyes, y al de cumplir, con diligencia, eficiencia e imparcialidad, el servicio encomendado.

Cuando se trata, en cambio, de faltas gravísimas, por lo general, la norma que las tipifica –que debe citarse, en todo caso, al calificar la falta– no constituirá una norma violada. En efecto, quien, por ejemplo, declara la caducidad de un contrato estatal, sin que se presenten las causales previstas en la ley para ello, no vulnera el artículo 48, numeral 32, del CDU, sino que incurre en la falta tipificada en él. Las normas violadas serán aquéllas que regulan la declaración de caducidad del contrato –artículo 18 de la ley 80 de 1993, entre otras–. Por lo demás, en nuestra opinión, nada obsta para que, en estos casos, se citen, adicionalmente, como violados, los numerales que resulten pertinentes de los artículos 34 y 35 del mismo código, referidos a los deberes y las prohibiciones de los servidores públicos.

En relación con la identificación de las disposiciones violadas, en materia de contratación estatal, es necesario ser muy cuidadosos al determinar el régi-

men del contrato de que se trate. En efecto, es claro que algunas entidades estatales, no obstante su calidad de tales y el carácter disciplinable de sus servidores, no se rigen, en dicha materia, por la ley 80 de 1993, ni sus decretos reglamentarios. Por tal razón, resulta de vital importancia investigar, suficientemente, cuáles son las disposiciones con fundamento en las cuales se adelantan los procesos contractuales en la entidad respectiva, a fin de evitar la indicación, en el pliego de cargos, de normas inaplicables y poner en peligro la validez de la providencia y de la actuación que, con fundamento en ella, se adelante con posterioridad.

## **2.5. El concepto de la violación**

Este aspecto, de vital importancia en la decisión de cargos, debe contener el análisis de las razones por las cuales se considera que, con la realización de la conducta imputada, el investigado ha incurrido en violación de las normas indicadas en el acápite anterior. Para el efecto, en nuestra opinión, es recomendable efectuar, en este momento, la correspondiente evaluación probatoria y, si es el caso, estudiar los argumentos que aquél ha presentado en el curso de la actuación, hasta ese momento.

Teniendo en cuenta los requisitos previstos en el artículo 162 del CDU para que resulte procedente la formulación de cargos, consideramos que el concepto de la violación debe estar dirigido a establecer no sólo la existencia objetiva de la falta, sino a determinar las razones por las cuales ella puede imputarse al investigado. En ese sentido, cuando se trata de faltas disciplinarias cometidas en el ámbito de la contratación estatal, será de gran importancia identificar las responsabilidades que tenía aquél en el proceso contractual, así como las conductas que, en virtud de ellas y dadas las condiciones propias de la situación concreta de que se trate, le eran exigibles. También, al respecto, se harán algunas observaciones en la parte final de este ensayo.

## **2.6. Determinación del grado de culpabilidad**

Este ejercicio debe efectuarse para determinar si la conducta se realizó dolosa o culposamente y, en este último caso, para establecer la graduación de la culpa. Para ello, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el parágrafo del artículo 44 del CDU, según el cual habrá culpa gravísima cuando se incurra en la falta por ignorancia supina, desatención elemental o violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento, y culpa grave cuando se incurra en falta por inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones.

## 2.7. Calificación de la falta

Como lo precisa el doctor Reyes Cuartas, en el texto antes citado, “[e]l giro “calificación de la falta disciplinaria” alude al fenómeno jurídico propio del *ius puniendi* del encuadramiento típico.”<sup>7</sup>

Cuando se trata de faltas referidas al incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones o de violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, la tipificación de la falta deberá hacerse citando el artículo 23 del CDU, que define ésta última, así como los numerales pertinentes de los artículos 33 a 40 del mismo código, según el caso.

Cuando se trate de faltas gravísimas, su tipificación deberá efectuarse citando el numeral respectivo del artículo 48 del CDU, que las prevé de manera taxativa.

Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que, conforme al artículo 43, numeral 9, del mismo código, la realización típica de una falta objetivamente gravísima cometida con culpa grave será considerada grave. Así, es claro que sólo podrán calificarse como gravísimas las faltas previstas en el primer artículo mencionado, cuando, al determinar el grado de culpabilidad, se ha establecido que las mismas han sido cometidas con dolo o con culpa gravísima.<sup>8</sup>

Las demás faltas –graves y leves– se calificarán de acuerdo con el mismo artículo 43, teniendo en cuenta los criterios que allí mismo se establecen, en sus numerales 1 a 8.

Las faltas gravísimas que podrían cometerse en el ámbito de la contratación estatal están tipificadas en los numerales 1, 22, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 41 y 51.<sup>9</sup> En relación con algunos de ellos, se considera pertinente formular algunas observaciones, que podrían ser útiles para realizar la tarea de calificación de la falta.

Así, por ejemplo, es importante anotar que, si bien, con fundamento en el numeral primero –que se refiere a la realización objetiva de una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, cuando

<sup>7</sup> Cit, p. 48.

<sup>8</sup> Por esa razón, se considera recomendable estudiar, antes de la calificación de la falta, el grado de culpabilidad, como se sugiere en este ensayo.

<sup>9</sup> Respecto de la tipificación de las faltas disciplinarias, en materia de contratación estatal, se sugiere la revisión del ensayo elaborado por la misma autora de este escrito, como texto de apoyo para las jornadas de capacitación de servidores públicos de las entidades territoriales, llevadas a cabo por la Procuraduría General de la Nación durante el año 2005. Este ensayo, denominado “La tipificación de las faltas disciplinarias en materia de contratación estatal”, está próximo a publicarse.

se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo,— podría considerarse falta gravísima la intervención en el proceso contractual con violación del régimen legal o constitucional sobre inhabilidades o incompatibilidades, recurriendo al artículo 408 del Código Penal (Ley 599 de 2000), esta tipificación indirecta resulta innecesaria, teniendo en cuenta que la misma conducta se encuentra prevista, como falta disciplinaria, en el numeral 31 del artículo 48 del CDU. Por lo demás, esta última resulta más comprensiva, en cuanto incluye la intervención en la ejecución del contrato celebrado con persona incurso en causal de inhabilidad o incompatibilidad.<sup>10</sup>

Adicionalmente, es pertinente observar que, si bien el numeral 17 del artículo 48 tipifica, como falta gravísima, el hecho de “actuar u omitir, a pesar de la existencia de causales de incompatibilidad, inhabilidad o conflicto de intereses”, cuando se trate de la intervención en el proceso contractual, el numeral aplicable será el 30, por contener una disposición especial; así, en nuestra opinión, resulta inapropiada la invocación de aquel numeral, en estos eventos, para justificar, con fundamento en el artículo 175, inciso 2, del CDU, la aplicación del procedimiento verbal.<sup>11</sup>

De igual manera, debe precisarse que el numeral 22 del artículo 48 alude, en su primera parte, a la celebración de contratos cuando no existe la respectiva apropiación presupuestal o ella es insuficiente. Así, esta situación debe verificarse, en cada caso, para efectuar la adecuación típica con fundamento en aquél, al margen de que se haya expedido o no el correspondiente certificado de disponibilidad presupuestal. La omisión en la obtención previa de este último, en efecto, podría suponer la comisión de una falta distinta.

Sobre este numeral 22, que alude también a la asunción de compromisos que afecten vigencias futuras, sin contar con las autorizaciones pertinentes, así como respecto del numeral 30, que, en su segunda parte, se refiere a la intervención en el proceso contractual, “con omisión de los estudios técnicos, financieros y jurídicos previos requeridos para su ejecución o sin la previa obtención de la correspondiente licencia ambiental”, debe advertirse que se refieren a situaciones que suponen la vulneración del principio de economía,

<sup>10</sup> Al respecto, debe precisarse que la celebración de contratos con personas incurso en causales de inhabilidad o incompatibilidad es causal de nulidad absoluta de los contratos estatales, conforme al artículo 44, numeral 1, de la Ley 80 de 1993, y que, en el evento en que el contrato respectivo ya se haya celebrado, el representante legal de la entidad está obligado a darlo por terminado, mediante acto administrativo debidamente motivado, y a ordenar su liquidación, según lo prevé el artículo 45, inciso segundo, de la misma ley. Así, en el caso concreto, si fuere ésta la situación objeto de reproche, deberán citarse, como violadas, estas dos disposiciones.

<sup>11</sup> Al respecto, se ha pronunciado la Procuraduría Primera Delegada para la Contratación Estatal, en fallo del 18 de octubre de 2005, expediente 089-2757/05.

que rige la contratación estatal, conforme al artículo 25, numerales 7 y 12 de la ley 80 de 1993. Por tal razón, en principio, la tipificación podría efectuarse, cuando de la ausencia de tales apropiaciones, autorizaciones, estudios o licencia se trate, con fundamento en aquellos numerales, o también, en el numeral 31 siguiente. Sin embargo, en nuestra opinión, en tales eventos, resultaría más apropiada la invocación de los primeros, esto es, el 22 o el 30, según el caso, dada su referencia específica a los requisitos indicados.

Debe insistirse en que la conducta tipificada en los numerales 22 y 30 está comprendida en la del numeral 31, que resulta más amplia, por lo cual, de ninguna manera, resultaría procedente concluir, en un caso concreto, que se ha incurrido en las faltas tipificadas los numerales 22 y 31 –cuando la violación del principio de economía se ha producido, únicamente, en virtud de alguna de las situaciones planteadas en el principio ha sido el resultado de la situación prevista en la segunda parte del numeral 30–, para indicar, con fundamento en el artículo 47 del CDU, que, con una misma acción u omisión, se infringieron varias disposiciones de la ley disciplinaria. De otro modo, se sancionaría doblemente, de modo indebido, una misma conducta.

## **2.8. Análisis de los argumentos del investigado**

En el evento en que no se hubieren analizado todos los argumentos expuestos por el investigado, en el acápite referido al concepto de la violación, estos deben ser estudiados separadamente. Para ello, deberán presentarse dichos argumentos, de manera clara y completa, y las consideraciones con base en las cuales se considera que los mismos no son atendibles, o lo son parcialmente, por ejemplo, según el caso.

Al respecto, es importante verificar si se han alegado, expresa o tácitamente, las causales de exclusión de responsabilidad disciplinaria, previstas en el artículo 28 del CDU. Sobre algunas de ellas, se ha pronunciado la Procuraduría Primera Delegada para la Contratación Estatal, en providencias del 3 de agosto, 23 de septiembre y el 21 de octubre de 2005 y 22 de marzo y 14 de junio de 2006, expedidas en los procesos 089-2845, 021,71590, 025-102197, 078-3746 y 154-67690, respectivamente.

## **2.9. Otras decisiones**

Al evaluar la investigación disciplinaria, puede resultar necesario adoptar decisiones adicionales a la de formulación de cargos. Estas decisiones deben estar debidamente sustentadas en las pruebas del proceso. Entre ellas, se mencionan las siguientes:

2.9.1. Es posible que, en la misma providencia en la que se formulan cargos contra una o varias personas, sea necesario ordenar el archivo de las diligencias respecto de otros investigados o de otras conductas objeto del proceso. Esta situación se presentará, según el artículo 164 del CDU, en los casos previstos en los artículos 73 y 156, inciso tercero, del mismo código, esto es, en cuanto al primero, cuando el hecho no existió, la conducta no constituye falta disciplinaria, el investigado no la cometió, existe una causal de exclusión de responsabilidad o la actuación no podía iniciarse o proseguirse (esto último sucederá, por ejemplo, cuando la acción está prescrita, la persona vinculada al proceso ha muerto o no tiene la condición de sujeto disciplinable, o cuando debe darse aplicación al principio de ejecutoriedad) y, en cuanto al segundo, cuando no se reúnan los requisitos para formular cargos, porque, agotada la investigación disciplinaria, no se ha obtenido prueba objetiva de la falta o prueba que comprometa la responsabilidad del investigado.

En este evento, es importante tener en cuenta que, si la actuación se inició con fundamento en una queja y su autor ha aportado datos que permitan localizarlo, se le debe comunicar la decisión de archivo parcial de la actuación, indicándole su derecho a recurrirla, el término dentro del cual puede interponer el recurso y la autoridad que conocerá del mismo.

2.9.2. También puede ser necesario, eventualmente, adoptar la decisión de romper la unidad procesal, para que se continúe, en proceso separado, la actuación disciplinaria adelantada contra uno de los investigados. Así, por ejemplo, ello procederá cuando, conforme al artículo 92, numerales 2 y 3, del código de procedimiento penal (ley 600 de 2000), aplicable en materia disciplinaria de acuerdo con el artículo 21 de la ley 734 de 2002, deba decretarse la nulidad parcial de la actuación procesal que obligue a reponer el trámite en relación con una de las personas vinculadas al proceso, o cuando, si bien no ha terminado el período de la investigación disciplinaria, existe mérito para formular cargos contra uno de los investigados, de modo que aquélla deba continuar, únicamente, en relación con los demás. Esto puede implicar, eventualmente, una remisión por competencia, en los casos en que, por ejemplo, la investigación de la persona contra la cual deba continuar la actuación en proceso separado sea competencia de un funcionario diferente, como cuando, atendiendo a la jerarquía de los demás investigados, se asumió, inicialmente, la competencia para investigar a aquélla, a pesar de su rango inferior.

2.9.3. En algunos casos, adicionalmente, será necesario ordenar que se investiguen, separadamente, hechos posiblemente constitutivos de falta disciplinaria, que, si bien fueron advertidos en el curso del proceso, no fueron objeto del mismo. Ello sucederá, por ejemplo, cuando, en virtud de un testimonio recibido en la investigación disciplinaria o un documento aportado en

el curso de la misma, se tiene conocimiento de la realización de conductas que, si bien tienen relevancia disciplinaria, no son conexas con las que son objeto de la actuación. En este evento, deberá ordenarse la compulsa de los apartes pertinentes del expediente, así como su remisión al competente, para que adelante las diligencias pertinentes.

### **3. Algunos aspectos que deben considerarse para formular cargos en materia de contratación estatal**

En la formulación de cargos, en materia de contratación estatal, se advierten problemas de diversa índole, la mayor parte de ellos producto del hecho de no tener en cuenta la normatividad que rige dicha materia y, concretamente, las etapas del proceso contractual y las responsabilidades que surgen para cada servidor público en el desarrollo de las mismas. Esto trae como consecuencia, en muchas oportunidades, la necesidad de declarar la nulidad de la actuación o la imposibilidad de proferir fallos condenatorios. Se presentan, a continuación, las situaciones que, por ser las más recurrentes, se consideran de especial relevancia.

3.1. Formulación de cargos por conductas diferentes a las que realmente son constitutivas de falta disciplinaria y/o contra personas distintas de los verdaderos posibles responsables. Ejemplos:

3.1.1. Caso en que se formulan cargos contra los miembros del comité evaluador, por haber calificado las propuestas de una licitación, con fundamento en criterios no objetivos, previstos en los pliegos de condiciones.<sup>12</sup>

En estos eventos, la falta será, normalmente, atribuible a quienes elaboraron los pliegos de condiciones y, posiblemente, el director del proceso de contratación (jefe de la entidad); a los primeros, por haber incluido en ellos condiciones o reglas de escogencia no objetivas, en contra del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, y al segundo, por haberlos aprobado y, luego de advertir la falla, no haberlos modificado o, en última instancia, por no haber declarado desierta la licitación. Sin embargo, no podría imputarse la conducta mencionada, en principio, a los miembros del comité evaluador, por cuanto estos tienen el deber de analizar y calificar las propuestas, precisamente, de acuerdo con lo previsto en el pliego de condiciones.

3.1.2. Caso en que se formulan cargos al director de una entidad, por haber celebrado el contrato, que había sido adjudicado a una empresa que no tenía las condiciones financieras exigidas a los proponentes, en el pliego.<sup>13</sup>

<sup>12</sup> Ver, al respecto, fallo de la Procuraduría Primera Delegada para la Contratación Estatal, del 29 de julio de 2005, expediente 087-001515-00.

<sup>13</sup> Ver, al respecto, fallo la Procuraduría Primera Delegada para la Contratación Estatal, del 8 de junio de 2005, expediente 156-68332.

Se trata de un evento en el que la propuesta podía ser presentada por una unión temporal o un consorcio, pero, en caso de resultar aquella o este favorecido con la adjudicación, sus miembros debían conformar una empresa de servicios públicos. La falta, realmente, consistió en no haber previsto en el pliego de condiciones que la empresa de servicios públicos que se constituyera para celebrar el contrato, en los eventos en que el proponente fuera una unión temporal o un consorcio, debía tener las condiciones patrimoniales que se exigieron para aquéllos, como proponentes. Sin embargo, dado que ello no se exigió, la adjudicación no podía cuestionarse, y mucho menos la celebración del contrato.

Dicho de otro modo, si bien se pudo cometer una falta disciplinaria, ésta se presentó en la elaboración de los pliegos de condiciones, en cuanto no se incluyó una condición necesaria para garantizar el cumplimiento del contrato, proteger el patrimonio de la entidad contratante y asegurar la igualdad entre los oferentes. Sin embargo, adjudicado el contrato conforme al pliego, el jefe de la entidad no tiene opción distinta de celebrar el contrato, so pena de incurrir en responsabilidad frente al adjudicatario, por lo cual este último hecho no podía ser objeto de cuestionamiento.

3.1.3. Caso en que se formulan cargos por haber declarado la urgencia manifiesta, para atender una emergencia de salubridad pública, a pesar de que, en el caso concreto, con anterioridad, pudo haberse previsto la situación y adelantar el respectivo proceso licitatorio.<sup>14</sup>

En este evento, realmente, la falta consistió en violar el principio de planeación, pero no en haber declarado la urgencia manifiesta ilegalmente. En efecto, en el momento en que se profirió el respectivo acto administrativo, existía una de las condiciones previstas en el artículo 42 de la Ley 80 de 1993, por lo cual el acto es válido y no podría, en consecuencia, cuestionarse su expedición; cosa diferente es que ésta última pueda hacer evidente la existencia de una violación del principio de planeación, en cuanto, de haberse advertido oportunamente la situación, se habría podido adelantar, con tiempo suficiente, la licitación.

## 3.2. Redacción confusa y contradictoria de los cargos. Ejemplos

3.2.1. Caso en que se formulan cargos por no haberse adelantado un proceso licitatorio y, la vez, por no haber seguido el procedimiento previsto para la contratación directa.

<sup>14</sup> Ver, al respecto, fallo la Procuraduría Primera Delegada para la Contratación Estatal, de abril 25 de 2005, expediente 97-1162.

El juzgador disciplinario no puede propiciar errores de interpretación del investigado sobre el cargo formulado, so pena de dificultar el ejercicio de su derecho de defensa y propiciar la configuración de una causal de nulidad. Si, en el caso concreto, debía adelantarse una licitación, no puede cuestionarse el incumplimiento de un determinado trámite de contratación directa. En efecto, no será claro, en tales circunstancias, cuál era el procedimiento debido.<sup>15</sup>

3.2.2. Caso en que se cuestionan, en un solo cargo, varias conductas. Se han encontrado casos en los que la interpretación del cargo se torna muy difícil, dado que se formula contra varios investigados, aludiendo a varios hechos, y no se establece claramente qué conducta puede imputarse a cada uno de ellos.

3.2.3. Caso en que se formulan cargos de manera genérica, indicando, por ejemplo, que se violó el principio de selección objetiva, sin precisar de qué modo se produjo tal violación.<sup>16</sup>

3.3. Formulación de cargos con defectos en la citación de las normas violadas. Ejemplos:

3.3.1. Caso en que se citan normas impertinentes como violadas, como cuando se alude a las disposiciones que regulan la adquisición de bienes necesarios para la defensa y seguridad nacionales, y el objeto del contrato cuestionado era la compra de tanques de agua.<sup>17</sup>

3.3.2. Caso en que se imputa al investigado no haber elaborado estudios previos y, sin embargo, no se citan como violadas las normas relativas a la obligación de hacer tales estudios.<sup>18</sup>

3.3.3. Caso en que se citan, de modo genérico, normas de amplio contenido, sin indicar los numerales o literales que resultan violados, ni los apartes pertinentes de los mismos, como cuando se tipifica la falta en el artículo 48, numeral 31, del CDU, por considerar violado el principio de transparencia, en cuanto se eludió el proceso licitatorio, dividiendo, artificialmente, el objeto del contrato, y se cita, únicamente, el artículo 24 de la ley 80 de 1993, sin hacer referencia a su numeral primero, literal a).

3.3.4. Caso en que se cita, como violado, indebidamente, el artículo 8º, literal f), de la ley 80 de 1993, que se refiere a la inhabilidad de los servidores

---

<sup>15</sup> Ver, al respecto, fallo la Procuraduría Primera Delegada para la Contratación Estatal, del 22 de febrero de 2006, expediente 065-1492.

<sup>16</sup> *Ibidem*.

<sup>17</sup> Ver, al respecto, auto la Procuraduría Primera Delegada para la Contratación Estatal, del 25 de agosto de 2005, expediente 97-0542.

<sup>18</sup> *Ibidem*.

públicos para celebrar contratos con las entidades estatales, dado que la falta fue imputada a un servidor público, por haber celebrado un contrato, en representación de otra persona, con una entidad administradora de riesgos profesionales —que administraba recursos públicos—. La norma aplicable, en este caso, era el artículo 127 de la Constitución Política, que comprende este evento, no incluido, en cambio, en la disposición indicada de la ley 80. En efecto, el artículo 8 mencionado sólo desarrolla parcialmente el artículo 127 de la Constitución, y no lo hace, precisamente, en lo que tiene que ver con la celebración de contratos, por parte de un servidor público, en representación de otro, con personas privadas que manejen o administren recursos públicos; el primero sólo alude a que los servidores públicos no pueden celebrar contratos con entidades estatales.<sup>19</sup>

3.3.5. Caso en que se citan normas de la Ley 80 de 1993 y de sus decretos reglamentarios, a pesar de que el contrato cuestionado no se rige por aquéllas, sino por disposiciones especiales de derecho público o por el derecho privado.

3.4. Formulación de los cargos con una redacción que permite extender, indebidamente, en el tiempo, la realización de la conducta. Ejemplo:

Caso en que se contrató la elaboración de un software que no cumplió con los objetivos requeridos, por lo cual, luego, fue necesario celebrar otro contrato, con una persona diferente, para completar las funciones de dicho software. Se formularon cargos por haber celebrado el primer contrato y por haber generado un detrimento patrimonial, con la celebración del segundo contrato, para desarrollar actividades que debieron ser objeto de aquél. Se dijo que el investigado “extendió indebidamente su conducta” al celebrar el contrato adicional.<sup>20</sup>

El cargo debió formularse por haber recibido, indebidamente, un producto que no cumplía con las condiciones establecidas en el primer contrato celebrado y en los correspondientes términos de referencia, o por no haber hecho efectivas las garantías, lo cual pudo generar un detrimento del patrimonio público. Estas eran las únicas conductas reprochables. En efecto, ocurrida la situación indicada y dada la necesidad de contar, en todo caso, con el software que debió entregarse, no se puede cuestionar el hecho de haber celebrado un segundo contrato con el objeto de que este se elaborara.

<sup>19</sup> Ver, al respecto, auto de la Procuraduría Primera Delegada para la Contratación Estatal, del 31 de marzo de 2006, expediente 076-2333.

<sup>20</sup> Ver fallo la Procuraduría Primera Delegada para la Contratación Estatal, del 16 de septiembre de 2005, expediente 021-67307-02.

3.5. Formulación de cargos que suponen la imputación repetida de una misma conducta. Ejemplo:

Caso en que se formula un cargo por celebrar un contrato con inobservancia de sus requisitos legales esenciales, como el estudio previo, la disponibilidad presupuestal y la constitución de la garantía única, y otro por realizar una conducta típica consagrada en la ley como delito doloso, por suscribir el contrato sin los requisitos de ley, como la disponibilidad presupuestal y la constitución de la garantía única.<sup>21</sup>

3.6. Formulación de cargos sin que exista prueba objetiva de la falta. Ejemplo:

Caso de contrato celebrado entre una entidad pública y un contratista que era cuñado del director de aquella, quien suscribió el contrato. Se formula el cargo sin que se haya aportado al proceso la prueba del parentesco que determinaba la existencia de la inhabilidad.

3.7. Formulación de cargos a particulares que cumplen funciones públicas, como si fueran servidores públicos, citando el régimen disciplinario propio de estos, o formulación de cargos a particulares, sin explicar por qué, en el caso concreto, puede considerarse que cumplían funciones públicas.

3.8. Formulación de cargos con fundamento en pruebas inexistentes, conforme al artículo 140 del CDU, en cuanto han sido practicadas luego de vencidas las etapas procesales correspondientes y, por lo tanto, con desconocimiento de los derechos fundamentales del investigado.

---

<sup>21</sup> Ver fallo la Procuraduría Primera Delegada para la Contratación Estatal, del 21 de octubre de 2005, expediente 025-102197.



# NOTIFICACIONES Y RECURSOS DISCIPLINARIOS

Por: **BENJAMÍN PERDOMO SARMIENTO\***

## Introducción

**E**l artículo 29 de la Constitución Política dispone que “El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”, e indica que todo el que sea sindicado tiene derecho “a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas”.

Por su parte, el principio de publicidad establecido en el artículo 209 Constitucional, desarrollado en los artículos 3 y 15 del código contencioso administrativo, consagra el derecho a ser informado de las actuaciones judiciales o administrativas que conduzcan a la creación, modificación o extinción de una situación jurídica, como la imposición de una sanción, y estipula el derecho de la ciudadanía a enterarse de las decisiones de las autoridades públicas, con las limitaciones impuestas por la ley.

Define la Corte Constitucional la notificación como “...el acto material de comunicación por medio del cual se ponen en conocimiento de las partes o terceros interesados los actos de particulares o las decisiones proferidas por la autoridad pública. La notificación tiene como finalidad garantizar el conocimiento de la existencia de un proceso o actuación administrativa y de su desarrollo, de manera que se garanticen los principios de publicidad, de contradicción y, en especial, de que se prevenga que alguien pueda ser condenado sin ser oído. Las notificaciones permiten que materialmente sea posible que los interesados hagan valer sus derechos, bien sea oponiéndose a los actos de la contraparte o impugnando las decisiones de la autoridad, dentro

---

\* Asesor Despacho Procurador General. Coordinador Grupo de Asesores en Presupuesto, Regalías y Salud.

del término que la ley disponga para su ejecutoria. Sólo a partir del conocimiento por las partes o terceros de las decisiones definitivas emanadas de la autoridad, comienza a contabilizarse el término para su ejecutoria”. (Sentencia T-165-01).

Los planteamientos propuestos no han sido tratados a fondo por la jurisprudencia, como tampoco por los doctrinantes en el tema disciplinario, además en la interpretación de la ley se presentan muchas contradicciones entre los encargados de aplicar el Código Disciplinario Único, debido precisamente a los vacíos existentes.

Y es que produce ineficacia en la aplicación de justicia, el hecho que por interpretaciones erróneas de las normas, se generen nulidades insaneables, y los procesos en los cuales se decretan, la mayoría de las veces culminan con prescripción de la acción disciplinaria o en últimas, con sentencias de nulidad y restablecimiento del derecho proferidas por la respectiva autoridad contencioso administrativa.

## **1. NOTIFICACIONES**

### **1.1. Clases de notificaciones**

Como medio para dar a conocer a los interesados las decisiones tomadas en los procesos disciplinarios, disponen los artículos 100 y 102 de la Ley 734 de 2002, las siguientes formas de notificación:

Personal.

Por estado.

Por edicto.

En estrado.

Por medios de comunicación electrónica.

Por conducta concluyente.

#### **1.1.1. Notificación personal**

Conforme lo señala el artículo 101 y por integración normativa, deben ser notificados personalmente, el auto que ordena adelantar indagación preliminar, el auto de apertura de investigación disciplinaria o su vinculación, el pliego de cargos, el auto de variación de los cargos y los fallos de primera, segunda, única instancia, el fallo que resuelve el recurso de reposición y aquel que corrige, aclara o adiciona otro fallo.

Tan pronto se profiera la decisión que se debe notificar, se citará al investigado y a su apoderado si lo tuviere, para que comparezca a la secretaría de la oficina donde se surtirá la notificación.

La citación al disciplinado se debe dirigir a la entidad donde labora o a la última dirección que aparezca registrada en el expediente, que puede ser la que se encuentre anotada en su hoja de vida si no ha suministrado otra para el proceso, o en últimas, a la que figure en el directorio telefónico, en caso que no aparezca otra diferente; enterado de la vinculación, el investigado está en la obligación de señalar la dirección en la cual recibirá las comunicaciones y de informar oportunamente cualquier cambio de dirección.

En algunas ocasiones, especialmente para la notificación del auto de apertura de investigación disciplinaria, cuando se desconoce el dato relativo a la dirección residencial del investigado, se tiene la errada costumbre de remitirle el citatorio a la entidad donde prestaba sus servicios y transcurrido el término de ley sin que acuda a notificarse, se elabora el edicto como notificación supletoria, sin tener en cuenta que el disciplinado ya no labora en la misma entidad, lo cual podría generar una defectuosa notificación. En estos eventos, lo correcto es que antes de remitirle el citatorio, previamente determinar si el investigado aún trabaja en la misma entidad, y en caso que ya no preste sus servicios allí, solicitar el dato relativo a su última dirección, para luego de ello proceder a enviarle la respectiva comunicación y posteriormente poder notificarlo por edicto en caso de su no concurrencia dentro de los 8 días siguientes al envío de la señalada comunicación.

Precisamente para evitar dilaciones, es recomendable que en la etapa de la indagación preliminar se allegue el dato relativo a la última dirección residencial que aparezca registrada en las hojas de vida de los presuntos responsables de los hechos investigados.

Por su parte el defensor del investigado está igualmente en la obligación procesal de suministrar el dato relativo a la dirección en la cual recibirá las comunicaciones y de informar oportunamente cualquier cambio en su dirección. Por ello se recomienda que al momento que el apoderado presente en la oficina de conocimiento el poder conferido por el investigado, suministre el dato relativo a su dirección.

Establece la norma que se citará por cualquier medio eficaz, lo cual significa que la citación puede ser inclusive telefónica, dejando expresa constancia de ello en el proceso, pero de todas maneras es necesario que además de la citación telefónica, también se le envíe el oficio o telegrama respectivo.

Puede suceder que el investigado sea una persona bastante conocida en el lugar donde se va a realizar la notificación y que su lugar de residencia o de trabajo sea de público conocimiento. En este caso también se le enviará citatorio al lugar conocido, pues si este se remite solamente a la dirección

que figura en autos, pero no se cita al domicilio donde es de conocimiento general que puede ser localizado, en caso de su no comparecencia y posterior notificación supletoria, se podrá estar efectuando una notificación defectuosa.

Y es que no se debe asumir una actitud pasiva de cumplir con el requisito de enviar el citatorio y esperar que transcurra el término de ley para inmediatamente proceder a realizar las notificaciones supletorias. El artículo 107 solamente autoriza la notificación por edicto de aquellas decisiones que no han podido ser notificadas personalmente.

Por ello, se repite, la secretaría debe ser diligente y agotar todos los medios a su alcance, para que el interesado comparezca con el propósito de realizar la notificación personal.

Señala el artículo 103 que tan pronto se profiera la providencia o a mas tardar al día siguiente, se enviará citatorio a quien debe ser notificado personalmente, que será remitido a la dirección registrada en el expediente o a aquella que aparezca en su hoja de vida, para que se presente a la secretaría de la dependencia que profirió la decisión, a fin de serle notificada.

En el citatorio se le informará el tipo y fecha de la providencia y la decisión tomada y se le advertirá que en caso de no concurrir dentro del término que estipula la ley (ocho días para la notificación de los autos de apertura de indagación, de investigación y de los fallos, y tres días para la notificación de las demás actuaciones), a excepción del pliego de cargos, la decisión será notificada por edicto o por estado, según el caso.

En la comunicación se le informará además, que podrá ser notificado a través de medios electrónicos, conforme lo señala el artículo 102, para lo cual deberá comunicar por escrito si acepta ser notificado de esa forma.

En caso que se esté notificando el auto de apertura de investigación disciplinaria, se le informará al investigado que tiene derecho a designar defensor de confianza.

En el citatorio para notificar el archivo por prescripción de la acción disciplinaria, se le indicará adicionalmente al disciplinado que podrá renunciar a la prescripción, para lo cual dentro del término de ejecutoria de la decisión deberá presentar personalmente solicitud en ese sentido.

Aunque erradamente se ha interpretado literalmente el artículo 107 como la obligación de notificar personalmente al investigado y además a su defensor de confianza, consideramos que el término “cuando el procesado ha estado asistido por apoderado, con él se surtirá la notificación personal, previo el procedimiento anterior” contemplado en el inciso tercero, significa que con

el apoderado se surtirá la diligencia de notificación, para lo cual solo a este se le citará en la forma contemplada en los incisos primero y segundo, garantizándose con ello el derecho a la defensa técnica y respetando de paso el principio de celeridad que ha de imprimirse a las actuaciones procesales.

Lo anterior no es obstáculo para que si el disciplinado comparece al proceso antes de ser notificado su apoderado, pueda ser notificado de la respectiva diligencia, si así es su deseo.

La notificación personal es un acto solemne, que se realiza en la forma y términos señalados en los artículos 44 y 47 del código contencioso administrativo, por remisión del artículo 1º incisos 1 y 2 ibídem.

La diligencia debe surtirse con indicación en forma clara y expresa de:

- Ciudad y fecha donde se adelanta y personas que intervienen.
- Entrega íntegra y gratuita de copia del acto que se le notifica.
- Indicación en forma clara de los recursos que proceden y la forma y plazo para interponerlos y sustentarlos. En caso de notificación al disciplinado del auto de archivo por prescripción, se le informará que puede renunciar a la prescripción de la acción disciplinaria.
- La firma de quienes intervienen. En caso que el notificado no sepa, no pueda o no quiera firmar, en el acta se dejará la respectiva constancia, que se considera rendida bajo la gravedad del juramento por el secretario o comisionado que la adelanta.

Se recomienda plasmar en la diligencia el dato relativo a la dirección y teléfono de quien se notifica.

Mientras la notificación no se realice en legal forma, la diligencia se tiene como inexistente y no produce efectos jurídicos, a menos que no se reclame y se convalide mediante la posterior actuación o interposición de recursos, lo que se conoce como notificación por conducta concluyente, de que trata el artículo 108 que más adelante explicaremos.

Conforme lo dispuesto por la Corte Constitucional en Sentencia C-014 de 2004, las decisiones que se notifican o comunican al implicado y a su apoderado, igualmente y en los mismos términos deben notificarse o comunicarse a las víctimas o perjudicados debidamente reconocidos como tales, en los procesos disciplinarios en los cuales se investigan faltas que constituyan violaciones del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario.

Por otra parte y según lo estipulado en el artículo 89, en caso que en defensa del ordenamiento jurídico y para garantizar la legalidad de las actuaciones y los derechos de los intervinientes en el proceso, la Procuraduría ejerza la facultad de supervigilancia administrativa en cualquier proceso disciplinario, obtiene la calidad de sujeto procesal, por lo cual igualmente se le deben dar a conocer las decisiones tomadas en el curso del averiguatorio, en la misma forma y términos que se dan a conocer a los demás sujetos procesales.

### **1.1.2. Notificación por medios electrónicos**

La facultad con que cuenta el legislador para incorporar en el régimen de notificaciones procesales los avances tecnológicos desarrollados por la informática, se construye teniendo en cuenta adicionalmente principios reconocidos por el constituyente primario, tales como los de celeridad, economía y gratuidad en la administración de justicia, permitiéndole a los interesados conocer las decisiones procesales a la mayor brevedad y con las mínimas erogaciones posibles.

Es por ello que en forma novedosa, la nueva ley disciplinaria trae la posibilidad para que aquellas providencias que deben ser notificadas personalmente, puedan ser conocidas a través de fax o de correo electrónico, siempre y cuando la parte interesada previamente haya aceptado por escrito su notificación mediante alguno de estos medios.

Establece la norma que la notificación se entiende realizada en la fecha que aparezca enviada la providencia a través del correspondiente medio electrónico.

Quien realiza la notificación electrónica dejará constancia secretarial, indicando la forma y fecha de notificación, la cual se anexa al expediente, junto con la tirilla de constancia de envío del fax, o con la impresión digital de la pantalla del computador donde conste el reporte de confirmación de la remisión del correo electrónico, con la cuenta del destinatario.

### **1.1.3. Notificación por edicto**

Solamente cuando ha sido imposible realizar la notificación personal o electrónica del auto que ordena adelantar indagación preliminar, el auto de apertura de investigación disciplinaria, el fallo de única instancia o el que decide el recurso de reposición, el fallo de primera o de segunda instancia y aquel que corrige, aclara o adiciona otro, se procederá en forma supletoria a la notificación por edicto, que no se podrá fijar antes de haber transcurrido ocho (8) días a partir del envío de la citación.

Además las siguientes decisiones también deben ser notificadas personalmente y en su defecto, serán notificadas por edicto:

- El auto que ordena citar a audiencia en el procedimiento especial adelantado por el Procurador General de la Nación, y el que cita a audiencia en el procedimiento verbal, que deben ser notificados personalmente a los sujetos procesales dentro de los 2 días siguientes. Si no es posible notificarlos durante este término, a pesar de las diligencias pertinentes para tal efecto, se fijará edicto por dos (2) días.
- El fallo que impone multa al quejoso temerario, mediante el procedimiento señalado en los parágrafos 1 y 2 del artículo 150 y el que resuelve el recurso de apelación que dentro de los dos (2) días siguientes se interponga contra la referida sanción de multa.

El edicto debe contener:

- La palabra EDICTO en su parte superior.
- La dependencia que realiza la notificación (que debe ser la misma que profirió la providencia, excepto en el caso de notificación del pliego de cargos a través de comisionado), tipo y fecha de la decisión y número del proceso disciplinario.
- Transcripción de la parte resolutive del acto que se notifica.
- Nombre de los sujetos procesales a quienes no se les ha podido notificar personalmente la decisión.
- Fecha y hora de fijación y firma del secretario de la dependencia, o de la persona que le corresponde realizar la diligencia.
- Fecha y hora de desfijación y firma del secretario de la dependencia, o del responsable de la notificación.

Señala el artículo 107 que los autos de indagación preliminar y de investigación disciplinaria serán notificados por edicto en caso que no se puedan notificar personalmente. Pues bien, conforme lo indica el artículo 95, en estas etapas procesales los expedientes son reservados; por ello y para no violar la reserva procesal, se transcribirá exclusivamente la parte resolutive, en cuanto tenga que ver con la decisión de apertura y los nombres y cargos desempeñados por los investigados, sin que sea necesario transcribir otros datos tales como los hechos o conductas por los cuales se investigan, o las pruebas decretadas.

El edicto permanecerá fijado por tres (3) días en la cartelera de la dependencia, salvo en caso que se esté notificando el auto que ordena citar a audiencia

en el procedimiento especial adelantado por el Procurador General de la Nación, o el que cita a audiencia en el procedimiento verbal, eventos en los cuales permanecerá fijado solamente por dos (2) días.

Un ejemplar del edicto se agrega al proceso disciplinario y otro se archiva en la carpeta destinada para tal fin.

#### **1.1.4. Notificación por estado**

Las siguientes decisiones deben ser notificadas por anotación de estado, en caso que no haya sido posible su notificación personal dentro de los 3 días siguientes al envío del correspondiente citatorio:

- Auto que ordena el archivo definitivo de la actuación, por aplicación de lo señalado en el artículo 73. Se notificarán personalmente y en su defecto por estado, a los sujetos procesales a quienes se les notificó el auto de indagación preliminar y el de apertura de investigación disciplinaria.
- Auto que de oficio decreta la nulidad o que a petición de parte la decreta o la niega.
- Auto que inadmite la solicitud de revocatoria directa del fallo.
- Auto que niega pruebas solicitadas por los sujetos procesales.
- Auto que rechaza el recurso de apelación.
- Auto que ordena la medida de suspensión provisional en los procesos de única instancia.
- Auto que ordena dar traslado a los sujetos procesales de cualquier prueba técnica aportada al proceso.
- Auto que resuelve el recurso de reposición contra la decisión de nulidad, la negación de copias y la negación de pruebas.
- Auto que resuelve el recurso de apelación contra el archivo y contra la negación de practicar pruebas solicitadas en los descargos.

Proferida la decisión que ha de notificarse, inmediatamente o a mas tardar al día siguiente, se libraré comunicación a quien se le ha de notificar, para que dentro de los tres días siguientes concorra a ser notificado personalmente. Si transcurrido el plazo antes indicado no concurre, se notificará la decisión mediante anotación de Estado.

El estado debe contener:

- Número del proceso.

- Nombres de quejoso y disciplinado. Si son varios, se colocará el nombre del primero de ellos, y el término “y otros”.
- Fecha del auto, folio y cuaderno donde aparece.
- Fecha del estado, tipo de decisión que se notifica y firma del secretario, tanto para la fijación como para su desfijación.

En el mismo estado se notifican todas las providencias que por este medio hayan de ser notificadas en un día determinado.

El estado permanecerá fijado por un solo día durante las horas laborables, entre la primera y la última hora hábil, en lugar visible de la secretaría de la dependencia que profirió la decisión.

Ahora bien, en caso que la acción disciplinaria se haya iniciado por queja formulada por cualquier persona, para notificar por estado el auto de archivo, se recomienda publicarlo cinco días después de haber puesto en la oficina de correos la comunicación donde se le indica al quejoso la decisión tomada y el recurso que procede, pues si se publica antes de este término, es posible que el quejoso acuda oportunamente a recurrir una decisión que se encuentra debidamente notificada y ejecutoriada.

Los estados se guardan en la carpeta destinada para tal fin, en orden cronológico y el secretario debe dejar constancia en el original de la providencia, generalmente en el anverso de la última hoja, de la fecha del estado.

Las siguientes decisiones no se deben notificar personalmente, pues contra ellas no procede recurso alguno, pero para cumplir con el requisito de publicidad, deben ser notificadas directamente por anotación de estado, diligencia que se surtirá pasado un día de haber sido proferida la decisión.

- Auto que ordena dar traslado por el término de cinco (5) días para presentar alegatos de conclusión, derecho que le asiste al procesado conforme lo señalado en el numeral 8° del artículo 92.
- Auto proferido por el funcionario de segunda instancia, que ordena darle traslado por el término de tres (3) días al investigado que ha sido suspendido, para que presente alegaciones, en la consulta oficiosa de la medida de suspensión provisional.
- Auto que ordena mantener el proceso en secretaría por el término de cinco (5) días, en traslado a los sujetos procesales, en el trámite de solicitud de revocatoria directa, conforme al procedimiento que para tal efecto se estableció en la resolución 089 de 2004, proferida por el Procurador General de la Nación.

### **1.1.5. Notificación por estrado**

La notificación en estrado es una notificación ficta. Señala la ley que inmediatamente sean proferidas, las decisiones tomadas en una audiencia pública o en el curso de cualquier diligencia de carácter verbal, quedan notificadas a todos los sujetos procesales, estén o no presentes en la diligencia.

Al respecto ha de entenderse que para que la señalada notificación ficta se pueda tener como efectuada en legal forma a los sujetos procesales ausentes, oportunamente se les ha debido enterar que se iba a practicar la diligencia en la cual se profirió la decisión.

Recordemos que a las víctimas o perjudicados de las faltas disciplinarias que constituyen violaciones del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, que han sido reconocidos como sujetos procesales, se les debe notificar y comunicar las providencias que se notifican y comunican a los demás sujetos procesales.

### **1.1.6. Notificación por conducta excluyente**

La notificación por conducta concluyente opera en los siguientes eventos:

- En caso que no se hubiera realizado la notificación personal, electrónica, por edicto, en estado, o en estrados.
- En el evento que la diligencia de notificación se hubiera surtido irregularmente.

Si ha ocurrido cualquiera de estos sucesos, se presume cumplida en legal forma la diligencia de notificación, si el investigado o su defensor asume cualquiera de las siguientes posiciones:

1. No presenta reclamo alguno por la irregular notificación y actúa en diligencia posterior.
2. Hace uso de los recursos consagrados en la ley contra la decisión que se le ha notificado.
3. En posteriores alegatos o escritos se refiere a la decisión que se le notificó, en otras palabras, se da por enterado y se entiende que conoce la providencia.

Precisamente antes de declarar la nulidad procesal de alguna actuación posterior a la omisión o inadecuada notificación, previamente se debe dar cumplimiento a lo señalado en el parágrafo del artículo 143, que ordena aplicar

los principios que orientan la declaratoria de nulidad y su convalidación consagrados en el código de procedimiento penal.

Los referidos principios fueron establecidos en el artículo 310 de la Ley 600 de 2000. Aunque el citado código penal fue derogado por la Ley 904 de 2004, en materia disciplinaria se siguen aplicando los señalados principios, pues al momento de la expedición de la Ley 734 de 2002, estos eran los que regían y a los que en esa oportunidad hizo remisión el legislador, procedimiento que no contraviene con la naturaleza del derecho disciplinario.

Entre los señalados principios encontramos en especial los establecidos en los numerales 1 y 6 que disponen:

- *No se declarará la invalidez de un acto cuando cumpla la finalidad para la cual estaba destinado, siempre que no se viole el derecho a la defensa.* Si la diligencia de notificación ha cumplido con su finalidad, aún sea defectuosa y no se determine la violación del derecho de defensa, como por ejemplo impedirle ejercer los derechos de contradicción o de impugnación del acto notificado, no se podrán anular las actuaciones.
- *Sólo puede decretarse cuando no exista otro medio procesal para subsanar la irregularidad sustancial.* Pues bien, la propia ley disciplinaria establece que se subsana la irregular sustancial en los eventos señalados para la notificación por conducta concluyente.

Y es que la nulidad no es una institución creada para rendirle culto al formalismo, no es un mecanismo instituido para tumbiar procesos, sino por el contrario, es un instrumento para corregir yerros insubsanables.

En la interpretación y aplicación de la ley disciplinaria se debe tener en cuenta que el fin del proceso es la búsqueda de la verdad material, para impartir pronta justicia disciplinaria en un marco de derechos y garantías de los sujetos procesales, en cuya aplicación prevalecen entre otros principios rectores, los de economía, celeridad y eficacia, este último nos ordena remover de oficio los obstáculos puramente formales, para evitar decisiones inhibitorias y autoriza sanear las nulidades que resulten de vicios procedimentales.

### **1.1.7. Notificación por comisionado**

Como regla general, la dependencia que profiere una decisión es la obligada a realizar la notificación.

Sin embargo y como excepción a la regla, la ley permite para la notificación del pliego de cargos, cuando el investigado o su apoderado no resida en el

mismo lugar sede de la dependencia que dictó la providencia, comisionar a otra autoridad para que realice dicho trámite.

En dicho evento se remitirá copia de la decisión al funcionario comisionado, junto con los insertos de rigor (dato relativo a la dirección residencial de la persona que ha de notificarse), para que practique la diligencia. El original del expediente debe quedar en la dependencia que profirió el pliego de cargos, a disposición de todos los sujetos procesales.

Recordemos que la Corte Constitucional, mediante sentencia T-1037 de 2005, en relación con las notificaciones en materia disciplinaria a través de comisionado, señaló:

“No obstante la dificultad que implica para un servidor publico que tenga su sede fuera de Bogotá desplazarse hasta esta ciudad para efectos de la notificación, la ley sólo ha previsto la notificación por comisionado cuando se trate del pliego de cargos, no así con los autos que deciden la apertura de indagación preliminar e investigación”.

Para una mejor ilustración, mas adelante nos referiremos con mayor detalle a la forma como se realiza la notificación del pliego de cargos.

Además y en los casos que esté procesalmente determinado, o aunque no esté establecido en el proceso, pero sea de público conocimiento que el disciplinado se encuentra privado de su libertad, para garantizarle los derechos al investigado, se recomienda que se trate por todos los medios de notificarlo personalmente y para ello el secretario o la persona encargada de realizar la diligencia, se podrá trasladar al sitio de reclusión, o podrá comisionar al jurídico del establecimiento de reclusión o a quien haga sus veces, o al director de la cárcel, para que proceda a efectuar la diligencia.

## **1.2. Providencias que se notifican**

Señala la ley disciplinaria, a manera meramente enunciativa, que se deben notificar en forma personal, los autos de apertura de indagación preliminar y de investigación disciplinaria, el pliego de cargos y el fallo (art. 101); indica además que serán notificadas por estado o por edicto, en caso que no puedan ser notificadas personalmente, las decisiones interlocutoria, sin mencionar cuáles decisiones disciplinarias se consideran interlocutorias (art. 103).

Por su parte dispone el artículo 126, que la inadmisión de la solicitud de revocatoria directa igualmente debe ser notificada personalmente.

Del contenido de los artículos 111 y 119, los cuales establecen que los recursos se pueden interponer hasta el vencimiento de los 3 días siguientes a la

última notificación y que las decisiones disciplinarias contra las que proceden recursos quedarán en firme 3 días después de la última notificación, se determina que las siguientes providencias contra las cuales proceden recursos deben ser igualmente notificadas:

- La decisión que se pronuncia sobre la nulidad, bien sea que la decrete de oficio o a petición de parte, o que la niegue.
- El auto que niega expedir copias solicitadas por los sujetos procesales.
- El auto que niega la práctica de pruebas requeridas por los sujetos procesales, bien sea que la negativa sea en forma total o parcial; por economía procesal, el auto que accede a practicar todas las pruebas requeridas por el disciplinado, no debe ser notificado.
- La providencia que ordena el archivo de la investigación disciplinaria.
- La decisión que rechaza, declara desierto o niega el recurso de apelación.
- El auto que decreta la medida de suspensión provisional en los procesos de única instancia.
- El auto que inadmite como sujeto procesal a la víctima o perjudicado de las faltas disciplinarias que constituyan violaciones del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, conforme lo señala la Sentencia C-014 de 2004.
- Las providencias que le imponen multa al testigo renuente y al quejoso temerario.
- Al quejoso se le debe notificar personalmente el auto que rechaza, niega o declara desierto el recurso de apelación contra el fallo absolutorio de primera instancia.

Adicionalmente y aunque no procede recurso alguno, deben ser notificados:

- Los autos que citan a audiencia en los procesos verbales y en los procesos especiales a cargo del Procurador General.
- El auto que ordena designar funcionario especial.
- Los autos que deciden los recursos de reposición y apelación.
- Y las demás decisiones interlocutorias.

### **1.3. Providencias que se comunican**

Por economía procesal, las demás decisiones contra las cuales no procede recurso y son de impulso procesal, no se deben notificar, simplemente se comunican. Entre otras, encontramos:

- El auto que fija fecha para la práctica de pruebas y el que decreta pruebas de oficio. En caso de testimonios o visitas, se enterará a los sujetos procesales la fecha y lugar de la diligencia a practicar, pues tienen derecho a participar en el debate probatorio. En caso que se ordene allegar prueba documental, igualmente se les informará, para que si lo desean, puedan ejercer el derecho a controvertirla.
- La decisión de incorporar o acumular otra investigación al expediente, bien sea de oficio o a petición de parte.
- El auto que concede el recurso de apelación.
- El auto que decreta la medida de suspensión provisional. Se le comunicará igualmente al suspendido, la remisión del expediente en consulta al superior.
- Las providencias que deciden la consulta de la medida de suspensión provisional y los recursos de reposición y de queja.
- El auto que decide la solicitud de renuncia a la prescripción de la acción disciplinaria.
- El auto que decide el recurso de apelación contra el archivo o contra la negación de pruebas.
- Los que niegan recusación y aceptan o niegan un impedimento y aquel que los decide.
- El que decide la solicitud de revocatoria directa o aquel que la rechaza.
- Los que deciden un conflicto de competencia, ordenando reasignar el proceso.
- La decisión de prórroga del término de investigación.
- La decisión de prorrogar o la de revocar la medida de suspensión provisional.
- La providencia que ordena remitir el expediente a otra Entidad.
- La ruptura de la unidad procesal.
- El auto que ordena expedir copias solicitadas.
- El auto que reconoce como sujeto procesal a la víctima o perjudicado de las faltas disciplinarias que constituyan violaciones del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario.
- Las providencias que citan a audiencia al quejoso temerario y al testigo renuente.

- En caso de recurso de queja, se le comunicará dentro de los dos días siguientes a la notificación, que debe acercarse a sufragar las copias necesarias para desatar el recurso, o en caso contrario se entenderá que desiste del señalado recurso.
- A los quejosos no reconocidos como sujetos procesales, se les debe informar de la decisión de archivo y del fallo absolutorio; se entiende que se ha cumplido con el requisito, después de transcurridos cinco (5) días de entrega de la comunicación a la oficina de correo; en la comunicación se le informará al quejoso de la decisión tomada, la fecha de la providencia, el derecho que le asiste para conocer las diligencias en la secretaría de la dependencia que tomó la decisión y de recurrir la providencia, indicándole el tipo de recurso, y la forma y plazo para interponerlo.

#### **1.4. Providencias que no se notifican ni comunican**

Por su parte las decisiones que se señalan a continuación se ejecutan inmediatamente sean proferidas, sin que haya necesidad de notificarlas ni de comunicarlas:

- El auto que promueve conflicto de competencia y el que decide el conflicto disponiendo no reasignar el expediente.
- El auto que declara o aquel que niega un impedimento.
- La providencia que ordena ejercer supervigilancia administrativa.
- El auto que reconoce personería jurídica al apoderado.
- El auto que ordena remitir la actuación por competencia a otra dependencia de la misma entidad.

#### **1.5. Auto de cargos**

El pliego de cargos siempre debe ser notificado personalmente y hasta tanto no se surta con el trámite referido, no es posible continuar con el impulso de la investigación.

Para la notificación personal del auto de cargos se enviará citatorio al disciplinado, en el cual se le indicará la clase y fecha de la providencia y se le informará que debe concurrir dentro de los cinco (5) días siguientes al envío de la citación, o en caso contrario se le designará defensor de oficio, con quien se surtirá la notificación personal.

En caso que la defensa se esté adelantando mediante apoderado debidamente reconocido, a este igualmente se le remitirá citatorio.

La diligencia de notificación personal se adelantará con el primero que se presente, bien sea el investigado o su apoderado, y a partir del día siguiente empezará a correr el término de diez (10) días hábiles para presentar los correspondientes descargos y para solicitar y/o aportar las pruebas tendientes a su defensa, lapso durante el cual permanecerá el expediente en secretaría, a disposición de los sujetos procesales. A quien no se le notificó personalmente, se le notificará por anotación de estado.

En caso que ni el investigado ni el apoderado acudan a notificarse personalmente dentro de los 5 días siguientes al envío de la citación, se designará defensor de oficio, a quien le será notificado el pliego de cargos y con quien se continuará con la actuación. En este evento igualmente es necesario proceder a notificar por estado a los demás sujetos procesales.

Si son varios los disciplinados, para cada uno de ellos y para cada defensor, según el caso, se adelantará el procedimiento de citación y de notificación personal referido anteriormente, pero basta con una sola notificación por estado para los sujetos procesales que no fueron notificados personalmente; los términos para presentar descargos transcurren individualmente y sólo cuando se venza el plazo para presentar descargos al último de los sujetos procesales que fue notificado, el proceso pasará al despacho para continuar con su trámite.

Si alguno de los sujetos procesales solicita copias del proceso, la petición será resuelta a la mayor brevedad posible.

En caso que el investigado o su apoderado residan en un lugar diferente a la sede de la dependencia que profirió la decisión, se comisionará a otro funcionario que inclusive puede ser el personero municipal del lugar de residencia de quien ha de notificarse, para que adelante la diligencia, para lo cual se le remitirá únicamente copia del pliego de cargos, junto con el dato relativo a la dirección residencial de quien ha de notificarse; el comisionado procederá a surtir la diligencia dentro de los cinco (5) días siguientes al envío del citatorio.

En el evento que el sujeto procesal no concurra a notificarse en el plazo antes indicado, se fijará un edicto por el término de cinco (5) días, el cual servirá para que se entere del trámite adelantado, pero en ningún momento dicho edicto suple la diligencia de notificación personal. Desfijado el edicto, el comisionado devolverá las diligencias junto con las constancias respectivas, para que el funcionario competente proceda a designarle defensor de oficio, en caso de ser necesario.

Cuando se está adelantando la diligencia de notificación a través de comisionado, es posible que en un lugar se esté tratando de notificar bien sea al

disciplinado o bien a su apoderado, y en otro sitio se busque notificar al otro sujeto procesal. Cuando ello suceda, la dependencia donde se realice la notificación personal, informará inmediatamente a la otra dependencia, para que suspenda su trámite, dejando las respectivas constancias secretariales.

Es posible que con posterioridad a la designación de defensor de oficio y luego de la respectiva notificación personal del pliego de cargos, mientras está transcurriendo el término para presentar descargos, acuda el disciplinado al proceso o se presente su apoderado. En estos eventos, aunque se vislumbra el interés de concurrir a ejercer el derecho de defensa en forma directa o a través de su defensor de confianza, debe recibir el proceso en el estado en que se encuentra y seguirán normalmente corriendo los términos para presentar descargos, sin que se requiera nueva notificación del pliego de cargos.

Lo anterior no obvia para que tanto el investigado como el apoderado y el defensor de oficio puedan consultar el averiguatorio, al igual que presentar descargos en forma independiente y solicitar la práctica de pruebas.

No sobra advertir que la renuencia a presentar descargos cuando se ha surtido en legal forma la diligencia de notificación personal, no suspende la actividad procesal; se entiende que en estos casos, el silencio es un medio de defensa del cual puede hacer uso el investigado o su apoderado.

Por otra parte hemos notado que algunas veces el sujeto procesal se acerca a la Procuraduría Territorial o a la Personería del lugar de su residencia, a presentar personalmente y en términos, el memorial de descargos o el que contiene el escrito de sustentación de algún recurso y la secretaria de la dependencia procede bajo un estilo notarial, simplemente a elaborar la nota de presentación personal y le devuelve el memorial, para que el interesado proceda a remitirlo directamente a la dependencia donde debía presentarlo.

En estos eventos puede suceder que el interesado se demore en entregar el memorial mientras perfecciona su escrito (dejando sin modificar la última página donde consta la nota de presentación personal), enviándolo extemporáneamente al competente, o simplemente que nunca lo remita y posteriormente, con la copia donde consta la nota de presentación personal, alegue su entrega oportuna.

Pues bien, ha de señalarse que una cosa es la nota de presentación personal, que en el campo disciplinario no es camisa de fuerza para decidir lo requerido por cualquier peticionario, y otra diferente es la entrega en términos del respectivo escrito, en la dependencia competente, para poder tener como presentados oportunamente los descargos o como recibidos en término los

memoriales en los cuales se interponen y sustentan los recursos de ley o se presentan alegatos.

Para que los memoriales puedan ser tenidos como recibidos en término, deben ser entregados en la oportunidad señalada por la ley, ante el funcionario competente.

En caso que la investigación disciplinaria no se adelante por el funcionario competente, bien sea por impedimento o bien por designación de Funcionario Especial o conformación de Comisión Especial, mediante Resolución 240 del 6 de septiembre de 2006, el Procurador General dispuso que en estos eventos, el escrito pueda ser entregado en la dependencia que tendría la competencia legal para conocer del proceso.

Además se dispuso en la referida resolución, que el escrito de descargos puede ser entregado en la dependencia que ha sido comisionada para la notificación del pliego de cargos.

## **2. RECURSOS**

Los recursos de reposición y apelación podrán ser interpuestos por escrito, desde el momento que se dicten las providencias, hasta el término de tres (3) días contados a partir de su última notificación. Quien interpone el recurso deberá sustentarlo en el mismo plazo y ante el mismo funcionario que profirió la decisión, expresando las razones de su inconformismo, o de lo contrario se declarará desierto.

Si la decisión se toma en audiencia, la notificación se surte en estrado, tan pronto se profiere, y en tal evento, el recurso debe interponerse y sustentarse inmediatamente, bien sea en forma verbal, o por escrito que se leerá en la misma audiencia.

Las víctimas o perjudicados de las faltas disciplinarias que constituyen violaciones del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, que han sido reconocidos como sujetos procesales, pueden interponer los recurso de ley contra las decisiones que pueden ser recurridas por parte de los demás sujetos procesales.

Las providencias proferidas en los procesos ordinarios, contra las cuales proceden recursos, quedarán en firme tres días después de la última notificación, si hasta esa fecha no han sido recurridas. Aquellas dictadas en el curso de una audiencia o diligencia, que aunque proceden recursos estos no fueron interpuestos y sustentados, quedan ejecutoriadas al finalizar la sesión o diligencia en la cual se profirieron.

Contra las providencias que deciden los recursos de reposición o apelación no procede recurso alguno y quedan en firme el día que sean proferidas. Sin embargo, para poder ejecutarlas, es necesario notificarlas previamente en legal forma.

El recurrente puede desistir de cualquiera de los recursos interpuestos, hasta antes que el funcionario competente lo haya decidido.

### **2.1. Recurso de reposición**

El recurso de reposición procede contra:

- El auto que decreta de oficio la nulidad o el que a petición de parte la decreta o la niega.
- El auto que niega la solicitud de copias solicitadas por los sujetos procesales.
- El auto que niega la práctica de pruebas solicitadas en cualquier etapa procesal.
- El auto que niega el reconocimiento como sujeto procesal a la víctima o perjudicado, en los procesos disciplinarios por faltas que constituyan violaciones del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario.
- El fallo de única instancia, al igual que aquel que lo adiciona, aclara o corrige.
- El auto de archivo y el fallo absolutorio en un proceso de única instancia, por parte del quejoso.
- La resolución que le impone multa al testigo renuente.

Recurrido y sustentado el recurso en debida forma y transcurrido el término para impugnarlo, las diligencias permanecerán en secretaría por el término de tres (3) días, en traslado a los sujetos procesales, sin que sea necesario de orden o auto alguno que así lo disponga. Vencido el plazo indicado y previas las constancias secretariales respectivas, se procederá a decidir el recurso.

En caso que el recurso no sea interpuesto dentro del término de ley, será rechazado de plano; si el mismo no fue sustentado ante la dependencia que lo profirió, será declarado desierto. Contra la decisión que rechaza o declara desierto el recurso no procede recurso alguno.

### **2.2. Recurso de apelación**

Contra las siguientes decisiones procede el recurso de apelación:

- El auto que niega la práctica de pruebas solicitadas por los sujetos procesales en la etapa de descargos. Teniendo en cuenta que contra esta decisión procede igualmente el recurso de reposición, tanto en el citatorio como en el acto de notificación se indicará que contra este proceden ambos recursos. El disciplinado podrá interponer cualquiera de los dos, o ambos, si es su deseo y en este último evento, primero se decidirá la reposición, para a renglón seguido, en caso de confirmarse, se concederá el de apelación.
- El auto de archivo.
- El fallo de primera instancia, o aquel que lo adiciona, aclara o corrige.
- El auto de archivo y el fallo absolutorio, por parte del quejoso.
- El fallo que impone multa por queja falsa o temeraria.

Vencidos los plazos para recurrir, mediante auto se concederá el recurso a los sujetos procesales que lo hayan interpuesto y sustentado oportunamente.

En el auto se indicará la dependencia que desatará el recurso y el efecto en el cual ha de concederse:

- En el efecto diferido, si se trata de negación de todas las pruebas solicitadas y adicionalmente se decretan de oficio una o varias. En este caso, la actuación no se suspende, se remiten al superior las copias necesarias para desatar el recurso, y en el cuaderno original se practican las pruebas decretadas.
- En el efecto devolutivo, si se niegan una o varias de las pruebas requeridas y se decretan algunas de las solicitadas, independiente de si se ordenan o no pruebas oficiosas. En este caso, la actuación probatoria tampoco se suspende, el expediente duplicado se remite al superior para que decida el recurso y en el original se practican las pruebas ordenadas.
- En el efecto suspensivo, si se trata de negación de todas las pruebas requeridas y no se ordenan pruebas oficiosas, o si se apela de alguna otra decisión contra la cual procede el recurso. En este evento, la actuación se suspende y se remite el expediente original al superior para desatar el recurso.

Si el recurso fue interpuesto por fuera de términos, será rechazado; y si no fue sustentado oportunamente, será declarado desierto; el rechazo o la decisión mediante la cual se declara desierto será tomada por auto debidamente motivado, contra el cual procede el recurso de queja.

### 2.3. Recurso de queja

El recurso de queja se podrá interponer contra la decisión que rechaza el recurso de apelación o contra aquella que declara desierto el recurso.

En la diligencia de notificación personal del auto que rechaza el recurso de apelación o que lo declara desierto, se le informará al disciplinado que contra la decisión procede el recurso de queja para ante el superior funcional, y el plazo para interponerlo. Igualmente se le indicará que si decide interponer el recurso de queja, dentro de los dos días siguientes deberá sufragar las copias que han de remitirse al superior y que en caso que no realice el pago de las señaladas copias, se entenderá que desiste del recurso de queja.

En caso que dentro del término de ejecutoria del auto que niega el recurso de apelación, el impugnante interpone y sustenta el recurso de queja, dentro de los dos (2) días siguientes se ordenará enviar al superior las copias de la actuación que se consideren pertinentes para decidir, que entre otras, podrían ser:

- Decisión recurrida en apelación.
- Memorial de apelación.
- Constancia secretarial indicando el trámite de notificación, fecha y forma en que fue recurrida la decisión.
- Auto que rechaza o declara desierto el recurso.
- Constancia secretarial indicando el trámite de notificación del auto que rechaza o declara desierto el recurso.
- Memorial contentivo del recurso de queja.

Las copias referidas deben ser sufragadas oportunamente por el interesado, o de lo contrario se entenderá que desiste del recurso.

Con la documentación referida, el superior decidirá el recurso de queja y si considera que para tomar la decisión hacen falta otras actuaciones, las solicitará directamente al fallador de primera instancia.

En caso que el superior decida conceder el recurso de apelación, indicará en qué efecto se ha de conceder y devolverá las diligencias al funcionario de instancia, para que proceda a remitir la actuación que corresponda.

### 3. DIFERENCIA ENTRE INFORMANTE Y QUEJOSO

Teniendo en cuenta la diferencia que existe entre informante y quejoso, no se le puede dar tratamiento igual que el de cualquier quejoso al servidor

público que en ejercicio de sus funciones informa o pone en conocimiento hechos o conductas susceptibles de investigación disciplinaria.

El artículo 69 de la Ley 734 de 2002 contempla entre otras formas de procedibilidad, la **información** proveniente de servidor público, y la **queja** formulada por cualquier persona, movida por un interés de carácter particular.

Lo anterior implica que informante no es sinónimo de quejoso.

El informante es un servidor público que tiene el deber legal de denunciar ante las autoridades competentes, de las conductas que a su criterio constituyan falta disciplinaria de las cuales tuviera conocimiento; su actuación se limita a poner en conocimiento del organismo de control la posible comisión de una infracción disciplinaria, de conformidad con lo prescrito por el artículo 34 numeral 24, so pena de quedar incurso en falta disciplinaria que podría considerarse gravísima, cuando omita o retarde la denuncia de faltas gravísimas de que tenga conocimiento en razón de su cargo o función, al tenor de lo establecido en el artículo 48 numeral 4.

Por su parte el quejoso es cualquier persona, natural o jurídica, que actuando en ejercicio de un interés particular o general, acciona mediante la correspondiente queja.

Al respecto, en sentencia C-014 de 2004, señaló la Corte Constitucional que “...como la imputación disciplinaria no precisa de la vulneración de un bien jurídico, entendida tal vulneración como causación de un daño concreto o como la producción de un resultado materialmente antijurídico, no es posible afirmar la concurrencia de una persona afectada con la comisión de la falta...”, señalando más adelante que los quejosos “... no pueden concurrir al proceso disciplinario pues este, por definición, remite a una imputación que se basa en la infracción de deberes funcionales y no en la vulneración de derechos de terceros... los **particulares**, si bien pueden tener acceso al proceso disciplinario, tienen un acceso limitado ya que sus facultades se apoyan en el interés ciudadano de propender por la defensa del ordenamiento jurídico, mas no en la vulneración de un derecho propio o ajeno” (negrillas fuera del texto).

En la práctica, iniciada la indagación preliminar o la apertura de investigación, según el caso, el tratamiento dado al informante es diferente al que se le da al quejoso; normalmente es al quejoso a quien se cita para que concurra a la diligencia de ratificación y ampliación de la queja y para que aporte las pruebas que tenga en su poder, sin que sea necesario adelantar este trámite con el informante.

En relación con el tema estudiado, en respuesta a consulta en relación con la materia tratada, en vigencia de la Ley 200 de 1995, la Procuraduría Auxiliar, conceptuó:

“P1. Si en un proceso disciplinario interno que se ha iniciado con base en un informe que sobre irregularidades ha presentado la Vicepresidencia de Contraloría, posteriormente se decide archivar el proceso o se dicta sentencia absolutoria, a quién persona natural o jurídica debe enterarse de tal decisión de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 151 inciso 2º. de la Ley 200 de 1995?

“R. Como la Vicepresidencia de la Contraloría, al denunciar la irregularidad actúa en cumplimiento de una función a ella asignada, su condición no es la de quejoso, sino la de informante. Por tanto, no es pertinente librarle comunicación en los términos del inciso segundo del artículo 151 del Código disciplinario Único. Por lo anterior, sólo deberá notificarse al implicado acerca del fallo absolutorio proferido.”<sup>1</sup>

Por lo anteriormente analizado, se concluye que es solamente el quejoso y no el informante, quien está facultado para impugnar la decisión de archivo de las diligencias y el fallo absolutorio, por el interés de carácter particular que lo mueve al instaurar su queja y por ende, al único que se comunicará la decisión tomada y se le informará sobre este derecho, que le asiste de conformidad con el parágrafo del artículo 90.

Ahora bien, cuando el funcionario público, actuando movido por un interés particular, instaura la denuncia, debe dársele tratamiento de cualquier quejoso y en este evento se le debe comunicar la actuación en debida forma, pues está habilitado para impugnar la decisión.

---

<sup>1</sup> Concepto PA-3327 de agosto 29 de 1997, suscrito por el doctor JAVIER TOBO RODRÍGUEZ, Procurador Auxiliar, dirigido al doctor BENJAMIN MEDINA RODRÍGUEZ, Presidente de la Caja Agraria.

## **BIBLIOGRAFÍA**

Código Disciplinario Único, Ley 734 de 2002.

Código de Procedimiento Civil Colombiano.

Código Contencioso Administrativo, Decreto-Ley 01 de 1984.

Código de Procedimiento Penal, Ley 600 de 2000.

Corte Constitucional, Sentencia T-165 de 2001, MP Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO.

Corte Constitucional, Sentencia C-014 de 2004, MP Dr. JAIME CORDOBA TRIVIÑO.

Procuraduría General de la Nación, Resolución 240 de septiembre 6 de 2006.

# LAS NULIDADES EN MATERIA DISCIPLINARIA

Por: **ESQUIO MANUEL SÁNCHEZ HERRERA\***

## 1. EL CONCEPTO DE PROCESO DISCIPLINARIO

**E**l derecho disciplinario es una de las cinco modalidades de derecho sancionatorio que existen en nuestro país, cuyas funciones esenciales son preventiva, de retribución justa y de corrección que se logra con el establecimiento de la sanción en la norma y con la imposición y aplicación de las sanciones en los respectivos casos. El derecho disciplinario es una herramienta normativa del Estado que encauza la conducta de los servidores públicos y los particulares que cumplen funciones públicas para garantizar la realización de los fines estatales. Esos fines estatales tienen una relación íntima y vinculante con los fines de la función pública.

En el logro de los fines estatales el derecho disciplinario se vale del proceso disciplinario como un mecanismo de autotutela para garantizar el cabal funcionamiento del Estado y por supuesto de la función pública y el servicio público. El Estado se autoprotege con el proceso disciplinario estableciendo barreras jurídicas, éticas y moralizantes para garantizar el cabal desempeño de la función pública. Esas barreras de autocontención tienen una función preventiva que pretende que los demás servidores públicos se abstengan de seguir el mal ejemplo de atentar contra la función pública. Y, en lo especial, cuando se culmina con un fallo sancionatorio se pretende mejorar el servicio corrigiendo al infractor, o blindando la función pública, cuando se lo separa totalmente del cargo.

---

\* Procurador Delegado de la Sala Disciplinaria.

El proceso disciplinario es un instrumento adecuado para la realización de la justicia disciplinaria que no puede ser reconducido exclusivamente a la imposición de la sanción, sino también a la declaratoria de absolución del inocente. Así las cosas, el proceso disciplinario se erige en un instrumento neutro de la jurisdicción, cuya finalidad estriba tanto en actuar el ius sancionatorio como en declarar el derecho fundamental a la presunción de inocencia, valor fundamental del ordenamiento jurídico en nuestra Constitución Política.

El proceso disciplinario es un camino legítimo para que sobre él discorra el Derecho Disciplinario sustancial con sus importantes contenidos dogmáticos y pueda ser aplicado. En una sociedad sometida a los valores y principios del Estado Social de Derecho, cuya plataforma viene constituida por el Derecho como limitador de poderes y sancionador de esas arbitrariedades, como coordinador de los poderes y como plenitud de garantías para cuantos en él intervienen, el proceso disciplinario se convierte en la barrera infranqueable de posibles abusos en la investigación y juzgamiento de las conductas de los sujetos disciplinables.

Ese camino que implica el proceso disciplinario no es simplemente una hilería de pasos aislados, desconectados y separados, por el contrario el proceso representa un todo: un método de carácter científico jurídico de naturaleza dialéctica. Los grados del conocimiento procesal se convierten en el sustento de cada una de las decisiones que se adoptan a su interior. El proceso disciplinario, en relación con el fallo, ha de pasar por distintas etapas respecto de las correspondientes exigencias probatorias. Grado de conocimiento de Posibilidad, cuando se inicia el proceso, esto es, cuando se abre la indagación preliminar; Probabilidad, cuando se abre la investigación disciplinaria; Probabilidad Máxima cuando se profiere el pliego de cargos, y Certeza cuando se dicta el fallo sancionatorio, la duda razonable da lugar a la ausencia de certeza y por tanto a la absolución. Cada etapa procesal está ligada a la otra como un presupuesto procesal, salvo la de indagación previa que es contingente, las demás se constituyen en el proceso ordinario en sustento ineludible de las siguientes, así por ejemplo no podrá haber fallo sin pliego de cargos.

En los sistemas procesales modernos se explica el proceso a partir de sus finalidades. Si la finalidad del proceso es una sola: la realización del ius sancionatorio, el proceso se adscribe a las tesis monistas que son defendidas por Fenech, Montero Aroca y Viada, en cambio si las funciones del proceso son diversas, el proceso se adscribe a las teorías pluralistas, defendidas principalmente por Gimeno Sendra y Moreno Catena. El proceso disciplinario en Colombia se identifica con esta segunda postura, pues sus funciones son múltiples, tal como se indica en el artículo 20 de la Ley 734 de 2002. Así reza esta disposición:

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

Conforme con esa disposición al proceso disciplinario le competen las funciones de: prevalencia de la justicia; la efectividad del derecho sustantivo; la búsqueda de la verdad material y el respeto de los derechos y garantías de los sujetos procesales. Al hablarse de prevalencia de la justicia se está haciendo referencia a que las decisiones que se adopten al interior del proceso deben consultar la razón, el derecho y la equidad. Proceso justo es aquel donde se materializan las garantías, aquel que supera la formalidad y en el que el juez disciplinario actúa con acatamiento de los valores superiores del ordenamiento jurídico.

La efectividad del derecho sustantivo como cometido del proceso disciplinario apunta a la realización de las normas rectoras sustantivas contenidas en el Código Único Disciplinario, así lo establece la misma Ley 734 de 2002 en su artículo 21. Además de aquellas obviamente imperan las normas constitucionales, las que ingresan por concepto del bloque de constitucionalidad y aquellas que por integración normativa no se oponen a la naturaleza del derecho disciplinario.

El rito procesal desarrolla las normas sustanciales para hacer prevalecer lo sustancial sobre lo formal y para materializar los principios y valores rectores del ordenamiento jurídico en garantía de los sujetos procesales. Ello permite garantizar el principio de tipicidad, de concreción de la imputación y obliga al operador jurídico al reconocimiento de causales de ausencia de responsabilidad disciplinaria y por supuesto también lo obliga a motivar las decisiones que afectan los derechos de los intervinientes en el proceso, entre otras.

La búsqueda de la verdad tiene una vinculación trascendente con la realización de la justicia material, cuando se encuentra la verdad material y la decisión del juez disciplinario es razonada sobre esa verdad, se está haciendo justicia material. La verdad real es superior a la verdad formal, la primera llega a la verificación de los hechos determinando en concreto lo ocurrido, estableciendo efectivamente lo sucedido, por su parte la verdad formal es la verdad del proceso esto es, la verdad probatoria, la alcanzada dentro de los plazos de ley. El cometido del proceso disciplinario es lograr la verdad real, aquella que consulta lo más lejano, lo más oculto de los hechos y que evidencia la realidad histórica de los sucesos. Sin embargo, esa verdad real no se puede obtener a cualquier precio. No todo es legítimo en el descubrimiento

de la verdad. Sólo lo será aquello que es compatible con la defensa de lo que constituye el elemento nuclear de los derechos humanos fundamentales, así la libertad, la dignidad, la intimidad, etc., que son presupuestos indeclinables de la Constitución en cuanto contemplan la persona humana, esencialmente libre, como base de la convivencia democrática en paz<sup>1</sup>.

En la pretensión de alcanzar la verdad real y la justicia material surge la certeza como grado del conocimiento en el que se ancla el fallo, certeza sobre la materialidad de la falta y sobre la responsabilidad del agente para soportar la decisión sancionatoria, esa certeza se debe entender como ese valor epistemológico que se logra una vez se excluye toda duda razonable. Certeza es sinónimo de conocimiento seguro y claro sobre una cosa. Es firmeza de la adhesión entre la mente y el objeto conocido. En materia disciplinaria, por ejemplo, la revocatoria directa es expresión de la justicia material, es manifestación del fin procesal de alcanzar la verdad real y la certeza material jurídica.

Además de tales cometidos al proceso disciplinario le compete el respeto de los derechos y garantías que asisten a las personas que en él intervienen. El proceso disciplinario debe implicar de forma necesaria un equilibrio entre eficacia y garantías. La búsqueda de la verdad y el logro de la justicia deben darse respetando la legalidad del procedimiento y sobre todo validando las garantías y derechos que asisten a las partes procesales. La defensa, la contradicción, la claridad de la imputación, la exclusión de la responsabilidad objetiva, el afianzamiento del indubio pro disciplinado, la presunción de inocencia y en esencia el respeto de la dignidad humana son garantías que se deben respetar en todas las etapas procesales. Todo ello viene dado por el hecho de que las disposiciones procesales han de ser interpretadas a la luz de la Constitución, esto es, en el sentido en el que se indica en el artículo 29 de esa norma superior. De esa manera lo destaca de forma acertada PICO I JUNOY, cuando resalta que: *“El carácter normativo de la Constitución, unánimemente admitido en nuestros días, comporta que los derechos fundamentales vinculen a todos los poderes públicos; requiriendo un adecuado sistema de garantías constitucionales dentro de los cuales se halla la exigencia dirigida a los jueces de aplicar, de modo directo e inmediato, las normas constitucionales”*<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Cfr. Ruiz Vadillo, Enrique. Estudios de Derecho Procesal Penal. Pagina 38 y s.s. Comares-Granada, 1995.

<sup>2</sup> Cfr. Picó I Junoy, Joan. “Las garantías Constitucionales del Proceso”. Pagina 24. Bosch. Barcelona, 1997.

Ahora bien, ese proceso también se enmarca dentro de los principios de debido proceso formal y debido proceso material. Conforme con el primero en la realización del proceso el juez disciplinario debe tener especial atención al cumplimiento de los pasos, fases y etapas procesales en los precisos términos de ley, es decir, debe respetar la legalidad del procedimiento. En torno a lo segundo, el proceso se concibe lleno de garantías en los términos del artículo 29 superior, el proceso se erige en una especie de “cajón de sastre<sup>3</sup>” en el que tienen cabida todos los derechos fundamentales de incidencia procesal, pero no todo queda ahí, es preciso hacerlos efectivos en el proceso, tarea que le incumbe principalmente al operador disciplinario. Así visto, el proceso, viene conformado por unas normas de rito o trámite que son aquellas que configuran la estructura formal y lógica del proceso de manera progresiva como método, y normas de garantía que buscan preservar la intangibilidad de los derechos fundamentales en todo el trámite procesal.

El proceso en la manera aquí determinado esta conformado por los actos procesales que se conciben como aquellos hechos que tienen existencia en el mundo de la realidad. La manifestación exterior de ese acto es entendido en la lógica procesal como forma procesal del acto. Las nulidades, tema de este ensayo, se suelen comprender como vicios que afectan a los actos y formas procesales. De ahí que la eficacia del acto procesal dependerá de la presencia o no de un vicio que afecte una norma de rito o una norma de garantía.

## **2. LAS NULIDADES. Concepto**

La teoría de las nulidades no es un tema reservado al derecho procesal penal o al disciplinario, ella es de carácter general a todo el derecho, incide en las diversas ramas del ordenamiento jurídico. Por lo tanto no es solo un problema procesal sino más bien de teoría general del derecho. Aquí la circunscribiremos al específico campo del derecho disciplinario.

Las diferentes posturas doctrinales acerca de las nulidades suelen poner el acento en la causa que genera el vicio, en la consecuencia jurídica que éste produce o en la situación latente que da lugar al defecto u omisión del acto procesal. Nos identificamos con las tesis que determinan que la nulidad es un estado del acto procesal que implica dado su carácter normativo su declaratoria de anormalidad por parte del operador jurídico. No es la causa ni la consecuencia, tampoco una sanción que se impone al acto. Es el estado del acto, la

---

<sup>3</sup> Así se expresan los profesores GIMENO SENDRA, MORENO CATENA Y CORTÉS DOMÍNGUEZ. “Derecho Procesal Penal”. Página 79. Editorial Colex. Madrid 1996.

nulidad es el estado de anormalidad del acto procesal. El estado de anormalidad jurídica del acto se produce por la ausencia de alguno de sus elementos constitutivos o en los vicios que recaen sobre ellos y que impiden lograr la finalidad a la cual están destinados. En algunos eventos esas anormalidades darán lugar a la inexistencia del acto o a la invalidez del mismo. El estado de anormalidad sólo se materializa con la declaración judicial de la nulidad.

Asiste razón a Maurino<sup>4</sup> cuando define la nulidad como *el estado de anormalidad del acto procesal, originado en la carencia de alguno de sus elementos constitutivos, o en vicios existentes sobre ellos, que potencialmente lo coloca en situación de ser declarado judicialmente inválido*. Sin embargo, en la actualidad la carencia de algún elemento constitutivo conduce a la inexistencia del acto, tema que interesa al ámbito general de la teoría de la ineficacia de los actos procesales.

Maier, se aparta de la consideración de la nulidad como una sanción asentando que: “Sanción es la consecuencia jurídica prevista por las normas de deber para el comportamiento contrario a ellas, esto es, consecuencia jurídica del comportamiento antijurídico, de lo ilícito, del entuerto o injusto. La nulidad, al contrario, no es una consecuencia jurídica y menos aún para el comportamiento previsto por las normas potestativas. Contrariamente a ello, la nulidad expresa la inidoneidad de alguna acción para poder alcanzar las consecuencias jurídicas que se propuso como fin el agente. Así, por ejemplo, la declaración de nulidad de la celebración de un matrimonio no es la consecuencia jurídica de la norma que faculta a contraer matrimonio, sino, al contrario, la declaración de que la acción no puede producir las consecuencias jurídicas de un matrimonio. La nulidad opera a nivel del tipo (clase de acción descrita abstractamente), v. gr., determina que se obró de otra manera a la que era necesaria para alcanzar cierta consecuencia jurídica. La sanción es, inversamente, el resultado (consecuencia) de la determinación de que se obró —o no se obró— como el tipo de las normas de deber lo prescribe”<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> Cfr. MAURINO, Alberto Luis. *Nulidades Procesales*. Página 14. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1995. Coincide con esta definición ESCRICHE para quien la nulidad designa al mismo tiempo el estado de un acto que se considera como no sucedido y el vicio que impide a ese acto producir sus efectos”. Para COUTURE la nulidad consiste en el apartamiento de ese conjunto de formas necesarias establecidas por la ley. Otros como BARBOSA CASTILLO no identifican la nulidad como el estado de anormalidad del acto procesal, sino como la consecuencia jurídica, así se expresa este autor: La nulidad no debe confundirse con el vicio en razón del cual se genera. La nulidad no es un fenómeno natural y por ello no existe por sí misma sino que depende de su declaratoria judicial, previa valoración del hecho causante y de las normas que regulan la materia. La nulidad, en otras palabras, no es el vicio sino su consecuencia, judicialmente declarada. Como tal, no responde a la fórmula de los juicios de existencia (si a luego b), sino a la de los juicios de imputación: si a debe ser b).

<sup>5</sup> Cfr. MAIER, Julio B. “Función normativa de la nulidad”. Página 132. Desalma, Buenos Aires, 1980.

La definición del profesor austral es de suma valía porque reconoce la función normativa de la nulidad y recalca el predicado de la “inidoneidad de la acción”, con lo cual se adscribe a considerar la nulidad como un estado de anormalidad del acto procesal y se opone a considerarla como sanción.

En nuestro sentir la nulidad si bien es un estado de anormalidad del acto procesal, no es sanción, es un criterio normativo de carácter complejo que requiere por una parte hacer referencia a la situación de anormalidad del acto, a la causa que lo genera y por supuesto, también a la consecuencia y por tanto a su declaratoria procesal. La nulidad es un todo, no puede por tanto, ser simplemente la causa, el acto y la consecuencia, sino que es un todo, conformado por esas circunstancias. Y es que no hay estado de enfermedad, para usar un término médico, sin causa y la enfermedad produce una consecuencia. Nuestro concepto de nulidad parte de que lo más importante de la definición es el estado de inidoneidad del acto para producir la finalidad a la que se dirige, pero sin desconocer que también trascienden la causa y la consecuencia. Ello es así en tanto la anormalidad del acto tiene una causa que la genera y es importante conocerla y la consecuencia importa porque se identifica con su declaratoria judicial. La anormalidad del acto se materializa con su declaratoria. En conclusión las definiciones que solo se refieren a un único componente son equivocadas o parcialmente acertadas.

### **3. CRITERIOS LIMITADORES DE LAS NULIDADES**

La teoría general del proceso ha demarcado varios criterios para identificar, limitar o determinar cual es el sistema que adopta un código para establecer cuando un vicio genera nulidad del acto procesal. Esos criterios se suelen denominar como objetivos, subjetivos y mixtos. Con fundamento en el primero de los criterios es el legislador el que determina a través del establecimiento expreso de unas casuales, cuáles vicios de la estructura del proceso o de las afectaciones de las garantías confluyen a la generación de la nulidad. Es una regulación de cláusula cerrada, pues el legislador previamente ha definido cuales son las circunstancias en las que los estados de anormalidad del procedimiento impiden la obtención de la finalidad del proceso y también qué vicios son los que afectan las garantías que asisten a las partes.

En virtud del criterio subjetivo le corresponde al servidor instructor o juzgador de forma abierta y discrecional de acuerdo a la especificidad del asunto determinar si el vicio detectado tiene o no la idoneidad suficiente para invalidar el acto procesal de que se trate. En este sistema funciona una cláusula abierta que utiliza el operador de forma discrecional para establecer la enti-

dad del vicio, en ella no existe como en el sistema anterior unos parámetros reglados de ley en las que previamente el legislador estableció las causas generadoras de la nulidad. Algunos suelen llamar al primero sistema legal y a este, sistema judicial.

El sistema mixto o ecléctico combina criterios del objetivo con el subjetivo. Del primero adopta la cláusula expresa de las causales que generan nulidad y del segundo la posibilidad de que el juez de manera discrecional asentado en unos principios básicos determine si el vicio genera o no la nulidad.

#### **4. LAS NULIDADES DEL REGIMEN DISCIPLINARIO**

La ley 734 de 2002, acoge como sistema para la determinación de las causas que generan nulidad un sistema mixto, pues integra el elemento objetivo de la consagración expresa y genérica de las causales que producen la nulidad con el elemento subjetivo de aplicar los principios por parte del juez disciplinario para determinar de forma abierta y discrecional si el vicio es causante o no de la invalidez del acto. En efecto, en el artículo 143 de la referida ley se expresan de manera taxativa las causales de nulidad y en el párrafo del mismo artículo se indica el rigor de los principios que orientan la declaratoria de nulidad en lo procesal penal para su aplicación en sede disciplinaria. Además de las causales legales existen causales de rango superior, supralegales o de carácter constitucional que operan de forma directa por la fuerza normativa de la Constitución, tales como la infracción al principio del non bis in idem, al de favorabilidad, reformación en perjuicio (en algunos eventos) y algunos referentes a la afectación de las pruebas por su obtención ilícita.

#### **5. LOS PRINCIPIOS QUE RIGEN LAS NULIDADES PROCESALES**

El párrafo del artículo 143 de la Ley 734 de 2002, reza: *“Los principios que orientan la declaratoria de nulidad y su convalidación, consagrados en el Código de Procedimiento Penal, se aplicaran a este procedimiento”*. La remisión es problemática, por cuanto el código de Procedimiento Penal vigente es la ley 906 de 2004, por lo menos en gran parte del territorio nacional, empero ese estatuto contempla un sistema con tendencia acusatoria que no es compatible con el proceso disciplinario que sigue siendo inquisitivo en sus bases fundamentales. Además de ello, la ley 906 no consagra de forma expresa los principios que rigen las nulidades, salvo el de taxatividad, no hay en ese estatuto unos principios que sirvan de base para el desarrollo de la temática (ver artículos 455 al 458 de esa ley). Motivo más que suficiente para que la remisión se efectúe respecto de la Ley 600 de 2000, haz norma-

tivo vigente por la aplicación progresiva de la Ley 906 y más compatible con el régimen disciplinario<sup>6</sup>.

Así las cosas, la remisión debe hacerse a los principios que fija la ley 600 de 2000, la que en su artículo 310, los fijó de manera expresa:

“Principios que orientan la declaratoria de las nulidades y su convalidación”.

1. No se declarará la invalidez de un acto cuando cumpla la finalidad para la 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, salvo que se trate de la falta de defensa técnica.
4. Los actos irregulares pueden convalidarse por el consentimiento del perjudicado, siempre que se observen las garantías constitucionales.
5. Sólo puede decretarse cuando no exista otro medio procesal para subsanar la irregularidad sustancial.
6. Cuando la resolución de acusación se funde en la prueba necesaria exigida como requisito sustancial para su proferimiento, no habrá lugar a declaratoria de nulidad si la prueba que no se practicó y se califica como fundamental puede ser recaudada en la etapa del juicio; en cambio procederá cuando aquella prueba fuese imprescindible para el ejercicio del derecho de defensa o cuando se impartió confirmación a las resoluciones que negaban su práctica, a pesar de su evidente procedencia.
7. No podrá decretarse ninguna nulidad por causal distinta de las señaladas en este capítulo”.

<sup>6</sup> Sobre el particular mediante Directiva 006 del 8 de abril de 2005, el Procurador General de la Nación, en ejercicio de las facultades que le confieren los artículos 275 y 277 numerales 1 y 5 de la Constitución Política, precisó que: “La Ley 906 de 2004”, desarrolla un sistema procesal acusatorio incompatible con el sistema mixto consagrado constitucional y legalmente por la Ley 734 de 2002, para el proceso disciplinario, por lo que, contrariando su naturaleza de conformidad con el artículo 21 ibídem, no es posible su aplicación. ... Que la Ley 600 de 2000 es la norma general en materia de procedimiento penal en tanto se aplica a todo el territorio nacional, como también respecto de conductas punibles realizadas en el exterior que deban ser investigadas en Colombia, y con vigencia hasta el 2008, sin que su aplicación para el proceso disciplinario esté vinculada con la época de ocurrencia de los hechos, sino con su vigencia... Resolvió: “La remisión a que hace alusión el artículo 21 de la Ley 734 de 2002, cuando se trate de aplicación por vacíos legislativos del Código de Procedimiento Penal, es la Ley 600 de 2000”.

Conforme con esa disposición los principios que rigen las nulidades en materia disciplinaria son en su orden legal: Instrumentalidad de las formas; Principio de Trascendencia; Principio de Protección; Principio de Convalización; Principio de la Naturaleza Residual; Principio de la Necesidad y Procedencia de la Prueba; y, Principio de Taxatividad. Veamos cada uno de ellos, en su orden.

### **5.1. Principio de instrumentalidad de las formas**

En relación con la declaratoria de nulidades es preciso recalcar que frente a un mismo evento pueden confluír varios principios. La existencia de los principios que rigen las nulidades en sentido general se asienta conforme al Estado Social y Democrático de Derecho en que la declaratoria de nulidades no puede fundarse exclusivamente en el quebrantamiento formal de la ley, es indispensable que se afecten las garantías fundamentales que asisten a los sujetos procesales o que se socaven las bases trascendentes del proceso.

Conforme con este primer principio se tiene que todo acto procesal está encaminado desde el punto de vista teleológico y habida cuenta de ser el proceso un método dialéctico, al cumplimiento de una determinada finalidad, si el acto procesal es anómalo e inidoneo, pero a pesar de ello cumple la finalidad a la cual estaba destinado, no habrá lugar a la declaratoria de su invalidez.

El acto se considera eficaz y válido en tanto se haya realizado de cualquier forma apropiada para la consecución de la finalidad. Todo acto procesal está encaminado a asegurar la garantía de defensa a lo largo del proceso, por ello su excepción, la del principio, es conforme con el numeral primero del artículo 310, “siempre que no se viole el derecho de defensa”.

Ejemplos claros en los cuales el acto es anómalo pero a pesar de ello cumple su finalidad resulta cuando se ordenan unas diligencias, se fija fecha para su práctica, pero se omite notificar a los interesados, pero a pesar de ello acuden en la fecha y hora de la práctica de las mismas, materializando el derecho que les asiste. Un error en la parte resolutive del fallo acerca del nombre del sancionado no daría lugar a su nulidad, sino a su aclaración. Lo importante es que en este tipo de situaciones no se afecte el derecho de defensa, así lo ha recalcado la Corte Constitucional:

“Para el juez no es solo importante la sujeción a la norma sino el cumplimiento del enunciado y de las proposiciones normativas, en forma tal que no llegue a la arbitrariedad porque ésta atenta contra el orden justo y la dignidad de la persona. Esta situación de alerta frente a la arbitrariedad implica lograr un razonable equilibrio conveniente, haciendo prevalecer el derecho sustancial, lo cual implica el debido proceso.

En materia constitucional, no toda irregularidad se puede calificar como violación al debido proceso, sino que este se afecta cuando hay privación o limitación del derecho de defensa, que se produce en virtud de concretos actos de los órganos jurisdiccionales que entrañan mengua del derecho de intervenir en el proceso en que se ventilan intereses al sujeto, respecto de los cuales las decisiones judiciales han de suponer modificación de una situación jurídica individualizada.

Si bien es cierto "toda clase de actuaciones judiciales", (artículo 29 C.P.) pueden acarrear una violación al debido proceso, la connotación constitucional se da si alguna de las partes es ubicada en tal condición de indefensión que afectaría el orden justo, violándolo ostensiblemente"<sup>7</sup>.

## 5.2. Principio de trascendencia

Es el más conocido, el más usado y por supuesto el que más sirve de fundamento en la declaratoria de nulidad. La ley determina que la nulidad procede siempre que la irregularidad sustancial afecte las garantías de los sujetos procesales, o desconozca las bases fundamentales de la instrucción o el juzgamiento. El estatuto procesal penal que sirve de fundamento a la declaratoria de la nulidad en el ámbito disciplinario le impone al solicitante de la nulidad la carga de demostrar que el vicio sustancial del acto constituye una verdadera afectación de las garantías que asisten a los sujetos procesales o que con ella se socavan las bases fundamentales del proceso.

Conforme con la norma en comento, este principio determina la procedencia de la nulidad siempre que el acto que la origina afecte de manera ostensible, materialmente, todas o cada una de las garantías de los sujetos procesales o se afecte la esencia del proceso. Una lectura literal de la norma en referencia, determinaría que en el tema disciplinario no se podría decretar una nulidad cuando se afectara una garantía del quejoso por cuanto el código disciplinario no lo considera sujeto procesal. Sin embargo, la filosofía misma del código al concederle unos especiales derechos posibilita que la emisión de decisiones con vulneración de derechos, tales como el de impugnación, permita al juez disciplinario decretar la nulidad de ese acto por infracción de las prerrogativas que se le conceden al quejoso.

El principio de trascendencia desde su configuración legal impone dos situaciones diversas: una primera, referida a la vulneración de garantías funda-

<sup>7</sup> Cfr. Sentencia T-267 de 2000. Corte Constitucional. M. P. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO. Habría que agregar que dentro del artículo 29 de la Constitución el debido proceso también se predica de las actuaciones administrativas especiales como lo es el proceso disciplinario.

mentales de los sujetos procesales<sup>8</sup> y la otra, a la afectación de las bases esenciales del proceso. En relación con lo primero es claro que el peticionario debe demostrar que con la producción de la decisión se afectó el derecho que le asiste, es decir, se le impone la carga de motivar la petición explicando por qué motivo considera vulnerados sus derechos. En este sentido resulta claro que habría que demostrar el perjuicio. Si es en cambio el juez disciplinario quien de manera oficiosa declara la nulidad del acto, en esa providencia deberá explicitar cuál fue el perjuicio causado al sujeto procesal, ello en aras de respetar el principio de lealtad procesal. Por lo general el derecho afectado estará siempre de alguna manera vinculado al derecho de defensa, a la contradicción o a la publicidad.

En la segunda alternativa del principio<sup>9</sup>, no habrá lugar a predicar el perjuicio en cabeza de algún sujeto procesal, pues lo que se protege es la misma validez del proceso, sus formas propias, su estructura, en suma su legalidad material. Obviamente si como consecuencia de la afectación de las bases mismas del proceso se afecta un derecho de un sujeto procesal, más proce-

<sup>8</sup> Al respecto la Corte Suprema de Justicia muestra cómo por ejemplo en cierto evento la irregularidad no constituye perjuicio para un sujeto procesal: “La Sala abordará el estudio de la demanda para ver si reúne los requisitos mínimos exigidos por el artículo 212 del Código de Procedimiento Penal, no obstante que formalmente aparece configurada una causal de nulidad porque la fiscal que actuó como sujeto procesal no recibió notificación personal de ninguna de las decisiones adoptadas en segunda instancia, lo que desconoce el artículo 178 de la Ley 600 del 2000 y vulnera, por tanto, el debido proceso. Tal afectación, sin embargo, no es sustancial, porque si la sentencia de primera instancia acogió la petición de condena formulada por la fiscal en la audiencia pública y la de segundo grado afirmó en su integridad, este sujeto procesal carecía de interés para recurrir, de manera que la falta de notificación personal no le ocasionó ningún perjuicio. Mal se haría entonces ahora declarando la nulidad del trámite que se ha surtido con posterioridad a la notificación por edicto efectuada por la secretaria del Tribunal Superior, máxime que, como enseguida se verá, la demanda no reúne los requisitos mínimos para ser admitida. Por lo tanto, no se lesiona siquiera el derecho de la no recurrente para insistir en la legalidad de una sentencia que la Corte no revisará (Auto del 7 de septiembre de 2005, radicado 23.894, M. P. ÁLVARO PÉREZ PINZÓN).

<sup>9</sup> Resulta claro que la afectación del debido proceso o de las formas propias del juicio deben tener una trascendencia máxima, al respecto la Procuraduría General de la Nación ha dicho: “En lo que hace relación al procedimiento por el que se tramitó este expediente, el ordinario de única instancia, no se presentan causales con entidad de invalidar lo actuado o parte de las diligencias, en razón a que no se observan irregularidades sustanciales que puedan socavar las bases del debido proceso ni el derecho a la defensa. Las nulidades proceden cuando se ha afectado de manera importante y trascendente los derechos enunciados, lo cual no ocurrió en este proceso, en el que los sujetos procesales gozaron de amplias garantías sustantivas y procesales para el ejercicio pleno del contradictorio, habida consideración del desarrollo a cabalidad del principio de publicidad. Tan cierto es lo acabado de decir que el mismo recurrente que pugna por la nulidad no la fundamentó con argumentos relevantes a las ofensas causadas al debido proceso o al derecho de defensa; no pudo indicar la trascendencia de las irregularidades que anota en relación con estos derechos, quedándose solo en eso, en informalidades intrascendentes respecto de los derechos fundamentales protegidos por el artículo 29 de la Constitución Política (27 de febrero de 2004- Viceprocuraduría – radicación número 00273503-02).

dente será la nulidad. Pensamos que frente a la producción de actos procesales consustanciales a la naturaleza del debido proceso, como la competencia para proferir el fallo en materia disciplinaria, no habría porque probar el perjuicio sufrido, sin embargo la Corte Suprema de Justicia exige tanto cuando se afecta las garantías de los sujetos procesales como cuando se socavan las bases fundamentales del proceso que quien impetra la nulidad demuestre el perjuicio. Veamos en una decisión reciente en la que trata los dos temas; primero respecto del derecho de defensa, en el que obviamente deberá demostrarse el perjuicio sufrido y en segundo lugar se refiere a la afectación del debido proceso:

- 1. Tema. Violación derecho de defensa.** “Así sólo procede la anulación de lo actuado en aquellos casos en que el imputado ha carecido en forma absoluta de ella durante la actuación adelantada en su contra, pues, como ha insistido la jurisprudencia de la Sala en precisarlo, “la violación al derecho de defensa técnica o profesional que inexorablemente conduce a la invalidación del proceso es aquel absoluto estado de abandono o indefensión material o sustancial y no meramente procesal en que se deje a un imputado, de donde resulta necesario no solamente que la falta de defensa sea efectiva, en el sentido señalado, sino además total, es decir, que sea ostensible y manifiesto el vacío defensivo, que conduzca a un extremo mayor e intolerable la reducción de las posibilidades de defensa y que tal mengua sea la causa determinante de un perjuicio concreto para quien la misma debe garantizarse...Por ello, reiterativamente ha pregonado la Corporación que no siempre la inactividad del defensor puede conducir indefectiblemente a la violación del derecho a la defensa que asiste a todo sindicado dentro del proceso penal, porque es en cada caso concreto donde se impone determinar la situación real de la asesoría técnica, a fin de establecer si de acuerdo con las circunstancias particulares se daban posibilidades que catalogadas de necesarias para la demostración de la inocencia del acusado, o tendientes a atenuar su responsabilidad, dejaron de llevarse a término por la abulia o inactividad del abogado defensor”.
- 2. Tema. Violación al debido proceso.** “La alegación por la supuesta violación al debido proceso que conlleve a la invalidación de la actuación, debe comportar la demostración fehaciente de irregularidades sustanciales que efectivamente menoscaban la estructura formal y conceptual del esquema procesal en una cualquiera de sus fases, lo cual implica para el censor, como de antaño lo tiene establecido la doctrina de la Corte: a) Identificar el acto irregular; b) Concretar de qué manera una tal irregularidad afectó la integridad de la actuación o conculcó las garantías pro-

cesales; c) Explicar por qué es irreparable el daño; y, d) Señalar el momento a partir del cual se debe reponer la actuación” ( Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, auto casación 23-03-2006 Ponentes Sigifredo Espinosa Pérez y Alfredo Gómez Quintero).

Es evidente que la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia, que es reiterativa, en relación con el principio en comento para la procedencia de la declaratoria de la nulidad exige por una parte tanto en relación con la afectación de garantías de los sujetos procesales, como en lo concerniente a la violación al debido proceso la demostración por parte del petente de la trascendencia sustancial del vicio, y por otra, la causación de un perjuicio para un sujeto procesal. Particularmente nos parece que en relación con el segundo tema no debe imponerse la carga al solicitante de la nulidad de la demostración del perjuicio, pues el perjuicio se le causa es al proceso, a su validez, como cuando se profiere el fallo disciplinario por un funcionario incompetente.

### **5.3. Principio de protección**

La ley se refiere a este principio bajo los siguientes términos: “No puede invocar la nulidad el sujeto procesal que haya coadyuvado con su conducta a la ejecución del acto irregular, salvo que se trate de la falta de defensa técnica”. Se asienta este principio en el principio de lealtad procesal, conforme con el cual todo el que interviene en el proceso lo debe hacer con fidelidad a la ley y a las buenas costumbres, con buena fe y con honestidad. Por lo tanto, si el sujeto procesal actúa contrariando tales postulados no puede plantear la invalidez del asunto, pues su comportamiento desleal traerá como consecuencia el que no proceda su petición. Quien ha dado lugar al acto anómalo no puede, luego, predicar la invalidez del proceso, pues el Estado estaría patrocinado con tal declaratoria la mala fe o el grave descuido y negligencia de un sujeto procesal.

En el ámbito procesal moderno se tiene que la defensa técnica es considerada como un derecho fundamental necesario para la validez del proceso, tal característica presupone por lo tanto las condiciones básicas de todos los derechos fundamentales, entre las cuales sobresalen su irrenunciabilidad y su inalienabilidad. De esa manera, procederá la nulidad aún cuando el sujeto procesal haya dado lugar al vicio, siempre que se esté en presencia de la afectación material del derecho de defensa técnica. La irrenunciabilidad de la defensa técnica implica que a tal prerrogativa no puede desistirse por la parte afectada y la inalienabilidad impone que como derecho fundamental no puede ser objeto de disposición voluntaria por su titular, ni su ejercicio puede serle desconocido o transferido a otras personas o supuesto por el ejercido por otros

procesados. Sin embargo, en el derecho disciplinario la defensa técnica funciona de forma diversa al derecho procesal penal, pues en este campo el disciplinado puede optar por sí mismo a ejercer su defensa, él mismo puede rendir la diligencia de versión libre sin la presencia de defensor, el puede optar por no otorgarle poder a un abogado para que asuma su defensa. Así las cosas, en materia disciplinaria la defensa técnica es renunciable por virtud de la misma ley. Ello en tanto es la misma ley la que autoriza la realización del trámite procesal sin la necesidad de un profesional del derecho cuando por voluntad propia el disciplinado ha querido personalmente asumir su defensa.

No obstante, si por ejemplo, el investigado es renuente a acudir al proceso en el evento del proferimiento del pliego de cargos el juez disciplinario no le designa defensor de oficio para que asuma su defensa, el vicio generado por el investigado no implica que no se pueda decretar la nulidad del acto por ausencia de defensa técnica.

En este ámbito debe distinguirse entre juzgamiento en ausencia y juzgamiento del disciplinado renuente a comparecer al proceso. En torno al primer caso, el disciplinado no es ubicado por parte del despacho para darle a conocer la imputación o la existencia de la investigación, frente a ello es indispensable que la autoridad disciplinaria le garantice el derecho de defensa, nombrándole para ese menester, defensor de oficio. Puede optarse por tal designación desde la misma indagación preliminar una vez agotada la tarea de su ubicación, sin embargo, desde el punto de vista legal lo que afectaría el proceso sería la no designación del defensor de oficio al momento de proferir el pliego de cargos. El investigado renuente es aquel que habiendo sido informado de la existencia de la investigación, ha asumido una actitud de rebeldía frente a los llamados de la justicia, marginándose voluntariamente de la posibilidad de materializar el derecho de defensa, es el caso del disciplinado que se notifica de las decisiones, pero no interpone los recursos de ley o no presenta los descargos o los alegatos finales previos al fallo, tal comportamiento no genera nulidad. Tampoco habría necesidad de designarle un defensor de oficio.

#### **5.4. Principio de convalidación**

Determina la ley que “los actos irregulares pueden convalidarse por el consentimiento del perjudicado, siempre que se observen las garantías constitucionales”. Conforme con este principio el consentimiento expreso, tácito o presunto del perjudicado con el acto, tiene la contundencia para convalidar el acto irregular, es decir, tiene la idoneidad para restaurar lo anómalo y convertirlo en un acto normal y admisible para el proceso.

Si el investigado no fue notificado debidamente del pliego de cargos, pero aún así presentó en términos sus descargos, tal comportamiento debe dar lugar a comprender que con su consentimiento ha convalidado la irregularidad, produciéndose en consecuencia su subsanación. Convalidación, presupone que la parte afectada renuncia a impetrar la nulidad, por tal motivo se entiende subsanada la irregularidad.

Hay dos clases de convalidación la expresa y la presunta o tácita. En virtud de la primera el perjudicado con el acto de manera clara disiente de la invalidación de la actuación y acude al proceso de forma directa manifestando su aquiescencia con el trámite procesal. En relación con la segunda, cuyo fundamento radica en que si no se solicita en la oportunidad legal la nulidad, precluye el derecho a impetrarla, si en tiempo y en la forma se autoriza o permite cuestionar u oponerse a la actuación y se opta por guardar silencio, ello hace presumir que se admite o se está conforme con el trámite de la actuación.

El principio de convalidación admite excepciones, pues no se puede convalidar un acto cuando se ha vulnerado una garantía constitucional fundamental, por ejemplo se acepta de forma expresa que el fallo de primera instancia sancionatorio fue proferido por un funcionario incompetente, tal aceptación no convalida la decisión. Si se omitió el traslado para alegar y se apela del fallo sancionatorio, el acto de apelación no convalida la irregularidad que afectó el derecho de defensa en etapa anterior.

### **5.5. Principio de naturaleza residual de la nulidad**

Es un principio de suma valía en el trámite procesal, en virtud de este se comprende a la nulidad como una medida extrema, como un instrumento de última opción, como algo que se constituye en la última alternativa. Este principio enseña que la gravedad del vicio aconseja que la única solución es la declaratoria de invalidez del trámite, en sentido contrario determina que, si hay otra opción diversa a la nulidad, debe acudirse a ella en primer medida. El vicio puede ser subsanado por otros medios diferentes a las nulidades, sin que ello suponga volver a etapas o fases procesales ya superadas. En ese sentido la ley procesal establece unos filtros previos a cualquier nulidad, tales como la corrección de actos irregulares, la reconstrucción del expediente, la corrección del fallo, etc., que a la postre son mecanismos jurídicos para no acudir a las nulidades.

En últimas, cuando no se afectan las bases fundamentales del juicio o el derecho de defensa, o el vicio apenas alcanza la categoría de irregularidad o existe otro remedio procesal al cual se pueda acudir para subsanar la afectación del acto, se debe prescindir en todo caso de decretar la nulidad.

## 5.6. Principio de la necesidad y procedencia de la prueba

En materia penal la Ley 600 de 2000, respecto de este principio señala que: *“Cuando la resolución de acusación se funde en la prueba necesaria exigida como requisito sustancial para su proferimiento, no habrá lugar a declaratoria de nulidad si la prueba que no se practicó y se califica como fundamental puede ser recaudada en la etapa del juicio; en cambio, procederá cuando aquella prueba fuese imprescindible para el ejercicio del derecho de defensa cuando se impartió confirmación a las resoluciones que negaban su práctica, a pesar de su evidente procedencia”*.

En materia disciplinaria la resolución de acusación propia del proceso penal de la ley 600 de 2000, tiene su correspondencia en el pliego de cargos del proceso ordinario y en el auto de citación a audiencia del procedimiento verbal. Este principio tiene una aplicación restringida en materia disciplinaria, habida cuenta que el verdadero debate probatorio en esta materia confluye es en la etapa de descargos y probatoria, posterior al pliego de cargos. Por tal motivo, cualquier prueba que no se haya practicado en la etapa de indagación o en la etapa de investigación puede ser, luego, decretada y practicada con posterioridad al pliego de cargos o al auto de citación a audiencia. Esa sería la regla general. Sin embargo, si el disciplinado o su defensa en la investigación ha solicitado de manera reiterada una prueba que pueda servir de fundamento para desvirtuar la imputación y no ha recibido contestación alguna y es sorprendido con el pliego acusatorio, es claro que en virtud de las normas procesales y los principios que rigen las nulidades penales cuya aplicación inciden en el campo disciplinario, podría dar lugar a nulitar el pliego.

Cuando el ataque al fallo va dirigido al quebrantamiento del derecho de defensa por que no se recaudó alguna prueba, se deben tener en cuenta los siguientes aspectos: 1. Especificar cuáles son aquellos medios probatorios cuya ausencia extraña, verbi gratia testimonios, experticias, inspecciones, verificación de citas, etc. 2. explicar razonadamente que tales medios de convicción eran procedentes, por estar admitidos en la legislación procesal; conducentes, por relacionarse directamente con el objeto de la investigación o del juzgamiento; y factibles de practicar, puesto que ni los abogados defensores ni los funcionarios están obligados a intentar la realización de lo que no es posible lógica, física ni jurídicamente. 3. En cuanto esté a su alcance, el petente debe aproximarse al contenido material de las pruebas omitidas, para brindarle la oportunidad al operador jurídico de confrontar el aporte de aquellos elementos de convicción con las motivaciones del fallo y así poder concluir si en realidad se han vulnerado las garantías fundamentales del investigado. 4. Y por último es preciso que el solicitante discierna acerca de la

manera cómo las pruebas dejadas de practicar por la ausencia de investigación integral, tenían capacidad de incidir favorablemente en la situación del procesado<sup>10</sup>.

En materia probatoria en el ámbito del derecho sancionatorio es esclarecedora la decisión de la Corte Constitucional en la que definió el contexto de la prueba ilícita. En esa decisión dispuso:

“...cuando el juez de conocimiento se encuentra en el juicio con una prueba ilícita, debe en consecuencia proceder a su exclusión. Pero, deberá siempre declarar la nulidad del proceso y excluir la prueba ilícita y sus derivadas, cuando quiera que dicha prueba ha sido obtenida mediante tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial. En efecto, en estos casos, por tratarse de la obtención de una prueba con violación de los derechos humanos, esta circunstancia por si sola hace que se rompa cualquier vínculo con el proceso. En otras palabras, independientemente de si la prueba es trascendental o necesaria, el solo hecho de que fue practicada bajo tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial, es decir mediante la perpetración de un crimen de lesa humanidad imputable a agentes del Estado, se trasmite a todo el proceso un vicio insubsanable que genera la nulidad del proceso, por cuanto se han desconocido los fines del Estado en el curso de un proceso penal, cual es la realización de los derechos y garantías del individuo. Además, como queda ya comprometida la imparcialidad del juez que ha conocido del proceso, debe proceder además a remitirlo a un juez distinto.

...Tradicionalmente en derecho colombiano se ha entendido que la aplicación de la regla de exclusión no invalida todo el proceso- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 1º de febrero de 1993 y auto de 5 de mayo de 1997., sino que la prueba ilícita no puede ser tomada en cuenta al momento de sustentar una decisión. No obstante lo anterior, entiende la Corte que tal principio debe ser exceptuado cuando quiera que se pretenda hacer valer en un juicio oral una prueba que ha sido obtenida en flagrante desconocimiento de la dignidad humana, tal y como sucede con las confesiones logradas mediante crímenes de lesa humanidad<sup>11</sup>...”.

Tal determinación tiene fuerza vinculante para todo el régimen sancionatorio, incluido, por supuesto, el derecho disciplinario, además, la ley 734 de 2002 señala en el artículo 140 que toda prueba recaudada sin el lleno de las formalidades sustanciales o con vulneración de los derechos fundamentales del disciplinado se tendrán como inexistentes. En virtud de la decisión en comento, además de la inexistencia de la prueba, si hay violación de los derechos humanos del investigado hay lugar a la nulidad de todo el trámite procesal.

<sup>10</sup> Cfr. Casación No. 15032-09-06 2004. (M. P. ÉDGAR LOMBANA TRUJILLO).

<sup>11</sup> Sentencia C-591-2005. Expediente 5415. M. P. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.

### 5.7. Principio de taxatividad o de especificidad

Al respecto la ley señala que no podrá decretarse la nulidad por causal diferente a las contempladas en el código disciplinario, esto es, solo habrá lugar a decretar una nulidad por las causales que expresamente señala la ley disciplinaria. Tal principio impone que las nulidades no se puedan aplicar por analogía, por un procedimiento de conminación o discrecional del juez disciplinario o por remisión normativa. Sin embargo, como el legislador no puede prever de forma específica y detallada todas las circunstancias, irregularidades o vicios que pueden generar nulidades, la ley establece una cláusula abierta o amplia enmarcada en la determinación de tres núcleos básicos: la falta de competencia para proferir el fallo, la violación del derecho de defensa y la comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso.

Dentro de las pautas atenuadoras del principio de especificidad, que revisten a la vez, el carácter de complementarias e integrativas de él, se pueden citar: a) Disposición prohibitiva asimilada a la nulidad expresa. Equipara a las nulidades expresas, las derivadas de disposiciones imperativas. V. gr. , las expresiones, “ no será permitido”, “es inadmisibles”, “no podrá”, son suficientes para que el juez pueda pronunciar la nulidad, aunque ésta no esté prescripta en forma expresa; b) Omisión de elementos sustanciales del acto. A falta de un texto imperativo, se faculta al juez para declarar la nulidad, cuando se ha omitido un elemento sustancial en la ejecución de un acto (son las llamadas nulidades implícitas)<sup>12</sup>.

### 5.8. Principio de acreditación

Es un principio cuya fuente de existencia es jurisprudencial, empero también legal pero no por vía de la regulación de los principios, sino mediante la exigencia de los requisitos necesarios para formular la solicitud de nulidad de que trata el artículo 146 de la Ley 734 de 2002. Conforme con este principio y con el artículo en mención quien alega la configuración de un motivo invalidatorio, está llamado a especificar la causal que invoca y a plantear los fundamentos de hecho y de derecho en los que se apoya<sup>13</sup>. Ello quiere decir que quien alega la nulidad tiene la carga de fundamentar la solicitud expresando de manera clara la causal que invoca y explicitando los fundamentos jurídicos y fácticos en los que asienta la petición. La solicitud no puede ser

<sup>12</sup> Cfr. MAURINO, Alberto Luis. Nulidades Procesales, página 37. Editorial Astrea. Buenos Aires 1995.

<sup>13</sup> Cfr. Casación número 21580-03.03 -2004 (Magistrados Ponentes: Doctores MARINA PULIDO DE BARÓN y JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS).

entonces escueta, no puede ser un escrito incoherente, plano o anfibológico. Si no se reúnen esos presupuestos la solicitud debe ser rechazada por falta de los requisitos de ley.

## 6. NULIDAD E INEXISTENCIA

La diferencia fundamental entre estos temas que incumben a la teoría general de la ineficacia de los actos procesales, está en que el acto inexistente es aquel que se produce o se lleva a cabo su práctica sin el lleno de los requisitos que la ley le señala para su configuración (artículo 140 de la Ley 734 de 2002).. El acto procesal inexistente no produce efectos jurídicos posteriores, es decir, los demás actos dependientes del acto inexistente no quedan contaminados por tal declaratoria. Se suele decir que no es necesaria la declaratoria de inexistencia de los actos procesales, sin embargo en aras de la seguridad jurídica, la lealtad procesal y el conocimiento de los sujetos procesales, resulta aconsejable la emisión de pronunciamientos al respecto.

La nulidad por su parte, siempre debe ser declarada y tal declaración comporta la invalidez de la actuación posterior, salvo las pruebas practicadas legalmente. Al respecto el artículo 145 de la Ley 734 de 2002, señala que: *“La declaratoria de nulidad afectará la actuación disciplinaria desde el momento en que se presente la causal. Así lo señalará el funcionario competente y ordenará que se reponga la actuación que dependa de la decisión declarada nula. La declaratoria de nulidad de la actuación disciplinaria no invalida las pruebas allegadas y practicadas legalmente”*.

## 7. LAS CAUSALES DE NULIDAD

El artículo 143 del Código único disciplinario determina que constituyen causales de nulidad en el ámbito disciplinario: la falta de competencia del funcionario para proferir el fallo; la violación del derecho de defensa del investigado y la existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso. En el contexto de este ensayo nos hemos referido a las dos últimas causales, por lo tanto en este apartado solo nos referiremos a la nulidad por falta de competencia. Por competencia debe entenderse el grado de la jurisdicción que le corresponde a un juez para conocer de un asunto atendiendo los factores de competencia que por vía legal existen. Esos factores son: subjetivo- calidad del sujeto disciplinable (artículo 75 Ley 734 de 2002); objetivo- la naturaleza del hecho (Decreto 262 de 2000); territorial, lugar donde se cometió o consumó el hecho (artículo 80- Ley 734 de 2002); factor funcional- servicio, rango o función prestada por el servidor público y el factor de la conexidad (artículos 81 y 151 de la Ley 734 de 2002).

Sobre la causal de nulidad referida la Corte Constitucional de antaño, definió como funciona la jurisdicción y la competencia en la Procuraduría General de la Nación, señalando:

*“La incompetencia para fallar.* En relación con la constitucionalidad de la norma acusada, esta Corporación coincide plenamente con los argumentos formulados por la Vista Fiscal, según los cuales se encuentra razonable y proporcionada esta determinación, toda vez que la actuación y competencia de la Procuraduría General de la Nación no puede ser confundida con la de los jueces de la República, en donde los conceptos jurisdicción y competencia demarcan el derrotero de la actuación de estos. La función disciplinaria de la Procuraduría es una y, en ese orden, pese a que el legislador distribuyó la actuación disciplinaria en cabeza de distintos funcionarios que componen e integran la Procuraduría, no existe razón para que se decrete la nulidad de aquellas actuaciones surtidas por funcionario distinto de aquel que debe fallar<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> Cfr. Sentencia C-181 del 12 de marzo de 2002, M. P. MARCO GERARDO MONROY CABRA. Esta decisión sigue teniendo vigencia bajo los presupuestos de la Ley 734 de 2002, aun cuando se produjo respecto del artículo 131 de la Ley 200 de 1995, pues tal disposición fue reproducida en el artículo 143 de la Ley 734 de 2002.



[www.imprenta.gov.co](http://www.imprenta.gov.co)  
PBX (0571) 457 80 00  
Diagonal 22 B No. 67-70  
Bogotá, D. C., Colombia