

**LECCIONES DE
DERECHO
DISCIPLINARIO
VOLUMEN IV**

**OBRA
COLECTIVA**

**Coordinadores Académicos
Carlos Arturo Gómez Pavajeau
Esiquio Manuel Sánchez Herrera**



Instituto
de Estudios
del Ministerio
Público



**INSTITUTO
COLOMBIANO
DE DERECHO
DISCIPLINARIO**



© Procuraduría General de la Nación
© Instituto de Estudios del Ministerio Público - IEMP
Carrera 5ª No. 15-80 piso 16
Bogotá, D. C., Colombia
PBX (1) 3520066 – 3360011
Ext. 11618 – Tel.: 337 5422
<http://iemp.procuraduria.gov.co>

Diseño de portada
Hernán Hel Huertas Olaya
Diseñador gráfico IEMP

Coordinador Editorial
José Patrocinio Castañeda

Diagramación e Impresión
Imprenta Nacional de Colombia

Primera Edición
Se permite su producción parcial con debido crédito
de la Procuraduría General de la Nación

Los conceptos y opiniones expresados en este documento
son de exclusiva responsabilidad de su autor y no
comprometen a la Procuraduría General de la Nación

Impreso en Colombia
Bogotá, D. C., diciembre de 2007

ISBN 978-958-8295-57-2

PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN
EDGARDO JOSÉ MAYA VILLAZÓN

VICEPROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN
CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU

DIRECTORA INSTITUTO DE ESTUDIOS
DEL MINISTERIO PÚBLICO
ELSA BARÓN DE RAYO

CONTENIDO

Págs.

PRESENTACIÓN POR EL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN	11
PROEMIO POR EL PRESIDENTE DEL INSTITUTO COLOMBIANO DE DERECHO DISCIPLINARIO	13

LIBRO PRIMERO PARTE GENERAL

LA FUNCIÓN DISCIPLINARIA COMO ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN SENTIDO MATERIAL Y EL CONTROL DE LEGALIDAD	19
Edgardo José Maya Villazón	
ACEPCIONES CONSTITUCIONALES DE LA EXPRESIÓN <i>FUNCIÓN PÚBLICA</i>	27
Pedro Alfonso Hernández	
Presentación	27
1. Función Pública: Actividad cuya titularidad corresponde al Estado.....	28
2. Función Pública: Relaciones laborales en el sector público	30
3. Acepciones de Función Pública: No se trata de una imprecisión sino de una característica del ordenamiento nacional	31
4. La separación conceptual no se traduce en una tajante separación material ...	37
Conclusión	38
MOCIÓN DE CENSURA	39
Eduardo Enríquez Maya	

	Págs.
Presentación.....	39
1. Las características del Sistema Parlamentario de gobierno y la Moción de Censura.....	40
2. La Moción de Censura en la Constitución Política de 1991.....	41
3. La Moción de Censura en el Acto Legislativo No. 1 de 2007 y su razón de ser.....	43
4. Unas reflexiones finales.....	48

LIBRO SEGUNDO PARTE ESPECIAL

EL EJERCICIO ILEGAL DE LA PROFESIÓN EN EL NUEVO CÓDIGO DISCIPLINARIO DEL ABOGADO.....	55
Carlos Arturo Ramírez Vásquez	
1. El ejercicio ilegal de la profesión antes de la Ley 1123 de 2007.....	55
2. El ejercicio ilegal de la profesión en la Ley 1123 de 2007.....	58
INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS.....	63
Mónica Ivón Escalante Rueda, Piedad Lucía Villarraga Rengifo, Maía Valeria Borja Guerrero y Héctor Julio Quiñones Monroy Claudia Patricia Hernández León, Dirección Jurídica	
PRESENTACIÓN, Fernando Antonio Grillo Rubiano.....	63
ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL NUEVO CÓDIGO DISCIPLINARIO DEL ABOGADO Ley 1123 de 2007.....	209
Soraya Clavijo Ramírez	

LIBRO TERCERO PROCESAL DISCIPLINARIO

LA PRUEBA ILEGÍTIMA EN LA JURISPRUDENCIA.....	231
Carlos Arturo Gómez Pavajeau	

	Págs.
1. Cláusulas constitucionales sobre reserva judicial en la afectación de derechos fundamentales	233
2. Facultades del Procurador General de la Nación para afectar constitucionalmente derechos fundamentales.....	235
3. Concepto de prueba inconstitucional e ilegal: su ilegitimidad	238
4. Efectos jurídicos de la prueba ilegítima: la teoría del “ <i>cesto de manzanas podridas</i> ”. Excepciones o teoría intermedia	254
4.1. La tradición jurisprudencial	256
4.2. Deber del administrador de justicia de excluir del acervo probatorio la prueba ilegítima.....	260
4.3. Excepciones o teoría intermedia	263
4.3.1. La prueba ilegítima como única, principal o fundamental	263
4.3.2. La prueba ilegítima por graves violaciones a los derechos humanos	266
5. La teoría de “ <i>los frutos del árbol envenenado</i> ” en la jurisprudencia del Consejo de Estado.....	267
6. Conclusiones	269
 DILIGENCIAS RESERVADAS Y PROCESO DISCIPLINARIO	 271
Francisco Farfán Molina	
1. Las facultades jurisdiccionales del Procurador General	271
2. Desarrollo legal mediante los artículos 135 de la Ley 200 de 1995 y 148, numeral 3, de la Ley 734 de 2002.....	273
3. Jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado que respaldan las facultades del Procurador para decretar diligencias reservadas	275
4. El allanamiento, registro e incautación de elementos materiales de prueba en domicilios u otros espacios físicos asimilados.....	278
4.1. La injerencia en el derecho fundamental a la intimidad domiciliaria	278
4.2. Los presupuestos de la injerencia legítima	281
4.3. Registro vehicular	284
4.4. La diligencia de allanamiento y registro en el proceso penal y disciplinario	285
4.5. Consentimiento del morador.....	288
4.6. Aplicaciones prácticas del registro de domicilio en el proceso disciplinario	291
5. Interceptación de comunicaciones telefónicas en el proceso disciplinario....	298
5.1. Intervención de comunicaciones telefónicas por parte de unos de los interlocutores en el proceso disciplinario	303
6. Operaciones encubiertas en el proceso disciplinario	305
6.1. El marco legal	305
6.2. La investigación del agente encubierto.....	308

	Págs.
6.3. La utilización de particulares en labores de infiltración	311
6.4. Los requisitos de la injerencia.....	311
7. Cámaras ocultas y videovigilancia.....	313
7.1. El seguimiento pasivo y la videovigilancia en el proceso disciplinario	315
8. Intervenciones corporales	319
8.1. Delimitación conceptual. Inspecciones e intervenciones corporales.....	319
8.2. Las intervenciones corporales en el proceso disciplinario.....	320
REVOCATORIA DIRECTA.....	325
Rubiola Meléndez Vargas y María Luz Álvarez Araújo.	
1. Definición.	325
1.1. Diferencias con la revocatoria de actos administrativos.....	325
2. Diferencia sustancial entre la revocatoria directa y la nulidad del acto.....	328
3. Decisiones disciplinarias objeto de revocatoria directa	330
3.1. Los fallos sancionatorios	330
3.2. Los fallos absolutorios y los archivos definitivos.....	330
4. Causales de revocación de los fallos sancionatorios.....	331
5. Presupuestos de procedibilidad de la revocatoria directa	331
6. Requisitos para solicitar la revocatoria de los fallos	332
7. Competencia para decidir la solicitud de revocatoria directa	333
7.1. Revocatoria de fallos sancionatorios	335
7.2. Revocatoria de los fallos absolutorios	336
7.3. Revocatoria de los autos de archivo definitivo	339
8. De las víctimas o perjudicado	340
9. De los fallos sustitutivos	341
10. De la solicitud de revocatoria del auto de archivo.....	342
11. Otras decisiones en materia de revocatoria.....	342

LIBRO CUARTO DOCUMENTOS

ESTATUTOS DEL “INSTITUTO COLOMBIANO DE DERECHO DISCIPLINARIO”	345
--	-----

Presentación

Alcanzamos en esta ocasión el Cuarto Volumen de nuestra Colección “Lecciones de Derecho Disciplinario. Obra Colectiva”, órgano de divulgación académica de la Procuraduría General de la Nación.

La meta impuesta, publicación de los primeros seis tomos en este año y los siguientes seis en el 2008, se está cumpliendo. El compromiso de los Coordinadores Académicos, doctores Carlos Arturo Gómez Pavajeau y Esiquio Manuel Sánchez Herrera, da cuenta del entusiasmo con el cual se han tomado nuestros colaboradores tan en serio el logro de este proyecto fundamental para el cumplimiento de nuestra más importante labor misional y, muy especialmente, para los desarrollos de un Derecho Disciplinario autónomo e independiente.

Prosiguen colaborando con serios y sesudos escritos nuestros servidores de la Procuraduría General de la Nación, pero también lo hacen reconocidos académicos y profesores universitarios como Pedro Alfonso Hernández, con su artículo sobre las “Acepciones constitucionales de la expresión función pública” y el Magistrado Auxiliar de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, Doctor Carlos Arturo Ramírez Vásquez, con su estudio sobre “El ejercicio ilegal de la profesión en el Nuevo Código Disciplinario del Abogado”.

Muy significativo e importante resulta el estudio denominado “Inhabilidades e incompatibilidades de los servidores públicos”, elaborado por los doctores Mónica Ivón Escalante Rueda, Piedad Lucía Villarraga Rengifo, Maía Valeria Borja Guerrero y Héctor Julio Quiñones Monroy, funcionarios estudiosos del Departamento Administrativo de la Función Pública, con la orientación de su Directora Jurídica Claudia Patricia Hernández León y presentación de su Director General doctor Fernando Antonio Grillo Rubiano.

Lo anterior es ejemplo de cómo las entidades públicas pueden cumplir cabal y fehacientemente con el deber de colaborar armónicamente en la consecución de los fines estatales superiores.

También lo es, ya aquí con la Rama Legislativa, el estudio sobre la “Moción de Censura” a cargo del Honorable Senador Eduardo Enríquez Maya. Vaya nuestros más sinceros agradecimientos a tan importante propuesta.

Nuestros agradecimientos nuevamente a la Universidad Externado de Colombia, pues aquí también está presente la huella imborrable de las enseñanzas impartidas en la Especialización de Derecho Disciplinario que ya alcanza siete promociones, imprimida a través de estudios de profesores de dicho postgrado y especialistas egresados que aquí también se publican.

Finalmente quiero hacer mención especial a la fundación “Instituto Colombiano de Derecho Disciplinario”, idea nacida, impulsada y materializada por los Abogados Especialistas en Derecho Disciplinario, casa de estudio que de ahora en adelante se constituye en “Órgano Consultivo” de la entidad en materia de publicaciones en área tan especializada.

Fernando Alberto Rodríguez Castro, promotor, mentor y primer presidente del Instituto reflexiona en estos estudios acerca de la visión y misión que institucionalmente inspira a los asociados.

Los miembros fundadores son los Abogados Especializados en Derecho Disciplinario egresados de dicho postgrado institucionalizado por la Universidad Externado de Colombia, primera promoción, en convenio con la Procuraduría General de la Nación; empero, invitamos a todos los cultores, profesores y especialistas en Derecho Disciplinario para que se asocien al instituto, para lo cual publicamos los estatutos como derroteros para ello.

Tal publicación se hace en una nueva sección que en este volumen inauguramos, denominada “**DOCUMENTOS**”, cuya finalidad será la de dar a conocer documentos como el anunciado y similares, textos de jurisprudencia y sus comentarios como también la recensión de estudios sobre Derecho Disciplinario.

EDGARDO JOSÉ MAYA VILLAZÓN
Procurador General de la Nación.

Proemio

Durante el desarrollo de la primera promoción de Especialistas en Derecho Disciplinario en el año 2004, dentro del programa académico desarrollado por la Procuraduría General de la Nación a través del Instituto de Estudios del Ministerio Público y la Universidad Externado de Colombia, algunos de los participantes mostraron su interés en que el estudio de esta disciplina no quedara limitado a un curso formal de especialización que se adelantaba en ese momento y mucho menos que se agotara con la aprobación del pénsun académico, sino que debía darse un nuevo impulso a lo que hasta ese momento se había logrado en esta disciplina del conocimiento, es decir, el que se hubiese consagrado esta especialización gracias al apoyo y financiación del Señor Procurador General de la Nación, doctor EDGARDO JOSÉ MAYA VILLAZÓN y al gran aporte académico del señor Viceprocurador, doctor CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU, quien con su impresionante producción intelectual había señalado en sus obras los caminos de la dogmática de esta novedosa materia en el concierto jurídico nacional.

Esta idea del INSTITUTO COLOMBIANO DE DERECHO DISCIPLINARIO – ICDD - se materializó, casi tres años después de su concepción, cuando el día 13 de julio de 2007 sesionó la primera asamblea de fundadores, más de medio centenar de especialistas en la materia acudimos desde distintos puntos de la geografía nacional para expresar nuestro caro compromiso en aras de enaltecer y llevar a las cumbres académicas una naciente disciplina jurídica como lo constituye el Derecho Disciplinario. Tesonera labor que iniciamos con nuestros deseos y experiencias profesionales desde los diferentes campos de la práctica profesional como el litigio y cumplimiento de la función pública al interior de los organismos de control disciplinario.

Es pues esta, nuestra propuesta académica y profesional abriendo un espacio más de discusión para la disciplina jurídica, por parte del ICDD que tiene como objeto contribuir al estudio, desarrollo, investigación, divulgación, avance, depuración y perfeccionamiento del derecho disciplinario y demás temas jurídicos con él relacionados. También lo es, la generación de espacios y oportunidades para el reconocimiento y progreso de sus miembros a través de las actividades compatibles.

Este es un proyecto que va de la mano con el establecimiento de una ética de lo público hoy en boga por el flagelo de la corrupción campeante en todos los sectores de nuestra sociedad, teniendo presente que el respeto por la dignidad humana se yergue como principio fundamental del Estado Social de Derecho que nos rige, y animados por la esperanza de un futuro mejor para las generaciones venideras.

En este orden de ideas el INSTITUTO tiene la misión de trabajar por el desarrollo, promoción y avance del Derecho Disciplinario, en el marco del Estado social y democrático de derecho en aras a generar una ética de lo público, compatible con el respeto por la dignidad humana, dentro de un marco jurídico y social justo, y en la visión establecida para un término de diez años el INSTITUTO COLOMBIANO DE DERECHO DISCIPLINARIO, junto con sus miembros, será reconocido como foro y fuente autorizada de consolidación, desarrollo y consulta sobre el Derecho Disciplinario, sobre su estado del arte, su proyección y tendencia tanto en el ámbito nacional como en el Iberoamericano.

En este corto plazo de vida institucional se ha logrado la creación del logo institucional el cual se presenta en la portada de esta obra colectiva, la contribución de varios de sus miembros a esta primera publicación en apoyo del IEMP de la Procuraduría General de la Nación, la gestión de la personería jurídica y trámites ante las autoridades tributarias, la búsqueda de una sede para el funcionamiento del Instituto y la formación de la Biblioteca de Derecho Disciplinario que ya cuenta con la primera colección donada por el Dr. Carlos Arturo Gómez Pavajeau.

Por estas razones invitamos a todos los practicantes y estudiosos del Derecho Disciplinario a formar parte de esta naciente familia y a contribuir con sus aportes y esfuerzos para lograr la consolidación del Instituto, y materialización de estos proyectos y otros más en ciernes que serán objeto de otras líneas.

Al final de la presente obra colectiva en el Capítulo de Documentos se encuentra la primera publicación oficial del Instituto de Estudios de Derecho

Disciplinario correspondiente a los estatutos sociales aprobados en la reunión constitutiva con el propósito de ser difundidos y conocidos por todos aquellos interesados en vincularse a esta gesta.

Termino no sin antes agradecer a los Drs. EDGARDO JOSÉ MAYA VILLAZÓN y CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU por su valioso e imponderable aporte en el logro de un sueño que hoy es una realidad, así como a todos los miembros fundadores del Instituto por su desprendido compromiso y entrega a esta gestión, y también a la funcionaria de la Oficina de Prensa DIANA CAROLINA CHACÓN quien nos donó el concepto y diseño de la hermosa y elegante imagen que identificará en adelante a nuestro Instituto. En hora buena por el Derecho Disciplinario Colombiano.

FERNANDO ALBERTO RODRÍGUEZ CASTRO
Presidente
Instituto Colombiano de Derecho Disciplinario.



LIBRO PRIMERO
PARTE GENERAL

La función disciplinaria como administración de justicia en sentido material y el control de legalidad

Por Edgardo José Maya Villazón*

Como es de público conocimiento, una de las grandes reformas de la Constitución Política que actualmente nos rige, consistió en conferir una nueva naturaleza jurídica, en los aspectos orgánico, material y funcional tanto del Ministerio Público como de la Procuraduría General de la Nación. La Constitución Política de 1991, además de crear la institución de la Defensoría del Pueblo y hacerla parte integrante del Ministerio Público, resaltó que este conjunto de órganos tienen a su cargo la defensa de los intereses de la sociedad, para lo cual podrán desplegar actuaciones preventivas y de intervención ante autoridades judiciales, y actuar como juzgador disciplinario.

Dicho Ministerio Público se erige como un órgano de control autónomo e independiente, que tiene como su Supremo Director al Procurador General de la Nación, para recoger de esta manera las nuevas tendencias del derecho constitucional europeo y latinoamericano que ubican a los entes de vigilancia y control de manera alejada del Poder Ejecutivo.

Se produce así una modificación sustancial frente a lo plasmado en nuestra anterior Constitución Política, la Carta de 1886, la Procuraduría General de la Nación estaba vinculada estrechamente a la Rama Ejecutiva del Poder Público, toda vez que el Ministerio Público se ejercía bajo la suprema di-

* Procurador General de la Nación.

recepción del Presidente de la República (artículos 142 inciso 1° y 144 inciso 1°).

Ahora bien, entre las múltiples funciones misionales conferidas al Ministerio Público en la Constitución Política (artículo 277) se destaca la relacionada con la competencia disciplinaria y que consiste en el ejercicio de la vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas.

El poder disciplinario preferente que se le atribuye a la Procuraduría General de la Nación, ha adquirido, a partir de la Constitución de 1991, una connotación propia. Hoy podemos afirmar que el derecho disciplinario es una especialidad jurídica, que cuenta con una estructura autónoma, apartándose definitivamente de las distintas tendencias que, en unos casos, lo ubicaban como una especie del derecho penal, mientras que en otros, como una modalidad del derecho administrativo.

Por ende, puede afirmarse que el derecho disciplinario tiene una dogmática propia, distinta a la del derecho penal, fundamentada en el especial alcance de los principios de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, y con las particularidades propias de una nueva disciplina que se ha logrado edificar.

En la consolidación de esta nueva disciplina jurídica se resalta la diferenciación que se hace entre las relaciones generales y las especiales de sujeción que separan lo penal de lo disciplinario. Tampoco puede pasar inadvertida la expedición de la Ley 200 de 1995, primer Código Disciplinario Único, que buscó recoger la dispersa y atomizada normatividad reglamentaria existente, para condensarla en un solo cuerpo legal regulatorio de los deberes, prohibiciones, régimen de inhabilidades e incompatibilidades, conflicto de intereses, procedimiento y sanciones disciplinarias aplicables a los distintos servidores públicos y a los particulares que desempeñen funciones públicas. Pero, el mayor avance lo constituye la expedición de la Ley 734 de 2002, teniendo en cuenta que este nuevo Código Disciplinario Único, reafirma la naturaleza jurídica *sui generis* de esta disciplina, a través de institutos propios que dan cuenta de sus hondas diferencias con otras modalidades de derechos sancionatorios.

Así, frente al tema de la falta disciplinaria, hay una relación de diferencia con el derecho penal. El profesor Claus Roxin, considera esta diferencia desde los supuestos de la exigibilidad al decir: “en su configuración el derecho disciplinario se distingue del derecho penal en que renuncia en gran me-

da a tipos exactamente descritos y en que está orientado el autor”. Quiere decir lo anterior que es una particularidad propia del derecho disciplinario, el que las conductas constitutivas de faltas disciplinarias se describan en la forma de tipos abiertos –*numerus apertus*-, a diferencia de lo que ocurre en materia penal, en donde la descripción típica es absolutamente detallada y precisa. Tal particularidad, como lo ha reconocido la Corte Constitucional (sentencia C-427 de 1994), permite al fallador disciplinario contar “con un mayor margen de valoración e individualización de las faltas sancionables por la diversidad de comportamientos que pugnan contra los propósitos de la función pública y del régimen disciplinario”.

Como otra muestra de la dogmática disciplinaria, el legislador ha consagrado, ya no causales de justificación de la conducta, sino la noción más amplia y acabada de causales de exclusión de la responsabilidad disciplinaria, que recoge tanto las categorías de justificación de la conducta, como las de inculpabilidad.

De otro lado, el ilícito disciplinario comporta siempre la referencia a la noción de deber, valga decir, se reprocha el quebrantamiento formal en relación con el deber normativo. Se debe recalcar que el referido quebrantamiento no se adecua a la institución de la antijuridicidad material, según su significado en un derecho penal que construye su idea del injusto a partir de la norma penal entendida como norma objetiva de valoración.

Todo lo anterior, sin perjuicio de las particularidades derivadas de la clasificación de las faltas, grados de culpabilidad, trámite procesal y régimen de sanciones.

Estas breves referencias, encaminadas a demostrar la existencia de unas características propias del derecho disciplinario, permiten dar cuenta de las especiales atribuciones que tiene y desarrolla la Procuraduría General de la Nación como juez disciplinario, desde la perspectiva de órgano de control autónomo e independiente, que le han dado la connotación, en palabras de la Corte Constitucional, de juez natural disciplinario (sentencia C-429 de 2001), cuyas decisiones deben ser examinadas desde la perspectiva del “respeto por la autonomía e independencia de la Procuraduría General de la Nación en tanto juez disciplinario”, dada la existencia de unos “márgenes constitucionales propios de su autonomía”.

Dentro de tal ámbito, de una manera coherente y clara, la Corte Constitucional, ha señalado que “las autoridades disciplinarias despliegan una actividad

con contenidos propios de la función de administrar justicia” (sentencia C-014 de 2004) y consecuentemente la función disciplinaria comporta que, en los procesos disciplinarios bajo su trámite, “materialmente se cumple la función de administrar justicia” (Sentencia SU-901 de 2005).

Así las cosas, si la Procuraduría General de la Nación es un órgano de control autónomo e independiente, que al ejercer su función constitucional disciplinaria (artículos 118 y 277, numeral 6 de la Constitución Política) actúa como juez natural que administra materialmente justicia, y encontrándose autorizado el Procurador General de la Nación para “impartir directrices generales de interpretación de las normas disciplinarias” (sentencia T-1093 de 2004), es obvio que el control de legalidad que la jurisdicción de lo contencioso administrativo realiza de este tipo de actos, no puede tener el mismo alcance que el que se efectúa sobre las demás actuaciones de la administración.

Las anteriores premisas y consideraciones, me permiten señalar el planteamiento central de esta exposición, encaminado a que el juez encargado del control de legalidad de las decisiones disciplinarias, incluyendo aquéllas relacionadas con procesos que guarden relación con el desconocimiento o vulneración de las normas que regulen la contratación estatal, al momento de estudiar las decisiones proferidas en esta materia, debe enfocar su análisis a los aspectos formales y de expedición regular de la decisión (competencia, oportunidad, motivación, etc.), sin entrar a efectuar una nueva valoración probatoria o un nuevo estudio interpretativo de la decisión inmersa en la providencia, a menos que se encuentre frente a una decisión manifiestamente arbitraria lo cual no es usual en el ámbito de la Procuraduría

Al hacer un recorrido por el derecho comparado, encontramos que en la Argentina, tal como lo explica el doctrinante Roberto Enrique Luque en su obra “Revisión judicial de la actividad administrativa”, ocurre lo propio. En tal sentido, al referir el ámbito del control de legalidad de las decisiones disciplinarias a cargo de la Corte Suprema de Justicia Nacional, refiere:

En materia disciplinaria, la Corte Suprema sostuvo que “si bien es incuestionable que el Poder Judicial se encuentra investido de la potestad de revisar actos disciplinarios emanados de la Administración, también lo es que el ámbito posible de intervención de los magistrados sólo comprende, salvo caso de arbitrariedad manifiesta, el control de su regularidad y no el de la conveniencia o razonabilidad que las medidas de los funcionarios competentes hayan

adoptado en ejercicio de las facultades de que se hayan investidos por normas cuya validez no ha sido objetada”¹.

En este orden de ideas, resulta cuestionable que, el control de legalidad, a cargo de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, frente a un acto que es expresión material de la administración de justicia y que ha sido expedido por un órgano autónomo e independiente, que tiene como función constitucional propia, cual es la de actuar como juez disciplinario y ejercer el poder preferente en esta materia, pueda posteriormente ser cuestionado en una suerte de tercera instancia, en la cual se imponga la opinión de otro juzgador acerca de cómo debe valorarse la prueba e interpretarse una norma cuando dicha labor ya ha sido realizada, dentro de los márgenes de la sana crítica y de la hermenéutica jurídica reconocida.

Nótese como el doctrinante PERELMAN refiere en su obra “La lógica jurídica y la nueva retórica” que, en el ámbito de las funciones del Consejo de Estado en Francia, las valoraciones e interpretaciones efectuadas dentro de los márgenes de la Constitución y de la ley no pueden ser objeto de control por la jurisdicción.

Es importante precisar que la Procuraduría General de la Nación no pretende la eliminación de los controles de legalidad frente a sus actuaciones disciplinarias. Nuestro planteamiento se encamina a que dicho control, se realice sobre tal contexto, y que el juez de lo contencioso administrativo, además de la revisión que haga en materia de regularidad del acto administrativo, entre a revisar el fondo de la decisión tan solo cuando observe una arbitrariedad manifiesta en la providencia materia de escrutinio, que se presentaría en situaciones extremas que guardan relación con: (i) el ostensible desconocimiento de las reglas de la sana crítica frente a la valoración de la prueba obrante en el expediente o (ii) en la presencia de una decisión disciplinaria que contenga una interpretación jurídica manifiestamente ilegal.

Téngase en cuenta que la sana crítica, esto es, el sistema de valoración probatoria por medio del cual el fallador goza de una libertad para establecer la certeza sobre la ocurrencia de los hechos que son presupuestos básicos de su decisión, de acuerdo a su libre criterio, tan solo regulado por las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los aportes científicos, dentro del marco del respeto al debido proceso, al objeto concreto de la prueba y sobre la necesidad de la suficiente motivación; y no implica el ejercicio de un poder arbitrario.

¹ Fallos: Corte Suprema de Justicia Nacional Argentina 275:50 y 60; 278:131; 295:636; 303:1029; 304:1335, y 1314:1251.

De allí que, sobre la presunción de legalidad y acierto que ampara a las providencias judiciales y administrativas, quien las impugna corre tanto con la carga de la afirmación como con la carga de la prueba para desvirtuarlas. Esto es, debe afirmar y demostrar que se equivocó al no atender reglas específicas, concretas, de lógica, de experiencia, de ciencia, en el análisis individual y de conjunto de cada uno de los medios de prueba debidamente aportados al proceso o a la actuación administrativa.

La Corte Constitucional ha declarado que no constituyen irregularidades de juzgamiento “las diferencias de criterio que se guarden respecto de aspectos como el alcance de las pruebas u otros como la selección e interpretación de las normas jurídicas que regulen el caso”, de allí que, los defectos fácticos en la valoración de la prueba se caracterizan porque en “la apreciación integral de los elementos de convicción que aparecen en el proceso, el funcionario extracta conclusiones manifiestamente contrarias a su verdadero sentido y que, a partir de ello, tome decisiones arbitrariamente improcedentes”, esto es, debe constatar una “inadecuada valoración de la prueba (que) está determinada por la palmaria contrariedad existente entre lo probado, la valoración realizada y lo decidido” (sentencia SU-901 de 2005, fundamento jurídico No. 34).

En forma magistral ha dicho Couture que las reglas de la lógica no son otras que las del recto entendimiento, las del sano criterio, las de la sana razón, cuya violación ostensible generaría los absurdos como el de que una cosa fuera y no fuera al mismo tiempo, como el de que dos cosas iguales a una tercera no fueran iguales entre sí.

Las máximas de la experiencia, en la insuperable concepción de Stein, son las definiciones o juicios hipotéticos de contenido general que pretenden tener validez universal, por encima de los hechos que han servido para su construcción; conforman el gran acervo que por siglos ha ido construyendo la humanidad para el entendimiento de los hechos, la proyección de las situaciones y la guía de su supervivencia y de su mismo desarrollo.

Ellas, en el mundo del derecho probatorio, se constituyen en la fuente de los indicios y las presunciones. Son la premisa mayor de la premisa menor del silogismo con el cual el juzgador construye su decisión judicial. En otros términos, son el modelo que utiliza el fallador para la reconstrucción de los hechos, en la labor de la valoración de la prueba. De ahí que quien afirme su vulneración, debe acreditar la máxima de experiencia que ha sido desconocida o transgredida por el fallador.

Los aportes científicos, el otro elemento fundamental dentro de las reglas de la sana crítica, son las contribuciones de todas las diferentes ciencias, técnicas y artes, que suministren datos o informaciones en la tarea de reconstrucción de los hechos históricos dentro de los cuales se enmarcan los jurídicos, pues el derecho probatorio, como lo afirmara el jurista argentino Antonio Dellepiane, es una ciencia reconstructiva, derivada, crucial y documentaria, que requiere de los datos, de la información de todas las otras, para cumplir su tarea de reconstruir un pasado que será el motor, el elemento dinámico de la relación jurídica, el que pone en movimiento la norma jurídica.

Quien considere que en la labor de valoración probatoria se ha desconocido una ley técnica, científica o artística, este no solo debe afirmarlo con la debida precisión, sino que corre con la carga de demostrarla y de señalar su trascendencia.

En este orden de ideas y a manera de conclusión, debemos afirmar que habrá lugar a un control de legalidad de la decisión disciplinaria proferida por el Ministerio Público, en sus aspectos sustanciales, cuando se presenten irregularidades manifiestas o juicios evidentemente arbitrarios, bien sea por el desconocimiento ostensible de los principios de la sana crítica en la valoración de la prueba o por la aplicación de reglas interpretativas alejadas de la lógica o del sentido común. Cualquier otro escrutinio de la decisión disciplinaria, en nuestro concepto, desconocería las características propias de la función disciplinaria a cargo de la Procuraduría General de la Nación.

Acepciones Constitucionales de la expresión *Función Pública*

Por Pedro Alfonso Hernández*
pahernandez@etb.net.co

Presentación

La Constitución Política emplea la expresión *Función Pública* con dos significados diferentes. Uno de ellos para aludir a las actividades cuya titularidad corresponde con carácter exclusivo al Estado. En ese sentido se plantean preguntas como estas: ¿Cuáles son las funciones públicas? ¿Cuál es la diferencia entre funciones públicas y servicios públicos? ¿Cuáles son las funciones públicas que pueden ser cumplidas por particulares?

* Comisionado Nacional del Servicio Civil y profesor de la cátedra de Función Pública en postgrados de derecho en la Universidad Externado de Colombia.

Abogado Universidad Nacional de Colombia. Estudios de Postgrado en Derecho Constitucional, Administración Municipal, Entidades Territoriales y Gestión Pública en la Universidad Javeriana, el Instituto Brasileño de Administración Municipal –IBAM, Río de Janeiro, el Instituto Internacional de Administración Pública –IIAP, París y en la Universidad de París II.

Autor de los libros “Descentralización, desconcentración y delegación en Colombia”, “Los mecanismos de participación ciudadana”, “El referendo en Colombia”, “El concejo municipal”, “La Comisión Nacional del Servicio Civil” y “Bases constitucionales de Función Pública – empleo público”.

Se ha desempeñado como Gestor y Primer director del Consultorio de la Administración Municipal; Jefe de contratos de TELECOM; Director del Instituto de Administración Pública –IDAP; Magistrado Auxiliar de la Corte Constitucional y Presidente de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Ha sido profesor de postgrados en derecho en varias universidades del país en cátedras de Derecho Constitucional Colombiano, Derecho Administrativo y Función Pública.

El segundo significado es para referirse al conjunto de las relaciones laborales entre el Estado y los servidores públicos. Esta segunda versión involucra asuntos como estos: ¿Cuáles son las categorías que conforman el género servidor público? ¿Cuál es la clasificación constitucional de los empleos públicos? ¿Cuáles son los fundamentos constitucionales que aluden al ingreso, la permanencia o el retiro laboral de los servidores públicos? ¿Cuáles son las modalidades de vinculación laboral de los servidores públicos? ¿Los jueces de paz, que son de elección popular, son servidores públicos? Igualmente para afirmar que: ¡Los concejales son servidores públicos pero no son empleados ni trabajadores del Estado! ¡Los Senadores de la República y los Representantes a la Cámara son servidores públicos, elegidos popularmente para un período institucional de cuatro (4) años pero no son titulares de un empleo público! ¡Los únicos empleados del Estado de elección popular son el Presidente y el Vicepresidente de la República, los gobernadores y los alcaldes!

Se trata, por lo tanto, de una expresión homófona en derecho público colombiano cuyo significado se procura individualizar. Con ese propósito, en los siguientes apartados se señalan algunas características de sus acepciones en el derecho nacional y luego, debido a su referente extranjero más directo, se alude a las correspondientes expresiones usadas en el derecho francés.

1. Función Pública: Actividad cuya titularidad corresponde al Estado

Se entiende por funciones públicas aquellas actividades o potestades de interés general cuya titularidad corresponde al Estado, como expresión de la soberanía y que están directamente relacionadas con el cumplimiento de sus fines esenciales como sistema de organización política y democrática.

Las funciones públicas pueden ser clasificadas a partir de diferentes criterios. Uno de ellos corresponde al principio clásico de separación de poderes y otro, al papel del Estado frente a la actividad económica. De conformidad con el primero, son funciones públicas: la función constitucional, la función legislativa, la función administrativa y la función judicial. De acuerdo con la modalidad de actuación del Estado en la economía, de manera independiente al modelo económico de Estado, son funciones públicas, entre otras, las de planeación de la economía, la dirección general de la economía, la regulación económica o la inspección, vigilancia y control de la actividad económica.

Desde ambas perspectivas, las funciones públicas resultantes de esas clasificaciones tienen sustento y referente constitucional expreso. Así, por

ejemplo, el artículo 150.23 asigna al Congreso de la República la misión de expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos; el artículo 209 señala que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y que se desarrolla con fundamento en los principios teleológicos, funcionales y orgánicos allí previstos; el artículo 228 puntualiza que la administración de justicia es una función pública; en el mismo sentido, el artículo 267 establece que el control fiscal es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República.

Desde esta acepción de *función pública*, resultan ilustrativas expresiones del derecho extranjero como las siguientes, en las cuales se distinguen los ámbitos y tipos de actuación del Estado al ejercer funciones públicas o al participar en el campo de los servicios públicos:

“Desde el punto de vista técnico-jurídico, como ha realizado Garrido Falla, las nociones de función pública y de servicio público se sitúan en planos distintos, ya que ‘la función pública debe reservarse en principio para designar los modos primarios de manifestación de la soberanía del Estado (de donde la enumeración primaria que cabe hacer de las funciones del Estado: legislativa, administrativa y jurisdiccional, con la adición, si acaso, de la función política o de gobierno), mientras que el servicio es el desarrollo de una actividad técnica (‘se corresponde con la ‘utilidad’ proporcionada a los particulares’) respecto de la que una Administración Pública asume una específica competencia’. Para la más autorizada doctrina la función pública se vincula a la soberanía estatal al comportar como regla el ejercicio efectivo de potestades públicas. Es precisamente por ello por lo que su titularidad es indelegable del Estado. Por su parte, las otras actividades integrativas de la noción de servicio público son de carácter técnico, comercial o industrial”.¹

Así, entonces, en la Constitución Política se usa la expresión “*función pública*” o su plural “*funciones públicas*” para denotar aquellas actividades de interés general cuya titularidad corresponde al Estado soberano y que tienen como finalidad el cumplimiento de los fines esenciales del Estado. Pero está

¹ José Luis Moreno Pérez y José Vida Soria. *La condición de nacionalidad en el acceso del personal a los empleos públicos*. Colección Estudios. Ministerio de las Administraciones Públicas – MAP. Madrid, 1991, p. 23-24.

previsto también otro alcance constitucional a la misma expresión, atinente a las relaciones laborales entre el Estado y los servidores públicos.

2. Función Pública: Relaciones laborales en el sector público

La expresión “*función pública*” es empleada igualmente en la Constitución colombiana para denominar el conjunto de principios y disposiciones que rigen las relaciones laborales entre el Estado y los servidores públicos. Este es el ámbito de regulación del Capítulo 2 del Título V, cuya denominación constitucional es precisamente esa: “*De la Función Pública*”.

Es tan privilegiado el trato que la Constitución dispensa al Régimen de Función Pública que algo más de la mitad de los 380 artículos que la conforman contienen disposiciones sobre relaciones laborales en el sector público.²

Si bien algunos preceptos superiores conservan hoy figuras jurídicas que existían en vigencia de la Constitución anterior, es innegable que la Constitución de 1991 fija las marcas de un nuevo modelo de función pública en el país, que estimo no ha sido totalmente desarrollado por el legislador ni apropiado por los servidores públicos, quienes en buena medida conservan su actuar y su lenguaje anclado en las lógicas de la excelente pero derogada reforma de 1968. Por ejemplo, es generalizado en el país, en diferentes labores, instituciones y niveles jerárquicos, considerar que los servidores públicos están conformados por los empleados públicos, los trabajadores oficiales y los miembros de las corporaciones públicas; que los trabajadores oficiales no desempeñan un empleo público; que para establecer la naturaleza de los empleos públicos basta con acudir a los criterios orgánico y funcional previstos en el artículo 5° del Decreto 3135 de 1968; que no hay negociación colectiva para los sindicatos de los empleados del Estado o que la Comisión Nacional del Servicio Civil es una dependencia de la Rama Ejecutiva del Poder Público. Pero estos, como muchos otros temas de función pública, ya han sido superados por nuevas figuras previstas en la Constitución o en leyes posteriores.

Esta segunda acepción de “*función pública*” corresponde también a lo que se asigna a dicha expresión en otros ámbitos de actuación o de regulación interna, internacional o extranjera. En Colombia existe, por ejemplo, el De-

² Ver: Pedro Alfonso Hernández. *Bases Constitucionales de Función Pública – Empleo público*. Ed. Jurídica Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2004. Las normas constitucionales se refieren a derechos y deberes de los servidores públicos, calidades, inhabilidades, incompatibilidades, requisitos, funciones, elementos del empleo público, períodos institucionales, condiciones para el ingreso, la permanencia, el ascenso o el retiro del servicio público, situaciones administrativas, régimen salarial y prestacional para los servidores públicos, taxonomías de los sistemas de carrera y autoridades que los administran y vigilan, entre otros asuntos.

partamento Administrativo de la Función Pública, cuyo objetivo misional es el de “formular políticas generales de administración pública, en especial en materias relacionadas con empleo público, organización administrativa, control interno y racionalización de trámites de la Rama Ejecutiva del Poder Público”. Así mismo, y con el fin de atender actividades de naturaleza semejante o complementaria se vienen conformando las “Secretarías de la Función Pública” en algunos departamentos, distritos y municipios del país. La academia y la doctrina también han dado uso a esta expresión constitucional.³ Por su parte, en la V Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado, celebrada el 26 y 27 de junio de 2003 en Santa Cruz de la Sierra – Bolivia, se aprobó la “Carta Iberoamericana de la Función Pública”, documento en el cual se señala que “La Función Pública está constituida por el conjunto de arreglos institucionales mediante los que se articulan y gestionan el empleo público y las personas que integran este, en una realidad nacional determinada”.⁴

Desde esta perspectiva resulta una impropiedad del legislador el señalamiento de los límites al tema de la función pública en la Ley 909 de 2004 pues en el artículo 4º incorpora una noción que no corresponde a los parámetros constitucionales señalados cuando dispone que las leyes que consagran las regulaciones de los sistemas específicos de carrera no hacen parte de la función pública. Si desde la perspectiva constitucional Función Pública involucra las relaciones laborales en el sector público, todos los sistemas de carrera hacen parte del ámbito de la función pública.

La Constitución Política contiene, entonces, una segunda acepción de la expresión función pública, con la cual se alude a las relaciones laborales en el sector público colombiano.

3. Acepciones de Función Pública: No se trata de una imprecisión sino de una característica del ordenamiento nacional

En la medida en que la expresión “*función pública*” tiene su origen en el derecho público francés es necesario mencionar los asuntos que la materia comprende en ese sistema jurídico por ser referente directo e indirecto de nuestro modelo de empleo público.

En derecho francés no se requiere diferenciar el uso de la expresión en referencia, tal como sucede en el derecho público colombiano, porque los

³ En la Universidad Externado de Colombia se desarrollan los primeros programas de Especialización en Función Pública en el país; una de las cátedras que comienza a impartirse en diferentes universidades y programas de especialización es precisamente la de Función Pública.

⁴ CLAD. *Carta Iberoamericana de la Función Pública*. Caracas, 2004.

significados que aquí tiene, allá cuentan con diferente denominación. La primera versión, expuesta en el numeral 1 de este documento, corresponde a la expresión en francés “*puissance publique*” (potestad pública / poder público) mientras que la segunda, descrita en el acápite 2, corresponde a los vocablos “*la fonction publique*” (función pública) en ese sistema jurídico. Por consiguiente, cuando en derecho francés se dice “*fonction publique*”, ella tiene una sola acepción: las relaciones laborales entre la Administración y sus funcionarios.⁵ En cambio, cuando se hace referencia a las funciones públicas, a los poderes públicos, se alude a “*la puissance publique*”.⁶

Ahora bien, la procedencia de distintas expresiones en derecho francés o en otro cualquiera para tales ámbitos, es decir *potestades o poderes públicos*, de una parte, y *función pública*, de la otra, no puede asumirse como una indefinición o una imprecisión del derecho público colombiano por cuanto las instituciones públicas de todo Estado son el resultado de su propia evolución, de su propia historia. Si bien el derecho extranjero es esencial para hacer análisis comparado, es insuficiente para explicar las instituciones de cada nación.

Además, expresiones homófonas son usuales en los diferentes ordenamientos jurídicos. En el nuestro, por ejemplo, se tiene el vocablo Competencia que significa, por un lado, la capacidad, facultad o aptitud jurídica que se reconoce al titular de una condición o cargo para adoptar en nombre de la administración determinaciones vinculantes para el Estado y para terceros

⁵ “FONCTION. 1° Exercice d’un emploi, d’une charge (...) FONCTIONNAIRE. (fonctionnaire public; de fonction) Personne qui remplit une fonction publique; personne qui occupe, en qualité de titulaire, un emploi permanent dans les cadres d’une administration publique (...)”. *Le Petit Robert, Dictionnaire de la Langue Française 1*. Paris, 1991, p. 801.

⁶ “La conception traditionnelle ou la puissance publique souveraine. La notion de puissance publique est, au tournant du XXe siècle, le critère décisif qui identifie le pouvoir de l’administration en lui imposant des obligations et en l’autorisant à recourir à la force matérielle pour les faire exécuter.

“La théorie de la souveraineté. La puissance reflète le pouvoir de coercition et le droit de commander, indissolublement liés à l’État qui réalise seul l’unité, la synthèse de l’intérêt général et des passions individuelles. Cette analyse se retrouve chez Carré de Malberg au centre de sa théorie de la souveraineté : par-delà l’individu, se profile un personne morale abstraite, puissance majestueuse et régaliennne, c’est-à-dire l’État.

“Dès lors que la puissance imprègne tous ses actes, l’État ne peut être traité comme un particulier. C’est la nature même de ses moyens d’action qui justifie la création d’un droit administratif particulier. Cette conceptualisation est confirmée par la jurisprudence de l’arrêt Blanco (1873). Lorsque l’administration apparaît comme dépositaire de l’autorité, ses actes relèvent de la compétence administrative, lorsque les actes de gestion de l’administration sont identiques à ceux des particuliers, ils restent soumis au droit commun. Dès lors, il faut analyser les conditions et les formes de l’action administrative pour découvrir le droit qui lui est applicable”. Joseph Carles et Jérôme Dupuis. *Service Public Local – Gestion publique, gestion privée? Nouvelles Editions Fiduciaires, Alençon, 1989.*

y, de otro lado, como el conjunto de conocimientos, habilidades, destrezas, aptitudes y actitudes que permiten a una persona hacer bien una labor en un contexto determinado.

Otro caso es el Corregimiento, que comprende tres figuras jurídicas distintas. Uno es el reconocimiento de corregimiento que se otorga a ciertos lugares relativamente poblados en el territorio de un municipio pero que no hacen parte de la cabecera municipal.⁷ Otro es el corregimiento en las anteriores Intendencias y Comisarías, erigidas en Departamentos por el artículo 309 de la Constitución Política, en donde el territorio del nuevo Departamento se divide en municipios y en corregimientos; es decir que, a diferencia de la primera modalidad, los corregimientos no hacen parte del territorio de ningún municipio.⁸ Hay una tercera modalidad de corregimiento, resultante de la aplicación de la figura de las Juntas Administradoras Locales, previstas en el artículo 318 de la Constitución Política.⁹

Así como las anteriores expresiones, en derecho público existe un buen número de vocablos con significados diferentes, que es preciso separar. Por ejemplo: nación, municipio, distrito, departamento o queja.

Corolario de lo expuesto se refleja también en la dificultad que se presenta al usar doctrina o legislación extranjera para explicar figuras jurídicas nacionales, así se trate de citas en el mismo idioma. Ello se debe a que el sentido de una misma palabra puede ser diferente en cada país. El siguiente ejemplo del derecho laboral así lo evidencia. El vocablo *Paro* tiene distinto alcance en Colombia y en España. Mientras que aquí corresponde a la determinación de los trabajadores de suspender su actividad laboral (los trabajadores de la empresa XY entraron en paro o levantaron el paro), en España se usa para referirse al Desempleo.¹⁰ Por ello, mientras allá se alude a los Parados, aquí se hace referencia a los desempleados.

⁷ Por ejemplo, Cervitá es un corregimiento en el municipio de Cerrito, en el Departamento de Santander.

⁸ El artículo 98 de la Ley 715 refleja el tratamiento legislativo a este tipo de organización administrativa en los nuevos departamentos, al fijar la base para establecer los cálculos para la distribución de los recursos del Sistema General de Participaciones.

⁹ El artículo 318 de la Constitución señala que “*Con el fin de mejorar la prestación de los servicios y asegurar la participación de la ciudadanía en el manejo de los asuntos públicos de carácter local, los concejos podrán dividir sus municipios en comunas cuando se trate de áreas urbanas, y en corregimientos en el caso de las zonas rurales.*”

“*En cada una de las comunas o corregimientos habrá una junta administradora local de elección popular, integrada por el número de miembros que determine la ley, que tendrá las siguientes funciones: (...)*”.

¹⁰ El artículo 318 fue reglamentado por la Ley 136 de 1994, artículo 117 y ss.
Las siguientes notas muestran cómo lo que para Colombia es Desempleo, para los españoles corresponde a la noción de Paro: “E. Las causas del paro en España. Con indepen-

No obstante lo señalado, en el país, tal vez por la proximidad material de las dos acepciones de *función pública* y por el amplio desarrollo constitucional que de ellas se hace, es usual percibir en el medio académico y en el ámbito jurídico cierto grado de confusión al referirse a ellas.¹¹

Esa misma tendencia se aprecia esporádicamente en determinaciones judiciales, donde se construyen argumentos para articular o integrar las dos acepciones de *función pública*. Los siguientes apartes reflejan esa manera de aproximación a estos temas.

En la Sentencia ACU-798 de 1999 el Consejo de Estado presentó la siguiente relación entre las dos acepciones de *función pública*:

2.1. El concepto de función pública

Según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, el término “función” significa “capacidad de acción o acción propia de los seres vivos y de sus órganos y de las máquinas o instrumentos; capacidad de acción o acción propia de los cargos y oficios”; por su parte, el vocablo “público” se define como “aplicación a la potestad, jurisdicción y autoridad para hacer una cosa, como contrapuesto a privado” de allí que, en atención al origen etimológico de la locución, el profesor Manuel María Díez anota que la palabra función se empleó inicialmente en las ciencias físico-naturales, pero que luego fue transferida al campo de las disciplinas jurídico-sociales, pasando igualmente al campo del derecho público en donde sufrió las consecuencias propias de esa

*dencia de que los analistas han concretado las distintas interpretaciones de la alta tasa de paro en España. Desde un punto de vista estructural FINA y THOARIA (1987) han centrado una explicación en una serie de causas singulares y diferenciales con el resto de los países de nuestro entorno en los siguientes factores: 1) Agotamiento del modelo de crecimiento desarrollista de la década de los 60; (...) 2) La crisis económica internacional con la subida de los precios energéticos y la crisis del sistema político incompatible con la apertura hacia el exterior; (...) 3) La inversión de los flujos migratorios hacia España a partir de mediados de la década de los sesenta (...) 4) La incorporación al sistema productivo mercantilizado de la mujer, tanto casadas como solteras, tradicionalmente excluidas del mismo; (...) 5) Aceleración del proceso de destrucción del empleo en la agricultura (...) 6) Caída de las inversiones de capital en España (...) 7) El alto índice de natalidad que se produce en España durante los años 60s y (...) 8) Debilidad del tejido empresarial social y político durante el franquismo y la transición democrática, con una fuerte protección a la industria y la inexistencia de empresariado calvinista”. En, SARAGOSSÀ, Joseph Vicent y otros. *Derecho del Empleo*. 2ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, España 2004, pp. 26-27.*

¹¹ Cuando en la cátedra de Función Pública que hace parte de los programas de especialización o maestría en diferentes campos del derecho público se pregunta por el contenido de la materia, las respuestas de los estudiantes tienden a enfocarse a la naturaleza y características de las funciones públicas (actividades de interés general, soberanía, titularidad del Estado, principios de la función administrativa, autorización para que por excepción puedan ser atendidas por particulares, entre otras menciones) pero no a los componentes de las relaciones laborales en el sector público colombiano.

transposición, por manera que, la concepción de función pública depende de la idea que cada uno se haga del Estado.

El manejo que generalmente se hace de la función pública se ha reducido exclusivamente al ámbito del derecho administrativo, para significar la relación que une al servidor público con la administración, y en tal sentido entonces se entiende, con carácter totalmente restringido como, el conjunto de regímenes de administración laboral aplicables a las personas que prestan sus servicios al Estado, cuando es lo cierto que, el concepto de función pública tiene una connotación mucho mayor.

En efecto, función pública es toda actividad ejercida por los órganos del Estado para la realización de sus fines y, excepcionalmente, por expresa delegación legal o por concesión, por parte de los particulares; pero, “es de señalar que la función pública significa una actividad de Estado que no puede jamás concebirse como análoga a la de un particular, aun cuando se tratara de una empresa”; por manera que no resulta acertado deducir que toda prestación de un servicio público comporta el ejercicio de función pública, aunque, en ocasiones, bien puede existir coincidencia entre el ejercicio de esta y la prestación de aquel, como sería el caso, por ejemplo, de los particulares transitoriamente investidos de la función de administrar justicia como conciliadores o árbitros (artículo 116 Constitución Política); o los particulares que bajo las condiciones del artículo 269 constitucional, sean encargados de ejercer el control interno de las entidades públicas; o la función notarial que desempeñan los particulares (artículo 1º Decreto 960 de 1970); o las funciones de registro mercantil (artículos 26 y 27 del Código de Comercio) y registro de proponentes (artículo 22 Ley 80 de 1993) confiados a las cámaras de comercio, etc.

Es ese el sentido y alcance que la Constitución Política le confiere al concepto de función pública en los artículos 122 y 123, al caracterizarla como el ejercicio de competencias, es decir, de atribuciones legal o reglamentariamente asignadas a los órganos y servidores del Estado, señalando al propio tiempo que “la ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio”. Y así entonces, se define expresamente como función pública, entre otras, la administración de justicia (artículo 228), el control fiscal (artículo 228), etc., e igualmente quedan comprendidas en ese concepto otras actividades estatales, como la legislativa, la ejecutiva,

la electoral, etc., en cuanto consisten en el ejercicio de competencias atribuidas a los órganos del Estado.

Por su parte, la Corte Constitucional sostuvo en la sentencia C-037/03:

4.1.1.3.1 La Constitución utiliza el término “función” para identificar las actividades del Estado (art.113 C.P.)¹² así como para determinar las competencias de los diferentes órganos estatales (arts. 150, 241, 277 C.P. por ejemplo). Así mismo el artículo 122 señala que “no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento”, en tanto que el artículo 212 superior expresa que “Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley.

La Constitución hace referencia a las expresiones “función pública” y “funciones públicas” de manera específica en el capítulo II del título V sobre la organización del Estado, en el que se establecen los principios que rigen el cumplimiento de “funciones públicas” por los servidores públicos.

Cabe recordar, así mismo, que la Constitución califica expresamente como “funciones públicas” la administración de justicia (art. 228 C.P.) y el control fiscal (art. 267 C.P.), en tanto que el artículo 209 se refiere a la “función administrativa” (art. 209 C.P.) especie dentro del género función pública.

Ahora bien, como ya ha señalado esta Corporación, las actividades de los servidores públicos, propias de su cargo o destino, son por esencia y definición funciones públicas, pues están dirigidas a contribuir al logro oportuno y eficaz de los cometidos a cargo del Estado¹³.

Según la idea que fluye del artículo 123 de la Constitución, servidor público es en este sentido toda persona que ejerce a cualquier título una función pública y, en tal virtud, ostentan dicha condición los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios (C.P. arts. 123 y 125).

Así las cosas, la noción de “función pública” atañe al conjunto de las funciones que cumple el Estado, a través de los órganos de las Ramas del Poder Público, de los órganos autónomos e indepen-

¹² **Artículo 113.** Son Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva, y la judicial. Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado.

Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines.

¹³ Ver Sentencia C-563/98 M.P. Carlos Gaviria Díaz y Antonio Barrera Carbonell.

dientes (art. 113) y de las demás entidades o agencias públicas, en orden a alcanzar sus diferentes fines.

Empero, debe la Corte señalar que la posibilidad de desempeñar funciones públicas se predica no solo de las personas que se vinculan con el Estado mediante la elección o nombramiento y la posesión en un cargo, sino también de los particulares que, en los casos taxativamente señalados en la Constitución y la ley, puedan investirse de la autoridad del Estado y desempeñar funciones públicas administrativas (art. 123-3, 210-2, 267-2) o funciones públicas judiciales (art. 118-3).

Dado el enfoque de este documento, no se comparte la estructura argumentativa propuesta en los textos transcritos por cuanto fusionan dos asuntos que ameritan separación en su desarrollo. Si bien las funciones públicas se cumplen a partir de la actuación de los servidores públicos o con carácter excepcional por particulares, resulta de todas maneras diferente el ejercicio de las funciones constitucional, legislativa, administrativa o judicial, de una parte, del régimen de ingreso, permanencia o retiro laboral de los servidores públicos, de la otra.

4. La separación conceptual no se traduce en una tajante separación material

Si bien es factible aludir a los dos escenarios en que hace presencia la expresión función pública, estas materias no resultan tan separables como pareciera, en la medida en que las funciones públicas, cuya titularidad corresponde al Estado, se atienden, ineludiblemente, a través del actuar de los servidores públicos.

Es más, de conformidad con los postulados generales del régimen de función pública el empleo público no sólo constituye el núcleo básico para el cumplimiento de las funciones públicas, en el entendido de que las funciones del Estado se distribuyen entre niveles y entidades públicas y las de estas se desagregan a través de sus dependencias hasta llegar a los manuales de funciones, requisitos y competencias laborales por cargo sino que, en sentido contrario, al empleo le corresponde atender un propósito o finalidad: el cumplimiento de los fines del Estado y de los planes de desarrollo. Esta es la esencia del modelo funcional, del que es palmaria su presencia en el ámbito constitucional (artículos 6, 121, 122 y 123).

No obstante lo señalado, la previsión constitucional según la cual no hay empleo sin funciones previstas en la ley o el reglamento (art. 122) no per-

mite inferir con absoluta certeza que en todos los casos las funciones de los cargos públicos sean funciones públicas, con lo cual resulta pertinente la separación conceptual de la expresión función pública a que aquí se ha hecho alusión.

Conclusión

La Constitución Política usa la expresión *Función Pública* con dos sentidos diferentes, que hay que mantener separados: uno para aludir a las actividades cuya titularidad está reservada al Estado, que están relacionadas con el ejercicio de su soberanía y corresponden al interés general que este representa, y otro para referirse a las relaciones laborales en el sector público. Por consiguiente, la función administrativa, la función judicial o la función de control fiscal, entre otras, son funciones públicas (C.P., arts. 209, 228 y 267) pero no son Función Pública (C.P., Tít. V, cap. 2). Ello es así por determinación del Constituyente de 1991.

Aunque parezca extraño o contradictorio, al separar los dos significados a que se ha hecho referencia puede afirmarse que la Función Administrativa es una Función Pública pero no hace parte del Régimen de Función Pública.

Por ser *Función Pública* una expresión constitucional homófona, no parece necesario fusionar sus diversos significados porque se podrían confundir o refundir los alcances que corresponden a cada uno de ellos, así las funciones públicas se asignen a través de empleos y corporaciones públicas o los servidores públicos cumplan funciones públicas.

Además, expresiones homófonas al interior de instituciones públicas o privadas son usuales en este y en los demás sistemas jurídicos. Por consiguiente esta doble acepción de la expresión “función pública” debe asumirse como una determinación legítima del constituyente colombiano y nunca verla como una imprecisión o menos aún como una incoherencia de nuestro ordenamiento jurídico.

Moción de censura

Por Eduardo Enríquez Maya*

Presentación

Solamente los mandamientos de la ley de Dios han permanecido incólumes desde que fueron revelados a Moisés en el Monte Sinaí. Todos los demás ordenamientos están sometidos al cambio y a la necesidad de adecuarse a las exigencias de las generaciones presentes y del porvenir.

Expedida la Constitución Política de 1991 y vigente desde entonces, ha sido reformada por 25 actos legislativos, de los cuales 21 tuvieron origen gubernamental y 4 origen congresional.

El proyecto de acto legislativo que tiene que ver con la moción de censura fue presentado por la Bancada del Partido Conservador Colombiano después de haber sido socializado por mi parte, en la junta de parlamentarios de esa colectividad.

En el simposio 15 años de la Constitución Política de 1991 dicté una conferencia con el tema “Régimen de la Oposición”, que aparece publicada por el Congreso de la República, en las páginas 341 a 352 del texto que lleva el mismo nombre; entonces esboqué algunas ideas sobre la moción de censura que fueron plasmadas en el proyecto de reforma constitucional.

Presentado a consideración del Congreso, además de los enriquecedores aportes de los congresistas, el proyecto de acto legislativo recibió el apoyo de las Bancadas de todos los partidos y movimientos políticos que tienen asiento en el mismo.

* Senador de la República. Presidente de la Comisión Primera Constitucional 2006-2007.

A mi juicio, esta enmienda constitucional es una de las más importantes en los últimos tiempos; y su utilidad podrá valorarse por la comunidad en el futuro. Este acto legislativo se identificará en la Carta Política con el número 1 de 2007, y fue promulgado en el Diario Oficial 46.672 de fecha 27 de junio de 2007.

A continuación, en este ensayo me propongo explicar cuatro temas:

- I. Las características del sistema parlamentario de gobierno y la moción de censura.
- II. La moción de censura en la Constitución Política de 1991.
- III. La moción de censura en el Acto Legislativo No. 1 de 2007 y su razón de ser.
- IV. Unas reflexiones finales.

Aspiro a que la ciudadanía asimile esta novedad política. Invito al gobierno a programar una amplia difusión pedagógica del acto legislativo, de su contenido y de sus alcances para que todos contribuyamos a la consolidación de una verdadera cultura del control político en Colombia.

1. Las características del Sistema Parlamentario de gobierno y la Moción de Censura

Ante la modificación que hizo el Congreso de la República de Colombia de la moción de censura que consagraban los numerales 8 y 9 del artículo 135 de la Constitución Política Nacional, mediante el acto legislativo No. 1 de 2007, conviene hacer las siguientes reflexiones.

El sistema parlamentario de gobierno se funda en el principio de colaboración de los poderes públicos, entre los cuales existe un nexo directo respecto de la composición de los órganos legislativo y ejecutivo, que genera una relación estrecha e inmediata entre los dos.

Tiene el sistema estas características:

1. El Jefe del Estado y el Parlamento son entidades distintas pero tienen injerencia recíproca en sus actuaciones. El primero puede, por iniciativa del Jefe de Gobierno, disolver la asamblea, convocar a elecciones o actuar como mediador político entre el ga-

binete y las cámaras. El segundo está autorizado para intervenir en asuntos reservados al Jefe del Estado, tales como determinar su responsabilidad constitucional y aceptar su renuncia.

2. El Parlamento está integrado por el Gabinete y la Asamblea. Esta es representante popular y órgano legislativo, y el Gabinete es cuerpo colegiado que integran principalmente miembros del partido mayoritario vencedor, o una coalición partidista, y que cumple funciones administrativas y ejecutivas como instrumento de la asamblea.

3. La Asamblea Interparlamentaria y el Gabinete se controlan mutuamente. El Gabinete necesita contar con la confianza del Parlamento, pues de lo contrario, este puede estimular su renuncia a través del voto de desconfianza o de una moción de censura. A su turno, el ejecutivo puede disolver el Parlamento y convocar a elecciones generales para reintegrarlo. De esta manera se compensan la moción de censura con el derecho de disolución.

4. La moción de censura es un procedimiento por el cual el Parlamento exige responsabilidad política al poder ejecutivo. Como aquel elige al Presidente del Gobierno, está en posibilidad de forzar su caída o sustitución. Por esto en el sistema parlamentario, la moción de censura es destructiva, si con ella se busca la caída del Presidente del Gobierno, sin tratar la forma de sustituirlo y llenar el vacío de poder; o es constructiva, si se propone otro Presidente de Gobierno con nuevo programa político.

2. La Moción de Censura en la Constitución Política de 1991

En el año de 1991 al aprobarse la Constitución vigente desde hace ya dieciséis (16) años, la Asamblea Nacional Constituyente introdujo en el sistema presidencial que rige en Colombia la *moción de censura* con características, procedimiento y consecuencias *diferentes* de las que ostenta este mecanismo en el sistema parlamentario. Podría decirse que se trajo una moción de censura limitada o enmarcada en el sistema presidencial que apenas permite la remoción de los ministros del despacho y *jamás* el cambio de gobierno. No existe en ningún Estado un sistema de gobierno puro o absoluto, es decir, que no reciba o haya recibido influencias de otros sistemas.

Y también es una institución del sistema parlamentario la **ley de bancadas**, con la cual se pretende obligar a los partidos a comportarse de una cierta manera, tratando de encontrar la unificación de los criterios políticos o al menos el consenso entre sus militantes.

Las dos instituciones no han tenido hasta la fecha cabal cumplimiento:

La **moción de censura**, porque el trámite que debe impartírsele al interior del Congreso en pleno y la votación de la mitad más uno de los miembros de ese cuerpo colegiado han dificultado en todas las veces que el ministro sea separado de su cargo, o este ha renunciado para no someterse a este proceso. En estas condiciones, de seguir la **moción de censura** como venía regulada se convirtió en un instrumento ineficaz.

La **ley de bancadas** fue aprobada en el año 2005. Contiene principios, obligaciones y derechos de los partidos y sus integrantes para obtener disciplina en las decisiones, en las votaciones, por supuesto en los resultados. Es un estatuto nuevo al cual la Corte Constitucional le ha señalado unas directrices, esperando plena efectividad en las corporaciones de elección popular.

Volviendo a la **moción de censura**, según el artículo 29 de la ley 5 de 1992, ley orgánica que contiene el reglamento del Congreso, es el acto a través del cual el Congreso en pleno y por mayoría absoluta, **reprocha** la actuación de uno o varios de los ministros del despacho dando lugar a la **separación de su cargo**.

En cumplimiento de los artículos 135, numerales 8 y 9 de la Constitución Política, y 30, 31 y 32 de la ley 5 de 1992, para decretar la moción de censura de los ministros del despacho deben cumplirse los siguientes requisitos y procedimientos:

1. Cuando un ministro fuere citado por el Senado o por la Cámara de Representantes para responder un cuestionario escrito y no concurriera sin excusa, o esta fuere rechazada mayoritariamente por la corporación legislativa, y esta aprobase por mayoría de votos una proposición de moción de censura, la materia del debate será el cuestionario que el ministro debía responder.
2. Cuando la solicitud de **moción de censura** emane de la iniciativa de la décima parte de los integrantes de la respectiva cámara y se deba a asuntos relacionados con las funciones propias del car-

go ministerial, “los proponentes deberán indicar con precisión los asuntos oficiales en que se fundamenta la iniciativa, para efecto de constituir los fundamentos de la proposición de moción de censura que servirá (sic) de base para adelantar el debate”.

3. Comprobada por la mesa directiva de la respectiva cámara que la moción de censura reúne los requisitos exigidos por el artículo 135 numeral 9 de la Constitución, su presidente lo comunicará a la otra cámara y al Presidente de la República, e inmediatamente informará al ministro o ministros comprometidos de los cargos que fundamentan la misma proposición.

4. Los presidentes de las cámaras convocarán para dentro de los diez días siguientes a sesión del congreso en pleno, si este se hallare reunido en el periodo ordinario de sesiones o en sesiones especiales. Reunido el congreso y concluido el debate, el presidente señalará entre el tercero y el décimo día, fecha y hora para votar la moción de censura.

5. Una vez aprobada la moción de censura, el ministro quedará separado de su cargo, y si fuere rechazada, no podrá presentarse otra sobre la misma materia, salvo que la motiven hechos nuevos.

3. La Moción de Censura en el Acto Legislativo No. 1 de 2007 y su razón de ser

El tratamiento descrito, a partir del 1 de enero de 2008, tendrá las modificaciones que a continuación se indican, según el acto legislativo No. 1 de 2007 que el congreso aprobó, acatando el procedimiento que para las reformas constitucionales prevé el artículo 375 de la Constitución Política, en dos periodos ordinarios y consecutivos de amplia discusión y aprobación, en medio de los cuales el proyecto fue promulgado por el gobierno nacional para conocimiento de la ciudadanía.

1. La citación y requerimiento que el Senado o la Cámara de Representantes podían hacer únicamente a los ministros del despacho para que concurren a sus sesiones, en adelante se extiende a los superintendentes y directores de departamentos administrativos, teniendo en cuenta que estos servidores públicos integran la rama ejecutiva del poder público en el más alto nivel, están llamados a formular las políticas del Estado dentro del rol que a cada uno co-

responde, y a vigilar o supervigilar el funcionamiento o prestación del servicio, y aquellos son los canales de comunicación entre el gobierno y el congreso.

2. La moción de censura que el congreso podía tramitar y aprobar únicamente en relación con actuaciones de los ministros del despacho, se extiende a las de los superintendentes y directores administrativos, por las mismas razones anotadas en el numeral precedente, y será definida por el voto afirmativo de la mitad más uno de la cámara que la haya propuesto.

3. Una vez aprobada la moción de censura, el funcionario quedará separado del cargo, la renuncia del mismo no impide que la moción de censura sea aprobada y la decisión de una cámara sobre el mismo tema inhibe a la otra de pronunciarse.

4. Las Asambleas Departamentales son corporaciones político administrativas de representación popular, gozan de autonomía administrativa y presupuesto propio, y podrán en adelante ejercer control político sobre la administración departamental. Podrán citar y requerir a los secretarios del despacho del gobernador para que concurran a las sesiones de la asamblea. Las citaciones deberán hacerse con una anticipación no menor de cinco días y formularse en cuestionario escrito. En caso de que los secretarios del despacho del gobernador no concurran, sin excusa aceptada por la Asamblea, esta podrá proponer moción de censura. Los secretarios deberán ser oídos en la sesión para la cual fueron citados, sin perjuicio de que el debate continúe en las sesiones posteriores por decisión de la Asamblea. El debate no podrá extenderse a asuntos ajenos al cuestionario y deberá encabezar el orden del día de la sesión.

5. Las Asambleas Departamentales podrán proponer moción de censura respecto de los secretarios de despacho del gobernador por asuntos relacionados con funciones propias del cargo, o por desatención a los requerimientos y citaciones de la Asamblea. La moción de censura deberá ser propuesta por la tercera parte de los miembros que componen la Asamblea. La votación se hará entre el tercero y el décimo día siguientes a la terminación del debate, con audiencia pública del funcionario respectivo. Su aprobación requerirá el voto afirmativo de las dos terceras partes de los miembros que integran la corporación. Una vez aprobada, el funcionario que-

dará separado de su cargo. Si fuere rechazada, no podrá presentarse otra sobre la misma materia a menos que la motiven hechos nuevos. La renuncia del funcionario respecto del cual se haya promovido moción de censura no obsta para que la misma sea aprobada conforme a lo previsto en este artículo.

6. Los Concejos Municipales son corporaciones administrativas de representación popular, gozan de autonomía administrativa y podrán en adelante ejercer control político sobre la administración municipal.

7. Los Concejos Municipales de las capitales de los departamentos y los municipios con población mayor de veinticinco mil habitantes, podrán citar y requerir a los secretarios del despacho del alcalde para que concurran a las sesiones. Las citaciones deberán hacerse con una anticipación no menor de cinco (5) días y formularse en cuestionario escrito. En caso de que los secretarios no concurran, sin excusa aceptada por el Concejo Distrital o Municipal, este podrá proponer moción de censura. Los secretarios deberán ser oídos en la sesión para la cual fueron citados, sin perjuicio de que el debate continúe en las sesiones posteriores por decisión del Concejo. El debate no podrá extenderse a asuntos ajenos al cuestionario y deberá encabezar el orden del día de la sesión.

8. Los Concejos de los demás municipios podrán citar y requerir a los secretarios del despacho del alcalde para que concurran a las sesiones. Las citaciones deberán hacerse con una anticipación no menor de cinco (5) días y formularse en cuestionario escrito. En caso de que los secretarios no concurran, sin excusa aceptada por el Concejo Distrital o Municipal, cualquiera de sus miembros podrá proponer moción de observaciones que no conlleva al retiro del funcionario correspondiente. Su aprobación requerirá el voto afirmativo de las dos terceras partes de los miembros que integran la corporación.

9. Y podrán proponer moción de censura respecto de los secretarios del despacho del alcalde por asuntos relacionados con funciones propias del cargo o por desatención a los requerimientos y citaciones del Concejo distrital o municipal. La moción de censura deberá ser propuesta por la mitad más uno de los miembros que componen el Concejo Distrital o Municipal. La votación se

hará entre el tercero y el décimo día siguientes a la terminación del debate, con audiencia pública del funcionario respectivo. Su aprobación requerirá el voto afirmativo de las dos terceras partes de los miembros que integran la corporación. Una vez aprobada, el funcionario quedará separado de su cargo. Si fuere rechazada, no podrá presentarse otra sobre la misma materia a menos que la motiven hechos nuevos. La renuncia del funcionario respecto del cual se haya promovido moción de censura no obsta para que la misma sea aprobada conforme a lo previsto en este artículo.

Varios miembros del congreso, para encauzar la reforma a la moción de censura, hicimos uso del derecho que nos otorgan los artículos 40 y 375 de la Constitución Política, en el sentido de tener iniciativa en las corporaciones públicas y presentar proyectos de acto legislativo con el propósito de reformarla, actualizarla y crear los instrumentos en procura de que se cumplan sus preceptos, funcionen sus instituciones y se realicen los fines esenciales del Estado, entre otros, la prosperidad general y la participación de todos los colombianos en las decisiones que los afecten.

El Congreso en Colombia ha sido tradicionalmente bicameral y, por esto, el artículo 141 de la Constitución señala las ocasiones en que de manera excepcional se reúne en un solo cuerpo, porque en todas las demás el Senado y la Cámara de Representantes actúan por separado y tienen funciones especiales que ejercen autónoma e independientemente, como las que describen los artículos 173 y 178, *ibídem*.

De allí que la reforma a la moción de censura refuerce el sistema bicameral, porque el Senado y la Cámara pueden tramitarla y definirla sin que una arrastre o influya sobre la otra sino proponerla y decidirla por su propia cuenta.

Las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales son corporaciones político administrativas que adquieren competencia para ejercer control político, y de esta manera materializarán la descentralización administrativa y la autonomía de las entidades regionales, uno de los principios fundamentales que inspiran el Estado Social de Derecho y la organización administrativa del Estado colombiano, según el artículo 1° de la Constitución Política.

Ninguno de los temores que han expresado distintas vertientes de opinión tiene fundamento. La organización del Estado colombiano se mantiene, tal como la define el ya citado artículo 1°, las corporaciones regionales de re-

presentación política pueden hacerla efectiva a través del control político de las respectivas administraciones y, desde luego, la nueva modalidad de la moción de censura persigue llamar la atención de los servidores públicos a los cuales se dirige, no solamente para que cumplan los deberes propios de sus cargos y los desempeñen de la mejor manera posible en beneficio de todos, sino para que ellos se constituyan en paradigma del comportamiento de los servidores públicos de otros sectores de la administración.

El artículo 40 de la Constitución Política prescribe que todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y **control político**, y dentro de esos marcos, puede elegir y ser elegido, tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos, etc., constituir partidos, revocar el mandato, interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley, etc.

No se hace sino activar el artículo 15 de la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano que prescribe “**la sociedad tiene derecho a exigir a todo agente público que le rinda cuenta de su administración**”.

La **moción de censura** puede ubicarse en estos últimos temas y constituye una alternativa para examinar los actos de los ministros, superintendentes, directores de departamentos administrativos y secretarios de los despachos de gobernadores y alcaldes, quienes si bien tienen controles de carácter disciplinario, administrativo, fiscal y penal, **carecen de un control político** en relación con las funciones propias de estos cargos y de la forma como los desempeñan.

Con seguridad no son la existencia y la operabilidad de la moción de censura las que pueden determinar la remoción de un ministro, de un superintendente, de un director de departamento administrativo, de un secretario de despacho del gobernador, o de un secretario del despacho del alcalde, sino el comportamiento de estos funcionarios frente a las competencias que les corresponden y al respeto de los límites que ellas conllevan.

En ese orden de ideas, un servidor público pasible de la moción de censura, pero que ejerza sus funciones eficientemente, buscando el bien público y la satisfacción de las necesidades de la comunidad, al margen del interés personal y del abuso del poder, nada tiene que temer frente a este procedimiento, el cual solamente puede desencadenarse en la medida en que se den las causales que la Constitución política prevé.

Nada más alejado de la realidad pensar que el Senado o la Cámara de Representantes, las Asambleas y los Concejos, llevándose de calle las funciones que les imponen la Constitución y la ley, rebasando los límites que con-

tienen estos estatutos y los que emanan de la condición que sus integrantes han adquirido por el voto popular, se atrevan a proponer moción de censura contra un funcionario que cumple su deber, que alcance las metas propuestas y que no abuse del poder, sólo por el prurito de disminuir o limitar las atribuciones del Presidente de la República, de los gobernadores o de los alcaldes.

Todo lo anteriormente expuesto se deriva de las competencias que al Congreso, Asambleas y Concejos corresponden, específicamente de las que mencionan los artículos 114 y 133, de la Constitución Política, por virtud de los cuales los miembros de los cuerpos colegiados de elección directa representan al pueblo, deben actuar consultando la justicia y el bien común, y son responsables políticamente ante la sociedad y frente a sus electores del cumplimiento de las obligaciones propias de su investidura.

Por ello están sometidos a una serie de controles. Los congresistas, los diputados y los concejales están sujetos al control disciplinario de la Procuraduría General de la Nación, al control fiscal de la Contraloría General de la República, al control de la rama judicial y, de contera, la ciudadanía puede solicitar ante la jurisdicción contencioso administrativa la pérdida de su investidura, lo que puede conllevar nada menos que la extinción de los derechos ciudadanos y aún una especie de muerte política.

En nada se asemeja la reforma que ha aprobado el Congreso con el régimen de inhabilidades, incompatibilidades, faltas disciplinarias y sanciones que la legislación colombiana contempla para los miembros de las corporaciones públicas, pero fundamentalmente la moción de censura, en la forma en que fue aprobada por el Congreso, busca hacer un llamado de atención a los funcionarios de la más alta jerarquía en la administración pública para que su comportamiento esté siempre acorde con la ley y con las políticas del Estado, y se desarrolle dentro de los límites que todo poder lleva implícitos. Se deriva de principios y normas de *prevención* para que estos servidores públicos dirijan su comportamiento oficial hacia los deberes que les corresponden en procura de lograr el bienestar de la sociedad.

4. Unas reflexiones finales

Teniendo en cuenta los principios que inspiran el Estado de Derecho, particularmente la división del poder en ramas, es claro que a la rama legislativa le pertenece la función de legislar, a la ejecutiva la de ejecutar las leyes, a la judicial la función de aplicarlas a los casos concretos. Las tres ramas ejercen estas funciones de manera separada, pero dice el principio, colaboran armó-

nicamente en el desempeño de los mismos. Podría decirse que hay en ello un equilibrio, al estilo de la filosofía que inspiró el artículo 16 de la declaración de los derechos del hombre que dice ***“La sociedad en donde no estén garantizados los derechos ni esté establecida la separación de los poderes carece de Constitución”***.

Sin embargo, en el régimen presidencial vigente en Colombia la rama que mayor poder ostenta es sin duda la rama ejecutiva. Básicamente, el Presidente es Jefe de Estado, Jefe de Gobierno, Suprema Autoridad Administrativa, Símbolo de Unidad Nacional, Director Exclusivo de las Relaciones Internacionales, características estas que le permiten arrogarse de una competencia que se extiende a todos los ámbitos de la administración pública incluyendo entre ellos la capacidad de nominación y contratación, y desde luego de la condición de comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas, aparte de la conformación de ternas para Magistrados de la Corte Constitucional, Magistrados del Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, Contralor General de la República, Fiscal General de la Nación, Procurador General de la Nación y Defensor del Pueblo. Como si esto fuera poco, el poder del Presidente, comprende el de Juez, con la posibilidad de objetar las leyes por razones de carácter constitucional.

En cambio, el Congreso tiene tres funciones detalladas: hacer las leyes, reformar la Constitución Política y ejercer el control político sobre el gobierno y la administración. Tiene también esta corporación una función judicial, la de investigar a los altos funcionarios del Estado, incluyendo al Presidente de la República, mas esta se está perdiendo por falta de uso y todavía, según algunos, ha desaparecido por el fenómeno de la mutación constitucional, esto es, por una reforma constitucional de facto.

Comparando las funciones de una y otra rama del poder público, la ejecutiva y la legislativa, no puede llegarse a una conclusión distinta: el poder de la primera es omnímodo y omnipresente, el de la segunda es limitado y periódico.

Contar entonces con una moción de censura que culmine con la separación de un ministro, y ahora de un superintendente, de un director de departamento administrativo, o de un secretario departamental o municipal, no conlleva inhabilidad para ocupar cargos ni para elegir o ser elegido, al revés de lo que puede pasarle a un congresista. El régimen de pérdida de investidura y el juzgamiento en el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia, respectivamente, ambos en única instancia y sin apelación posible,

implican o bien la muerte política o la pérdida del derecho a la libertad, violando flagrantemente el bloque de constitucionalidad tan caro a la Corte Constitucional.

En 1886 la nación colombiana se reconstituyó en forma de república unitaria terminando así el régimen de los Estados Unidos de Colombia que imperaba desde 1863 y en consecuencia, se institucionalizó la centralización política y la descentralización administrativa.

En 1986 se hizo efectiva la descentralización con la elección de alcaldes, gracias a la concepción visionaria del líder conservador Álvaro Gómez Hurtado, y la buena experiencia se trasladó a 1991 extendiéndola a la elección popular a los gobernadores. Las Asambleas y los Concejos siguieron iguales en todo el tiempo transcurrido desde 1886. Son corporaciones administrativas llamadas a coadyuvar la gestión de gobernadores y alcaldes sin posibilidad de reglamentar nada, simplemente dedicadas a expedir ordenanzas y acuerdos reconociendo honores y recordando historias de mejores días, o aprobar presupuestos de ilusiones y a elegir uno que otro funcionario casi escogido por los Tribunales.

La autonomía regional reconocida en la Constitución de 1991 exige dar a las corporaciones regionales de elección popular un tratamiento distinto, el que corresponda con las necesidades de las gentes a quienes representan. Diputados y Concejales no son servidores públicos de bajo nivel, aparte de representar al pueblo que los elige, hacen un esfuerzo por alcanzar un grado de preparación y experiencia suficientes cuando no excepcional, para que esa representatividad tenga algún efecto en la administración pública.

En ese orden de ideas, la Bancada del Partido Conservador Colombiano propuso al Congreso, y este con el apoyo de todos los partidos y movimientos políticos que tienen asiento en la corporación, es decir, sin excepción alguna, elevó a las Asambleas y Concejos de categoría de entes administrativos a la de corporaciones con funciones político administrativas. En el futuro a través de la moción de censura podrán llevar un control político que consolide la democracia y les dé en tal virtud la verdadera razón de ser.

Después de ser aprobada y promulgada la reforma sobre la moción de censura, el gobierno presentó un proyecto de acto legislativo al Congreso, por medio del cual se deroga el Acto Legislativo No. 1 de 2007. El proyecto es desafortunado, no tiene posibilidades de ser aprobado en el Congreso y conduce al absurdo por estas razones:

La Constitución Política consagra tres procedimientos para su reforma constitucional: el acto legislativo, la asamblea constituyente y el referendo (artículo 374).

Siguiendo el principio de lógica jurídica que reza “las cosas en derecho se deshacen del mismo modo que se hacen”, podría decirse que a través de un acto legislativo se puede derogar otro acto legislativo, y siendo esto así toda discusión sobra.

Sin embargo, el artículo 377 de la Constitución Política prescribe que deben someterse a referendo las reformas constitucionales aprobadas por el Congreso, cuando se refieran a los derechos reconocidos en el capítulo I del Título II y a sus garantías, a los procedimientos de participación popular o al Congreso, si así lo solicita, dentro de los seis meses siguientes a la promulgación del acto legislativo, un ciento por ciento de los ciudadanos que integran el censo electoral.

Con aplicación del mencionado precepto las reformas constitucionales que el Congreso hace a la Constitución mediante acto legislativo, respecto de los temas indicados en el párrafo anterior, entre los cuales están las competencias del congreso, tienen un procedimiento especial que debe seguirse para su derogatoria, siempre y cuando se cumplan las condiciones en él previstas, y por lo tanto no pueden derogarse por otro acto legislativo.

En el evento improbable de que el proyecto derogatorio del gobierno fuese aprobado el resultado sería fatal, pues desaparecería de la Constitución Política de Colombia uno de los instrumentos que tiene el Congreso para realizar el control político, la moción de censura. Desaparecería, no solamente la reforma que se introdujo con el Acto Legislativo No. 1 de 2007, sino está y la normatividad aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente en el año de 1991.

No tiene fundamento sostener que derogado el Acto Legislativo No. 1 de 2007, vuelve a regir la moción de censura como estaba prevista en la Constitución original de 1971 porque todo el texto plasmado en ese acto legislativo, quedaría sin vigencia, tal como lo manda el artículo 14 de la ley 153 de 1887 cuyo texto dice: “Una ley derogada no revivirá por solas las referencias que á ella se hagan, ni por haber sido abolida la ley que la derogó. Una disposición derogada solo recobrará su fuerza en la forma en que aparezca reproducida en una ley nueva”.

Finalmente, las informaciones que aparecieron en el editorial del periódico El Tiempo el viernes 14 y en El Espectador del 22 de los corrientes son incorrectas, en tanto incluyen como funcionarios a quienes podría aplicarse la nueva moción de censura a los Directores de Institutos Descentralizados, aspecto éste que no quedó incluido en el texto del Acto Legislativo. Y las consecuencias desastrosas que se anuncian carecen de sentido y fundamentación, pues todas las normas jurídicas necesitan de tres ámbitos para alcanzar las metas que de ellas se esperan: el personal, el espacial y el temporal de validez y efectividad. No tienen ninguna secuela mágica e inmediata, pero sí les hace falta decisión política y buena fe para aplicarse de la mejor manera posible, y ojala óptima.

LIBRO SEGUNDO
PARTE ESPECIAL

El ejercicio ilegal de la profesión en el nuevo Código Disciplinario del Abogado

Por Carlos Arturo Ramírez Vásquez*

Con el advenimiento de la Ley 1123 de 2007, mejor conocida como el Código Disciplinario del Abogado¹, se presentaron sustanciales modificaciones en punto del ejercicio de la función jurisdiccional asignada al Consejo Superior de la Judicatura para el juzgamiento de las faltas que cometan los abogados, dentro de las que resulta importante reseñar, aquellas que se introdujeron con respecto al ejercicio ilegal de la profesión, para lo cual, previamente, consignaremos una breve reseña sobre los antecedentes de la figura.

1. El ejercicio ilegal de la profesión antes de la Ley 1123 de 2007

Antes de la expedición del CDA, el marco jurídico que regentaba el ejercicio ilegal de la profesión se remitía al Decreto 196 de 1971, en cuyo artículo 41 dispone:

“ARTÍCULO 41. Incurrirá en ejercicio ilegal de la abogacía y estará sometido a las sanciones señaladas para tal infracción:

1o. Quien no siendo abogado inscrito, se anuncie o haga pasar por tal u ofrezca servicios personales que requieran dicha calidad o litigue sin autorización legal.

2o. El abogado que actúe estando suspendido o excluido de la profesión.

* Magistrado Auxiliar de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria Consejo Superior de la Judicatura.

¹ En adelante será referido como CDA.

3o. El abogado que intervenga no obstante la existencia de una incompatibilidad.

4o. El titular de la licencia temporal de que trata el artículo 32 que ejerza la abogacía en asuntos distintos de los contemplados en el artículo 31, o por tiempo mayor del indicado en dicha norma.”

En consecuencia, es claro que podían incurrir en ejercicio ilegal de la profesión, tanto los abogados como quienes no lo eran, dependiendo de las hipótesis contenidas en la norma, la cual valga destacar, debe concordarse con los contenidos del artículo 30 del Decreto 522 de 1971², que regula las contravenciones de Policía, donde expresamente aparece reseñado el ejercicio ilegal de la profesión de la siguiente manera³:

“ARTÍCULO 30.- *El que ejerza ilegalmente profesión u oficio, incurrirá en arresto de uno a doce meses.”*

Obsérvese entonces que antes de la expedición del CDA, las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias de los Consejos Superior y Seccionales de la Judicatura remitían a las inspecciones de Policía, todos aquellos asuntos relacionados con el ejercicio ilegal de la abogacía, trátase de abogados o no, toda vez que era una contravención, mas no una falta disciplinaria.

Es más, la postura sentada por la jurisprudencia de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria Consejo Superior de la Judicatura ha sido uniforme en cuanto al tratamiento frente a aquellos abogados que actúan estando suspendidos o excluidos de la profesión:

“En el caso que se estudia, tal como quedó probado, el inculpado, para la época de la comisión de la falta, no se le podía considerar abogado apto para ejercer la profesión legalmente, ya que estaba excluido de la misma, en consecuencia, no estaba inscrito, requisito sine qua non para ejercer la profesión (artículos 3 y 6 del Decreto 196 de 1971). Razón por la cual no se le puede sancionar disciplinariamente aplicándole normas del estatuto ético por parte de la jurisdicción disciplinaria en cabeza del Consejo Superior de la Judicatura como órgano máximo de la citada jurisdicción, debido a que, como se dijo anteriormente, sólo son disciplinables los abogados que cometan falta en el desempeño de tal actividad.

² De las contravenciones especiales que afectan el orden social.

³ Resulta necesario precisar que la Ley 228 de 2005, que posteriormente reguló lo atinente a las contravenciones especiales, quedó derogada con la Ley 599 de 2000.

Por el contrario, quien esté excluido de la profesión de abogado y actúe como tal, como es el caso de H. C. A, no se le juzga disciplinariamente, sino que incurre en ejercicio ilegal de la abogacía y estará sometido a las sanciones establecidas para tal infracción (artículo 41, numeral 2 Decreto 196 de 1971), que son las establecidas en el régimen contravencional y su juzgamiento corresponde a los Inspectores de Policía.

Por todo lo anterior, la decisión a tomar es la revocatoria del fallo proferido por el a quo, debido a que, al demostrarse que el abogado C. A, al momento de cometer las faltas, ya se encontraba excluido de la profesión de abogado, como bien lo advirtió en su fallo (folio 134). (M.P.Dr. EDUARDO CAMPO SOTO, Rad. 20009045 del 10 de agosto de 2000).

Incluso, al resolver un conflicto de jurisdicciones, la Sala analizó las incompatibilidades con el ejercicio de la abogacía, y reafirmó la competencia de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria en el siguiente sentido:

“El numeral 1º del artículo 39 del Decreto 196 de 1971 contempla, como incompatibilidad para el ejercicio de la profesión de abogado, que este sea empleado público o trabajador oficial, tipificando, en el numeral 30 del artículo 41 ibídem, como ‘ejercicio ilegal de la abogacía’, la conducta del abogado que intervenga no obstante la existencia de una incompatibilidad”.

El fenómeno jurídico descrito se conoce, en la dogmática jurídico-penal colombiana, como un “paratipo penal”, para nuestro caso contravencional, definido como “la descripción casuística de una conducta humana particular por el legislador, la cual se encuentra legalmente asimilada o referida a un tipo penal, pudiendo, o no, subsumirse en él, y quedando, cuando se aparta de sus presupuestos estructurales, desprovista de sanción”. (...)

Pues bien: Es evidente que estamos frente al fenómeno descrito, toda vez que el artículo 39 del Decreto 196 de 1971 señala la imposibilidad de ejercer la abogacía en determinados casos, y a su vez, el 41 ibídem califica de ejercicio ilegal de la abogacía –profesión– cuando se incurre en ellos, precisando que quien lo haga “estará sometido a las sanciones señaladas para tal infracción”. El ejercicio ilegal de profesión u oficio se encuentra tipificado en el artículo 30 del Decreto 522 de 1971 (...)” (M.P. Edgardo Maya Villazón, Rad. 8671 A, 28 de marzo de 1996).

2. El ejercicio ilegal de la profesión en la Ley 1123 de 2007

Como punto de partida, uno de los cambios sustanciales que trajo el CDA fue lo relacionado con los destinatarios del Código, o mejor denominados sujetos disciplinables, ya que amplió notablemente su cobertura, conglobando no solo a los abogados en ejercicio de la profesión, sino también a aquellos que la ejerzan encontrándose excluidos o suspendidos:

***Artículo 19. Destinatarios.** Son destinatarios de este código los abogados en ejercicio de su profesión que cumplan con la misión de asesorar, patrocinar y asistir a las personas naturales o jurídicas, tanto de derecho privado como de derecho público, en la ordenación y desenvolvimiento de sus relaciones jurídicas así se encuentren excluidos o suspendidos del ejercicio de la profesión y quienes actúen con licencia provisional (...).*

Con lo anterior, se evidencia que el ejercicio ilegal de la abogacía consagrado en el numeral 2º del artículo 41 del Decreto 196 de 1971, quedó tácitamente derogado por el artículo 19 del CDA, ya que a partir de su expedición, son igualmente sujetos disciplinables, los abogados que actúen como tales, aun cuando se encuentren suspendidos o excluidos de la profesión.

Pero no fue este el único cambio sustancial que trajo consigo el CDA en punto del ejercicio ilegal de la abogacía. Obsérvese que el artículo 39 del Decreto 196 de 1971⁴, fue derogado expresamente por el 29 del CDA, al regular integralmente las causales de incompatibilidad para el ejercicio de la abogacía, norma que obliga a ser cotejada con un nuevo deber que impone a los abogados, “Respetar y cumplir las disposiciones legales que establecen incompatibilidades para el ejercicio de la profesión”⁵, deber que encuentra su correlato en la falta consignada en el artículo 39 del CDA:

ARTÍCULO 39. También constituye falta disciplinaria, el ejercicio ilegal de la profesión, y la violación de las disposiciones legales que establecen el régimen de incompatibilidades para el ejercicio de la profesión o al deber de independencia profesional.

Nótese entonces, que la normativa reseñada derogó igualmente la modalidad de ejercicio ilegal de la profesión inmersa en el numeral 3º del artículo 41 del Decreto 196 de 1971, por lo que ahora debe afirmarse que con la expedición de la Ley 1123 de 2007, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria Con-

⁴ Estatuto del Ejercicio de la Abogacía.

⁵ Artículo 28 numeral 14 de la Ley 1123 de 2007.

sejo Superior de la Judicatura es la llamada a conocer de los procesos por infracción al régimen de incompatibilidades con la abogacía, asunto otrora asignado a las Inspecciones de Policía.

Sin embargo, es necesario advertir que la modalidad de mayor ocurrencia en punto del ejercicio ilegal de la abogacía, vale decir, la cometida por aquellas personas que no siendo abogados, se anuncian o se hacen pasar como tales, se mantuvo como contravención de Policía, lo cual encuentra identidad con las funciones asignadas por la Carta Política al Consejo Superior de la Judicatura en su artículo 256⁶, manteniéndose por tanto, en cabeza de las inspecciones de Policía.

Y es precisamente este marco de competencia, el que plantea interrogantes interesantes como el siguiente: Si la Constitución limita el espectro de acción de la Sala Disciplinaria al examen de las conductas y faltas cometidas por los abogados **en ejercicio de su profesión**, ¿cómo podría entenderse que el CDA incluya como sujetos disciplinables a aquellos abogados suspendidos o excluidos del ejercicio profesional?

En orden a brindar elementos de juicio que permitan aproximarnos a una respuesta frente a este interrogante, consideramos que el fundamento para haber incluido a estos abogados, estriba en que si bien es cierto se encuentran suspendidos o excluidos de la profesión, no lo es menos que si deciden actuar como tales a pesar de converger la incompatibilidad, no traduce en que dichas actuaciones se encuentran ajenas a la profesión, pues precisamente es en el contexto de la abogacía que despliegan su actividad. Es decir, estos profesionales ejercen como abogados, pero lo hacen de manera ilegal, postulado que permite conectar la competencia fijada por el artículo 256-3 de la Constitución Política.

Es necesario anotar, que esta posición es compartida por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en jurisprudencia del 4 de febrero de 2004 con ponencia del Magistrado Edgar Lombana Trujillo, en un caso donde se alegaba por vía de casación, la nulidad de las actuaciones desarrolladas por un defensor que al parecer se encontraba suspendido del ejercicio profesional:

⁶ ARTÍCULO 256. Corresponden al Consejo Superior de la Judicatura o a los Consejos Seccionales, según el caso y de acuerdo a la ley, las siguientes atribuciones:

³ Examinar la conducta y sancionar las faltas de los funcionarios de la rama judicial, así como las de los abogados en el ejercicio de su profesión, en la instancia que señale la ley.

“Con todo, como en términos reales existe la posibilidad de que un abogado continúe litigando, aun habiendo sido retirado temporalmente del registro de abogados hábiles para ejercer la profesión, el reglamento de la abogacía contempla esa eventualidad y le asigna consecuencias.

A la sazón, el artículo 25 del Decreto 196 de 1971 “Por el cual se dicta el estatuto de ejercicio de la abogacía” señala que nadie podrá litigar en causa propia o ajena si no es abogado inscrito, sin perjuicio de las excepciones legalmente consagradas.

El inciso segundo de esa norma es del siguiente tenor:

“La violación de este precepto no es causal de nulidad de lo actuado, pero quienes lo infrinjan estarán sujetos a las sanciones señaladas para el ejercicio ilegal de la abogacía”

Con ello se verifica una vez más que no son nulas, por ese sólo hecho, las actuaciones cumplidas con la intervención de un abogado suspendido en el ejercicio de la profesión; y, se insiste, en materia penal, tales diligencias eventualmente podrían llegar a carecer de validez, no por el mero hecho de que el abogado se encuentre suspendido, sino cuando se demuestre la presencia de verdaderos defectos que conspiran contra la estructura del proceso o contra las garantías de los sujetos procesales.”

Sin embargo, consideramos que a pesar de haber quedado cobijados los abogados suspendidos o excluidos como sujetos destinatarios de la acción disciplinaria en el CDA, el legislador se quedó corto en el tratamiento del ejercicio ilegal que realizan personas que no son abogados, pues es precisamente el fenómeno de mayor ocurrencia en el país, y en verdad resulta lamentable que siga considerándose como una contravención de Policía cuando en realidad merece una respuesta del Estado mucho más drástica, ya que además de la fe pública, en la mayoría de los casos se ven comprometidos los intereses económicos de las personas que los contratan, y en la práctica, cuando el hecho es conocido por las autoridades correspondientes no hay nada que hacer, dada la precariedad temporal de las acciones policivas.

En ese orden de ideas, nótese como en países como España, donde se encuentran organizados los Colegios de Abogados, lo que supone un control más riguroso al ejercicio de la abogacía, aparece consagrado como delito esta clase de comportamientos, tal y como lo recoge el artículo 403 del Código Penal de 1995, al definir el delito de **intrusismo profesional**:

“Artículo 403. *El que ejerciere actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título académico expedido o reconocido en España de acuerdo con la legislación vigente, incurrirá en la pena de multa de seis a doce meses. Si la actividad profesional desarrollada exigiere un título oficial que acredite la capacitación necesaria y habilite legalmente para su ejercicio, y no se estuviere en posesión de dicho título, se impondrá la pena de multa de tres a cinco meses.*

Si el culpable, además, se atribuyese públicamente la cualidad de profesional amparada por el título referido, se le impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años.”

La esencia ilícita del intrusismo profesional, de acuerdo a Cuenca García, quien sigue a Gonzalo Quintero Olivares, “...se encuentra en la invasión del ámbito competencial por aquellas personas que no tengan unos conocimientos específicos, establecidos por el sistema jurídico y técnico. Por consiguiente, quienes no posean esa condición carecen de legitimación para realizar esas actuaciones o trabajo”⁷.

Por otra parte, para Serrano Tárraga con el delito de intrusismo profesional, “...no solamente se protege la potestad de la administración de expedir títulos, sino que también se protege la fe pública, la confianza general, la seguridad en el tráfico jurídico que generan determinados signos.”⁸.

Lo anterior para significar, que si se quisiera en Colombia adecuar típicamente el ejercicio ilegal de la profesión como delito, sería necesario acudir a apretados ejercicios argumentativo-dogmáticos, ya que como lo reseña la doctrina foránea, se trata de una conducta pluriofensiva, lo que no se supliría con el simple encuadramiento en una falsedad⁹, o en una eventual estafa, ya que además de la fe pública, convergen los intereses de los directa e indirectamente afectados, a más del conglomerado social; en consecuencia, creemos que se establecerían mejores y más adecuados mecanismos de prevención general y especial consagrándose un tipo penal autónomo.

⁷ Cuenca García María José, La función de abogados y procuradores y los intereses de los clientes, Thomson –Aranzadi, Navarra, 2007, p.173.

⁸ Serrano Tárraga María Dolores, El Delito de Intrusismo Profesional, Civitas, 197, p.82.

⁹ ARTÍCULO 296. FALSEDAD PERSONAL. El que con el fin de obtener un provecho para sí o para otro, o causar daño, sustituya o suplante a una persona o se atribuya nombre, edad, estado civil, o calidad que pueda tener efectos jurídicos, incurrirá en multa, siempre que la conducta no constituya otro delito.

De esta manera, se reconoce que con la Ley 1123 de 2007 se avanzó en el tratamiento del ejercicio ilegal de la abogacía, pero somos del criterio de que cuando esta conducta sea desplegada por sujetos que no son abogados, el legislador debe erigirla como delito autónomo, o al menos, como una de las contravenciones que ahora recoge la Ley 1153 de 2007, mejor conocida como la “*Ley de Pequeñas Causas*”, ya que insístase, constituye un fenómeno social de relevancia criminológica que exige del Estado una respuesta mucho más adecuada y drástica que la de ser considerada como contravención de Policía, la que según enseña la experiencia, en su gran mayoría queda confinada a la impunidad.

Inhabilidades e incompatibilidades de los servidores públicos

Por Mónica Ivón Escalante Rueda, Piedad Lucía Villarraga Rengifo,
Maia Valeria Borja Guerrero y Héctor Julio Quiñones Monroy*
Dirección Jurídica Claudia Patricia Hernández León**

Presentación por Fernando Antonio Grillo Rubiano***

En desarrollo de la función de este Departamento Administrativo de divulgación de las normas sobre administración de personal al servicio del Estado, la Dirección Jurídica compiló en una cartilla lo relacionado con la materia de inhabilidades e incompatibilidades, como tema de continua consulta por parte de las entidades y organismos del Estado, y del ciudadano en general.

Dado el carácter taxativo y la interpretación restrictiva que conlleva este tema, la Cartilla contiene las normas constitucionales y legales, y la jurisprudencia de las Altas Cortes sobre la materia. Además, le han sido incorporados conceptos generales de la Dirección Jurídica, expedidos en respuesta a las inquietudes que continuamente se le plantean, en los que se da a conocer el criterio del Departamento al respecto.

La Cartilla constituye, entonces, una herramienta de gran importancia y un medio de consulta, con el que se busca que exista un conocimiento de las conductas y hechos expresamente prohibidos por la Constitución y por la ley para el ejercicio de funciones públicas.

* Servidores del Departamento Administrativo de la Función Pública.

** Directora Jurídica del Departamento Administrativo de la Función Pública.

*** Director del Departamento Administrativo de la Función Pública.

Inhabilidades e incompatibilidades de los servidores públicos

Inhabilidades

Qué se entiende por inhabilidad

Inhabilidad es la incapacidad, ineptitud o circunstancias que impiden a una persona ser elegida o designada en un cargo público y en ciertos casos, impiden el ejercicio del empleo a quienes ya se encuentran vinculados al servicio.

La jurisprudencia ha señalado que *“Las inhabilidades son restricciones fijadas por el constituyente o el legislador para limitar el derecho de acceso al ejercicio de cargos o funciones públicas. También han sido definidas por esta Corporación como aquellos requisitos negativos para acceder a la función pública, los cuales buscan rodear de condiciones de transparencia, imparcialidad, igualdad y moralidad el acceso y la permanencia en el servicio público, de tal suerte que las decisiones públicas sean objetivas y tengan como resultado el adecuado cumplimiento de los fines del Estado que asegure la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Cfr. Corte Constitucional.”*¹

El ordenamiento jurídico consagra dos tipos de inhabilidades en consideración a la naturaleza y la finalidad de la limitación:

- ✓ Inhabilidades relacionadas directamente con la potestad sancionadora del Estado, la cual se aplica en los ámbitos penal, disciplinario, contravencional, correccional y de punición por indignidad política.
- ✓ Inhabilidades que no constituyen sanción ni están relacionadas con la comisión de faltas, sino que corresponden a modalidades diferentes de protección del interés general y obedecen a la efectividad de principios, derechos y valores constitucionales, como son la lealtad empresarial, moralidad, imparcialidad, eficacia, transparencia o sigilo profesional, entre otros postulados.²

Cabe resaltar que dado el carácter prohibitivo de las inhabilidades, estas son taxativas, es decir, están expresamente consagradas en una ley o en la Constitución Política. La Corte Constitucional ha expresado que *“el Legislador tiene un margen de discrecionalidad amplio para regular las inhabilidades*

¹ Sentencias C-380-97, M.P. Hernando Herrera Vergara; C-200-01, M.P. Eduardo Montealegre Lynett y C-1212-01, M.P. Jaime Araújo Rentería.

² Sentencia C-348/04, abril 20. Magistrado Ponente Dr. Jaime Córdoba Triviño.

e incompatibilidades para acceder a la función pública, dentro de las limitaciones que la propia Carta define. Diferente es la situación del operador jurídico, quien debe interpretar estricta y restrictivamente las causales de inelegibilidad, en tanto y cuanto son excepciones legales al derecho de las personas a acceder a los cargos públicos”³.

La finalidad de las inhabilidades es garantizar la idoneidad, moralidad, probidad y eficacia en el ejercicio de cargos o funciones públicas. De igual forma son una garantía de que el comportamiento anterior o el vínculo familiar no afectarán el desempeño del empleo o función.

Consecuencias de las inhabilidades

Jurisprudencialmente se ha establecido que la configuración de las “*inhabilidades acarrea lo siguiente:*

a) Para quien aspira a ingresar o acceder a un cargo público, no podrá ser designado ni desempeñar dicho cargo.

b) Para quien sin haberse configurado alguna de las causales de inhabilidad mencionadas, es nombrada para ocupar un cargo o empleo en la Rama Jurisdiccional, o cuando encontrándose en ejercicio del cargo, incurre en alguna de ellas, será declarado insubsistente.

En todos estos eventos, la persona nombrada, deberá ser declarada insubsistente mediante providencia motivada, aunque el funcionario o empleado se encuentre escalafonado en la carrera judicial.”⁴

Respecto de lo anterior, el artículo 6° de la Ley 190 de 1995, señala:

“En caso de que sobrevenga al acto de nombramiento o posesión alguna inhabilidad o incompatibilidad, el servidor público deberá advertirlo inmediatamente a la entidad a la cual preste el servicio.

Si dentro de los tres (3) meses siguientes el servidor público no ha puesto fin a la situación que dio origen a la inhabilidad o incompatibilidad, procederá su retiro inmediato, sin perjuicio de las sanciones a que por tal hecho haya lugar.”

³ Sentencia C-200-01, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

⁴ Sentencia C-509 de 1994.

Frente al tema la Corte Constitucional señaló que “El artículo 6 de la Ley 190 de 1995, tras ordenar al servidor público informar de inmediato sobre la ocurrencia de inhabilidades o incompatibilidades sobrevinidas con posterioridad al acto de nombramiento o posesión, prescribe que “si dentro de los tres meses siguientes el servidor público no ha puesto fin a la situación que dio origen a la inhabilidad, procederá su retiro inmediato, sin perjuicio de las sanciones a que por tal hecho haya lugar.

Se pregunta la Corte si los principios de servicio a los intereses generales, igualdad, moralidad, eficacia e imparcialidad (C.P. art. 209), los cuales garantizan un determinado régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades, se desconocen si la ley, en lugar de optar por autorizar el retiro inmediato de un funcionario público incurso en una causal de inhabilidad o incompatibilidad sobrevinientes, otorga a este un plazo de tres meses para poner fin a la situación que les ha dado origen.

7. Dos precisiones deben hacerse antes de ahondar en el análisis. La primera, no cabe plantear una relación de igualdad y, por ende, una vulneración al mismo, si se toman como términos de comparación las personas que no han podido acceder a la administración en razón de una específica inhabilidad que las cobija de un lado y, de otro, las personas nombradas o posesionadas que con posterioridad resultan afectadas por una inhabilidad o incompatibilidad. Se trata de situaciones diferentes y, por consiguiente, su tratamiento legal puede no ser análogo. La segunda, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, por tutelar los principios en los que se inspira la función administrativa, no solamente es un requisito ex ante, sino también ex post. Con otras palabras, definido el ingreso de una persona a la administración, sigue sujeta al indicado régimen.

8. La Corte considera que es importante efectuar una distinción. Si la inhabilidad o incompatibilidad sobrevinientes, se originan en causas imputables al dolo o culpa del nombrado o al funcionario, no cabe duda de que la norma examinada es inconstitucional. Los principios en los que se basa la función pública, quedarían sacrificados si no se optara, en este caso, por el retiro inmediato del funcionario o la negativa a posesionarlo.

Si por el contrario, en la inhabilidad o incompatibilidad sobrevinientes, no se ha incurrido por el dolo o culpa del nombrado o al funcionario, y siempre que estos en sus actuaciones se ciñan a la ley y eviten los conflictos de interés, puede considerarse razonable que se disponga de un término de tres meses para poner fin a la situación. De esta manera se preserva el

derecho al trabajo, su estabilidad, y el acceso al servicio público, sin que por este hecho se coloque a la administración en trance de ver subvertidos sus principios medulares.

En consecuencia, la Corte declarará la exequibilidad del precepto acusado, pero bajo el entendido de que la norma se refiere únicamente al nombrado o al funcionario que no haya dado lugar por su dolo o culpa a la causal de inhabilidad o incompatibilidad sobrevinientes.⁵”

Formalidades que se deben cumplir para retirar del servicio a quien le sobrevenga una inhabilidad

“Estima la Corte que, desde luego, la insubsistencia o remoción del empleado o funcionario de la Rama Jurisdiccional, cuando se configure alguna de las causales de inhabilidad enumeradas en el artículo 3o. del Decreto 1888 de 1989, deberá estar precedido de la observancia del debido proceso a través del cual el inculpado previamente tendrá derecho como ocurre en los procesos disciplinarios, a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra a fin de que pueda ejercer plenamente el derecho de defensa como lo determina el artículo 29 de la Constitución Política.

Se trata por tanto de respetar el debido proceso y la presunción de inocencia, con antelación al acto de insubsistencia, no pudiendo quedar sin efecto el nombramiento recaído en el funcionario o empleado de la Rama Jurisdiccional, sin que previamente se le haya comprobado plenamente que con respecto al mismo se ha configurado alguna de las causales consagradas en el artículo 3o. del Decreto 1888 de 1989, pues en el fondo de lo que se trata en el presente caso, no obstante lo deficiente de la redacción de la norma acusada es aplicar una sanción al servidor público de la Rama Jurisdiccional, a título de destitución por los motivos indicados, la cual debe estar revestida de las formalidades propias del juicio que garantice el derecho de defensa del inculpado.

De esta manera, el acto de insubsistencia requiere para su validez de la configuración del presupuesto descriptivo de la inhabilidad y de la comprobación por parte de la autoridad correspondiente, previamente a su expedición.

⁵ Corte Constitucional, Sentencia No. C-038/96, Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Así mismo, el empleado o funcionario de la Rama Jurisdiccional a quien se le ha retirado del servicio por supuesta inhabilidad comprobada, tendrá derecho como reza la última parte de la disposición acusada, a ejercer las acciones contencioso-administrativas pertinentes contra la providencia respectiva para desvirtuar la presunción de legalidad que ampara las decisiones adoptadas por los organismos o autoridades competentes, lo cual permite revisar las actuaciones y decisiones adoptadas en su contra, con la salvedad establecida en la sentencia No. C-417 de octubre 4 de 1993, proferida por esta Corporación, con ponencia del Magistrado Dr. José Gregorio Hernández Galindo, al decidir acerca de la exequibilidad del artículo 51 del mismo Decreto 1888 de 1989.

Por lo tanto, la norma demandada a juicio de la Corporación no viola el debido proceso ni la presunción de inocencia de que trata el artículo 29 de la Constitución Nacional, pues previamente a la declaratoria de insubsistencia, se le garantiza a quien se encuentra incurso en supuesta inhabilidad, la plena observancia de las formalidades propias del respectivo proceso y del derecho de defensa, que una vez finalizado, conduzca a absolverlo de los cargos formulados en su contra o a la insubsistencia motivada, frente a las causales de que trata el precepto demandado”⁶.

Por su parte el Consejo de Estado, frente al mismo tema expresó:

“A términos del artículo 126 de la Carta los servidores públicos, entre ellos los de elección popular, “no podrán nombrar como empleados a personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente””, prohibición reiterada en el artículo 292 ibídem específicamente en relación con los diputados.

Las finalidades de la prohibición general son evitar que los servidores investidos del poder de nominación lo utilicen para favorecer los intereses de personas con quienes tienen lazos de parentesco en los grados señalados en la Carta, o vínculo matrimonial o extramatrimonial permanente, conducta que, de no ser prevenida, comprometería de manera grave el derecho a la igualdad de oportunidades para acceder al ejercicio de funciones y car-

⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-509 de 1994.

⁷ La Asamblea Nacional Constitucional, Comisión 3ª, debatió el tema a propuesta del constituyente Abel Rodríguez y de la verificación de los debates quien en la sesión plenaria de mayo 22/91 sostuvo que la norma perseguía “desnepotizar la administración pública o el servicio público, impedir que las familias se tomen los empleos (...) aquí buscamos evitar que los funcionarios que ejercen la autoridad comiencen a nombrar a sus familiares...”. Revisada la transcripción de las seis sesiones en que se discutió el asunto, se constata que la finalidad del precepto se contrae exclusivamente a la actividad nominadora.

gos públicos, circunstancia que impone límites a este derecho en aras del interés público, todo lo cual se traduce en una restricción perentoria de la facultad nominadora de los servidores investidos de ella.

El alcance del artículo 126 está determinado por la locución “no podrán nombrar”, que da contenido a la prohibición: impedir que el nominador vincule a la administración a las personas que estén dentro de los grados de parentesco señalados, lo cual implica una restricción a la utilización de la potestad nominadora, sin perjuicio de la facultad de libre remoción, conforme a la ley.

En relación con los parientes del nominador, se origina una inhabilidad para que estos accedan al servicio público, una vez este tome posesión del cargo, formalidad con la que se asume plenamente la función pública, lo cual significa que los parientes nombrados con anterioridad no están cobijados por la prohibición, puesto que su designación proviene de un acto que no solo ha sido expedido por quien, en principio, no estaba impedido para vincularlos, sino que goza de presunción de legalidad.

Como la conducta prohibida es la de “nombrar”, debe entenderse que la potestad nominadora solo es viable ejercerla por el funcionario elegido hacia el futuro, luego de la asunción del cargo, lo que no es predicable de quien ya está prestando sus servicios; por tanto, tal facultad no es posible retrotraerla en el tiempo para darle un alcance que no se desprende de la norma constitucional, razón por la cual el funcionario o empleado vinculado con anterioridad a la posesión de su pariente investido de la potestad mencionada sólo tendría que retirarse del servicio, por el arribo de aquel a la administración, si así estuviera previsto en una norma legal que estableciera una inhabilidad sobreviniente.

Si bien el artículo 6° de la Ley 190 de 1995, prevé la obligación del servidor de advertir inmediatamente –a la entidad a la cual presta servicios– que le ha sobrevenido al acto de nombramiento una inhabilidad o incompatibilidad, con la consecuencia de que si pasados tres meses no pone fin a la situación que la origina, cuando a ello hubiere lugar, procederá el retiro inmediato del servidor, su hipótesis normativa no es aplicable al caso en estudio puesto que no existe norma expresa que establezca una inhabilidad que determine la desvinculación.

Como no existe, que se conozca, tal precepto y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades es de aplicación restrictiva y respecto del mismo está proscrita la analogía y la extensión de las causales a casos no previstos en la ley, no resulta procedente interpretar la norma constitucional en el sentido de que el servidor deba retirarse ante una relación de parentesco que

no existía al momento de su nombramiento y que por lo mismo es anterior a la posesión del pariente, cónyuge o compañero permanente, titular actual de la potestad nominadora.

Así, no se está en presencia de una inhabilidad sobreviniente, pues además de no estar prevista por el legislador, la establecida en el artículo 126 constitucional está referida al nombramiento o designación por el nominador recién posesionado y no a la efectuada con anterioridad a este hecho”⁸.

Inhabilidades comunes a todos los servidores públicos

Sin distinción de cargo o funciones el constituyente y el legislador han consagrado las siguientes inhabilidades:

FUNDAMENTO LEGAL	CAUSA	CONSECUENCIA	DURACIÓN	JURISPRUDENCIA
Artículo 122 Constitución Política	Haber sido condenado por delitos contra el patrimonio del Estado.	<p>No podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la Comisión de Delitos que afecten el patrimonio del Estado: los que producen de manera directa lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, producida por una conducta dolosa, cometida por un servidor público.</p> <p>Para estos efectos la sentencia condenatoria deberá especificar si la conducta objeto de la misma constituye un delito que afecte el patrimonio del Estado y son:</p> <p>Peculado por apropiación (artículo 397)</p> <p>Peculado por uso (artículo 398)</p> <p>Peculado por aplicación oficial diferente (artículo 399)</p> <p>Peculado culposo (artículo 400)</p> <p>Tampoco quien haya dado lugar, como servidor público, con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia judicial ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño.</p>	Intemporal.	<p>- Corte Constitucional C-374/97, C-948/02, C-209/00, C-1212/01, C-952/01, C-373/02, C-948/02, y C-037/03, “la inhabilidad contenida en el artículo 122 de la Carta es una inhabilidad sin término, que impide al servidor público afectado por ella volver a ejercer función pública alguna.”</p> <p>- Consejo de Estado. Sentencia Radicación número: 11001-03-15-000-2003-0270- 01(AI) del 25 de mayo de 2004 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo: “la consagración de inhabilidades para el ejercicio de determinados cargos públicos “sin límite de tiempo”, no es inconstitucional, pues, el fundamento de su previsión reposa en la manifiesta necesidad de garantizar y de hacer prevalecer el interés general”.</p>

⁸ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: Flavio Augusto Rodríguez Arce. Radicación número. 1347 del 26 de abril de 2001.

LECCIONES DE DERECHO DISCIPLINARIO

FUNDAMENTO LEGAL	CAUSA	CONSECUENCIA	DURACIÓN	JURISPRUDENCIA
Artículo 38 de la Ley 734 de 2002 Código Disciplinario Único, numeral 2.	Haber sido sancionado disciplinariamente tres o más veces en los últimos cinco (5) años por faltas graves o leves dolosas o por ambas.	No podrá desempeñar cargos públicos, a partir de la ejecutoria del fallo.	Duración de tres años contados a partir de la ejecutoria de la última sanción.	La Corte Constitucional en sentencia C- 987- 06 declaró estarse a lo resuelto en la Sentencia C-544-05, en donde se declaró EXEQUIBLE el numeral por no ser violatorio del principio de favorabilidad.
Artículo 38 de la Ley 734 de 2002 Código Disciplinario Único, numeral 1°.	Haber sido condenado a pena privativa de la libertad mayor de cuatro años por delito doloso dentro de los diez años anteriores, salvo que se trate de delito político.	No podrá desempeñar cargos públicos, a partir de la ejecutoria del fallo.	Diez años anteriores al ejercicio, salvo que se trate de delito político.	
Artículo 38 de la Ley 734 de 2002 Código Disciplinario Único, numeral 3°.	Hallarse en estado de interdicción judicial o inhabilitado por una sanción disciplinaria o penal, o suspendido en el ejercicio de su profesión o excluido de esta, cuando el cargo a desempeñar se relacione con la misma.	No podrá desempeñar cargos públicos, a partir de la ejecutoria del fallo.		
Artículo 38 de la Ley 734 de 2002 Código Disciplinario Único, numeral 4°.	Haber sido declarado responsable fiscalmente.	No podrá ejercer cargos públicos ni contratar con el Estado.	Durante los cinco (5) años siguientes a la ejecutoria del fallo correspondiente. Cesará cuando la Contraloría declare haber recibido el pago o, si este no fuere procedente, cuando la Contraloría General de la República excluya al responsable del boletín de responsables fiscales.	El Parágrafo 2o. fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-064- 03 de 4 de febrero de 2003, Magistrado Ponente Dr. Jaime Araujo Rentería; "en el sentido que respecto de las conductas culposas, se aplicarán las inhabilidades previstas en la ley".
Artículo 126 Constitución Política	Parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, (padres, hijos, nietos, abuelos, hermanos, tíos y primos) segundo de afinidad, (suegros y cuñados) primero civil, (hijos adoptivos y padres adoptantes) o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente.	No podrán nombrar como empleados a personas con las cuales tengan parentesco ni designar a personas vinculadas por los mismos lazos con servidores públicos competentes para intervenir en su designación. Se exceptúan nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre ingreso o ascenso por méritos.		La Corte Constitucional en Sentencia C- 380 de 1997, Magistrado Ponente Doctor HERNANDO HERRERA VERGARA señaló: "En efecto, en el artículo 126 de la Constitución Política las prohibiciones previstas se radican en cabeza de todos los servidores públicos estatales, incluidos los diputados y concejales, y consisten en la imposibilidad de ejercer la facultad nominadora respecto de las personas en los grados allí mencionados.

FUNDAMENTO LEGAL	CAUSA	CONSECUENCIA	DURACIÓN	JURISPRUDENCIA
<p>Artículo 29, inciso 2º, del Decreto 2400 de 1968 y artículo 121 del Decreto 1950 de 1973. Artículo 1º del Decreto 2040 de 2002. Artículo 1º del Decreto 4229 de 2004. Artículo 1, 2 y 3 del Decreto 583 de 1995.</p>	<p>Retiro con derecho a pensión de jubilación.</p>	<p>No podrá ser reintegrado al servicio, salvo cuando se trate de ocupar una de las siguientes posiciones: Presidente de la República, Ministro del Despacho, Jefe de Departamento Administrativo, Superintendente, Viceministro, Secretario General de Ministerio o Departamento Administrativo, Presidente, Gerente o Director de Establecimiento Público o de Empresas Industriales y Comerciales del Estado, miembro de comisiones diplomáticas no comprendidas en la respectiva carrera y Secretario Privado de los Despachos de los funcionarios de que trata el (artículo 29 del Decreto 2400 de 1968.)</p> <p>Consejero o Asesor, (artículo 121 del Decreto 1950 de 1973)</p> <p>Los cargos de elección popular (Decreto 583 de 1995)</p> <p>Director General de Unidad Administrativa Especial con o sin personería jurídica. (Decreto 2040 de 2002)</p> <p>Subdirector de Departamento Administrativo. (Decreto 4229 de 2004)</p>		

Salarios del pensionado por vejez que se reintegra al servicio.

Las personas que se encuentren gozando de pensión de jubilación o vejez y se reintegren al servicio en uno de los empleos antes señalados, percibirán la asignación mensual correspondiente. En el evento de que dicha asignación fuere inferior a la mesada pensional, percibirán adicionalmente la diferencia por concepto de pensión, hasta la concurrencia del valor total de esta prestación social.

En ningún caso el valor anual que se reciba por concepto de asignación básica mensual, gastos de representación y demás emolumentos salariales, prestaciones sociales que se causen durante el servicio y diferencia por concepto pensional, según el caso, podrá ser superior a la que le correspondería en el mismo periodo por concepto de pensión.

El pensionado deberá informar de su situación a la entidad de previsión social que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión para que suspenda el pago o asuma la diferencia.

Jurisprudencia

✓ La Corte Constitucional, Sentencia C-124 de 1996 **Magistrado Ponente Dr. Hernando Herrera Vergara, referente a la vinculación de pensionados a la Administración Pública expuso:**

“Por su parte, el artículo 25 del Decreto 2400 de 1968 establece que “la cesación definitiva de funciones se produce en los siguientes casos: (...) d) Por retiro con derecho a jubilación”.

Igualmente, el artículo 29 *ibidem* señala como regla general para efectos del retiro, que:

“El empleado que reúna las condiciones para tener derecho a disfrutar de una pensión de jubilación cesará definitivamente en sus funciones y será retirado del servicio”.

No obstante, en la misma disposición en su inciso 2o. (acusado) se establecen los casos en los cuales la persona pensionada por jubilación puede ser eventualmente reintegrada al servicio, en los cargos allí **determinados en forma taxativa**, a saber: Presidente de la República, Ministro del Despacho, Jefe de Departamento Administrativo, Superintendente, Viceministro, Secretario General de Ministerio y de Departamento Administrativo, Presidente, Gerente o Director de Establecimientos Públicos o de Empresas Industriales y Comerciales del Estado, miembro de misiones diplomáticas no comprendidos en la respectiva carrera y Secretarios Privados de los Despachos de los funcionarios aquí previstos.

Adicionalmente y complementando este precepto, el artículo 31 del decreto *ibidem*, determina que:

“Todo empleado que cumpla la edad de sesenta y cinco (65) años, será retirado del servicio y no será reintegrado. Los empleados que cesen en el desempeño de sus funciones por razón de la edad, se harán acreedores a una pensión por vejez, de acuerdo a lo que sobre el particular establezca el régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos.

Exceptuánse de esta disposición los empleos señalados por el inciso 2o. del artículo 29 de este decreto” (negritas y subrayas fuera de texto).

Ahora bien, según el artículo 125 de la Carta Política, el legislador está habilitado para determinar las formas de ingreso y retiro de los empleados en los órganos y entidades del Estado. No obstante la regla general, según la cual el cumplimiento de la edad de retiro forzoso o de los requisitos para poder disfrutar de una pensión de jubilación, da lugar al retiro del servicio del empleado, sin que pueda ser reintegrado al mismo, el legislador está facultado para consagrar excepciones a dicha prohibición, pudiendo señalar

algunos cargos de libre nombramiento y remoción, susceptibles de ser desempeñados por personas jubiladas, como los mencionados en el precepto acusado (artículo 29 del Decreto 2400 de 1968, subrogado por el Decreto 3074 del mismo año), cuya norma no ha perdido vigencia a juicio de esta Corporación con la expedición de la Constitución Política de 1991, en aras de la eficacia y eficiencia de la función pública.

Desde luego que en este evento se entiende que el pensionado reincorporado al servicio para desempeñar alguno de los cargos señalados en la norma acusada no podrá, mientras dure en ejercicio de las funciones inherentes al respectivo empleo, recibir la asignación pensional correspondiente, sino aquellas derivada del empleo respectivo, en virtud de lo dispuesto por el artículo 128 superior que prohíbe “recibir más de una asignación que provenga del tesoro público”.

Resulta entonces claro para la Corte que las excepciones previstas en la norma subexamine, se refieren a los cargos mencionados, a los cuales se accede en virtud de elección popular –en el caso del Presidente de la República– o en ejercicio de la facultad de libre nombramiento y remoción en los demás eventos, y dada la naturaleza e importancia de los mismos, requieren ser desempeñados por personas cuya experiencia, conocimientos y trayectoria garanticen la eficiencia de la función pública.

A lo anterior debe agregarse que las normas consagradas en el Decreto 2400 de 1968, subrogado por el Decreto 3074 del mismo año, regula la administración del personal civil que presta sus servicios en los empleos de la Rama Ejecutiva del Poder Público, sin hacer referencia en ellos a las autoridades del orden departamental, distrital o municipal.

Por el contrario, estima la Corporación que dicho precepto desarrolla el mandato superior que habilita al legislador para regular las normas relacionadas con el ingreso y retiro del servicio –artículo 125 CP.–, y adicionalmente, establece situaciones excepcionales que permitan a los pensionados por jubilación desempeñar los empleos señalados en la misma disposición, los cuales por su naturaleza y delicada función, demandan un alto grado de confianza, experiencia y conocimientos para la verdadera y real eficacia

de la función pública dentro del adecuado cumplimiento de los fines del Estado.”

El Consejo de Estado en Concepto de mayo 8 de 2003. Radicación No.1480 Consejera ponente: SUSANA MONTES DE ECHEVERRI, respecto a la Prohibición para el pensionado de percibir doble asignación proveniente de el Tesoro público, señaló:

“En cuanto a la posibilidad de ingreso al servicio público, las normas propias del servicio civil del Estado, las cuales tienen carácter especial y no han sido derogadas expresamente, establecen la prohibición de la reincorporación al servicio público de un pensionado, salvo en los casos de excepción consagrados o contemplados en la ley:”

“(...)”

Igualmente, la lista de cargos de excepción fue adicionada por el párrafo del artículo 66 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 20 de la Ley 617 de 2000, en relación con la posibilidad del ejercicio del cargo de Concejal por pensionados, norma que dispone:

“Causación de honorarios. (...)”

Parágrafo: Los honorarios son incompatibles con cualquier asignación proveniente del tesoro público del respectivo municipio, excepto con aquellas originadas en pensiones o sustituciones pensionales y las demás excepciones previstas en la Ley 4ª de 1992”.

“A esta mención de normas especiales deben agregarse todas las leyes que regulan otras situaciones específicas como por ejemplo para la rama judicial el Decreto 542 de 1977, artículo 11 y la Ley 361 de 1997 respecto de los discapacitados.”

“Para estos especiales casos excepcionales de reincorporación del pensionado al servicio, el Decreto 583 de 1995, en el artículo 1º, reguló la manera como debe realizarse el pago de los servicios ...”

“Es decir, que por mandato expreso de la ley, el pensionado incorporado al servicio público no puede recibir sino la asignación del cargo o esta y la diferencia en monto con relación al de su pen-

sión, pero no podrá percibir en forma simultánea sueldo y pensión completos.”

“Otra situación bien distinta es la que resulta del contenido del artículo 19 de la Ley 4ª de 1992, en donde se regulan los casos de excepción a la prohibición constitucional de percibir más de una asignación proveniente del tesoro público, eventos en los cuales, es posible recibir, simultáneamente, tanto el sueldo como la pensión; son, por consiguiente, casos expresamente determinados por la ley y como tales de aplicación restrictiva.”

“Incompatibilidad entre la pensión por vejez y el sueldo por el desempeño de un cargo público.

Como se indicó en el acápite anterior, quienes tengan el estatus de pensionado sólo se podrán reincorporar al servicio estatal en alguno de los cargos de excepción, evento en el cual sólo podrán percibir la asignación del cargo y, si a ello hubiere lugar, el excedente sobre la pensión, tal como lo señala el artículo 1º del Decreto 583 de 1995, antes transcrito.

Igualmente, con relación al Vocablo ASIGNACIÓN, el Consejo de Estado en concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil, radicación No. 1344 de mayo 10 de 2001, Consejero Ponente Flavio Augusto Rodríguez Arce, relativo al artículo 128 de la C.P, expresó:

“Para efectos de lo dispuesto en los artículos 128 de la Constitución Política y 19 de la Ley 4ª de 1992, el vocablo “asignación” es un término genérico que comprende las sumas provenientes del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, percibidas por los servidores públicos –sin excepción, dado que la expresión “nadie” no excluye a ninguno de ellos–, por concepto de remuneración, consista esta en salario o prestaciones, honorarios o cualquier otro emolumento o retribución, salvo aquellas exceptuadas de forma expresa por el legislador.”

La misma Corporación, en el citado concepto 1344 de 2000, sobre la prohibición de percibir más de una asignación del tesoro público, da alcance al artículo 128 de la Constitución Política, para responder la consulta sobre si los pensionados, pueden celebrar contratos de prestación de servicios pagados con recursos provenientes del tesoro público, expresando, en algunos de sus apartes lo siguiente:

“ ... ”

“Sin perjuicio de aceptar que la pensión de jubilación es una asignación en los términos señalados, la incompatibilidad no cobija al beneficiario de la misma, en cuanto la prohibición persigue evitar la acumulación de cargos remunerados en un mismo servidor público –el pensionado no tiene esta connotación, no tiene relación laboral con el Estado–, con el consiguiente menoscabo de la moralidad administrativa, el acaparamiento de las posiciones públicas, de los empleos y de su retribución pecuniaria.

“... la persona pensionada en el sector público, no ostenta la calidad de servidor público y, por ende, las previsiones contenidas en los artículos que regulan la doble asignación no es posible aplicarlas de forma aislada, sino en conexión con las limitaciones impuestas a quienes están sometidos a las reglas de la función pública y a las excepciones establecidas por el legislador, de lo cual se sigue que los pensionados del sector oficial no están impedidos para celebrar contratos con entidades estatales, ni para percibir simultáneamente la asignación de un empleo, en caso de ser reincorporado al servicio, todo conforme a la ley.” (Resaltado nuestro)

El Consejo de Estado responde la consulta, en los siguientes términos:

“1. Para efectos de lo dispuesto en los artículos 128 de la Constitución Política y 19 de la Ley 4a de 1992, el vocablo “asignación” es un término genérico que comprende las sumas provenientes del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, percibidas por los servidores públicos -sin excepción, dado que la expresión “nadie” no excluye a ninguno de ellos -, por concepto de remuneración, consista esta en salario o prestaciones, honorarios o cualquier otro emolumento o retribución, salvo aquellas exceptuadas de forma expresa por el legislador.

2. y 3. La prohibición contenida en las disposiciones aludidas se predica de toda persona que se llegue a encontrar ubicada en el contexto de la función pública, como servidor público. El particular no está sujeto a la prohibición y por tanto no le resulta incompatible celebrar más de un contrato estatal, salvo que ejerza temporalmente funciones públicas o administrativas.

4. Los beneficiarios de pensiones públicas pueden celebrar contratos de prestación de servicios pagados con recursos provenientes del tesoro público”

Concepto DAFP

¿Un empleado público de un municipio, sancionado por la Contraloría Departamental quien cancela el valor de la sanción puede aspirar a un cargo de elección popular? Rad. 11588/2005 (Radicación. EE10171 de 08-Nov-05).

“...se considera que el ex servidor público de un municipio, sancionado fiscalmente por la Contraloría Departamental estará inhabilitado para ejercer cargos públicos y para contratar con el Estado durante los cinco años siguientes a la ejecutoria del fallo correspondiente, dicha inhabilidad cesa cuando la Contraloría competente declare haber recibido el pago o si este no fuere procedente, cuando la Contraloría General de la República excluya a la persona del boletín de responsables fiscales, en consecuencia si usted efectuó el pago la inhabilidad a que se ha hecho referencia cesará.” .

Concepto DAFP

¿Pueden laborar varios miembros de una familia en una entidad del Estado ?. Rad. 16896/2005. 2005 (Radicación. EE1336 de 16-Feb-06).

“...la prohibición para el funcionario que ejerza la función nominadora, consiste en que no puede nombrar en la entidad que dirige a personas con las cuales tenga relación de parentesco en los grados señalados en la citada norma constitucional, es decir, hasta el cuarto grado de consanguinidad, como son padres, hijos, nietos, abuelos, hermanos, tíos, primos y sobrinos; segundo de afinidad-suegros, nueras y cuñados, o primero civil - hijos adoptivos y padres adoptantes; o relaciones de matrimonio o unión permanente. Tampoco podrá nombrar a personas vinculadas por los mismos lazos con el servidor público competente para intervenir en la vinculación del nominador. Esta prohibición tiene como única excepción los nombramientos que se hagan en la aplicación a las normas vigentes sobre ingreso o ascenso por concurso.

En este orden de ideas, no existe ninguna inhabilidad e incompatibilidad para que varios miembros de una familia (madre – hija) laboren en una entidad del Estado, mientras una de ellas no tenga la función nominadora dentro de la institución, es decir, que la una no produzca el nombramiento de la otra.”

Concepto DAFP

¿Puede el esposo de la hija de un Congresista formar parte de la Unidad de Trabajo Legislativo del mismo Congresista? Rad. 16842/2005 (Radicación. EE1564 de 23-Feb-06).

“De conformidad con la norma constitucional... la prohibición para el funcionario que ejerza la función nominadora, consiste en que no puede nombrar en la entidad que dirige a personas con las cuales tenga relación de parentesco en los grados señalados en la citada norma constitucional, es decir, hasta el cuarto grado de consanguinidad, como son padres, hijos, nietos, abuelos, hermanos, tíos, primos y sobrinos; segundo de afinidad-suegros, nueras y cuñados, o primero civil - hijos adoptivos y padres adoptantes; o relaciones de matrimonio o unión permanente. Tampoco podrá nombrar a personas vinculadas por los mismos lazos con el servidor público competente para intervenir en la vinculación del nominador. Esta prohibición tiene como única excepción los nombramientos que se hagan en la aplicación a las normas vigentes sobre ingreso o ascenso por concurso.

*En este orden de ideas,.... se considera que el yerno de un Congresista no podrá formar parte de la Unidad de Trabajo Legislativo del mismo Congresista pues si bien el **nominador** es la Mesa Directiva, en el caso de la Cámara, y Director General en el caso del Senado; el Congresista interviene en su nominación por cuanto él tiene la facultad de postulación.”*

Concepto DAFP

¿Puede un pensionado percibir otra asignación del Estado, por concepto de la celebración de un contrato de prestación de servicios (O.P.S)? Rad 7190- 7405/2005 (Radicación. EE5019 de 03-Jun-05).

“... un pensionado del sector oficial no está inhabilitado para percibir otra asignación del tesoro público, derivada de un contrato de prestación de servicios (Orden de Prestación de Servicios) cualquiera sea su objeto”.

Concepto DAFP

¿Un pensionado puede percibir simultáneamente la asignación pensional y la remuneración como Alcalde Municipal? Rad. 2815/2007. (Radicación. EE2959 de 18-Abr-07).

*“...el pensionado podrá percibir la asignación mensual del cargo para el cual fue nombrado como Alcalde Municipal con sus **respectivas prestaciones sociales y demás emolumentos** a los cuales tiene derecho; en el evento de que la asignación mensual del empleo sea inferior a su mesada pensional, podrá percibir adicionalmente, la diferencia entre aquella y la mesada, en las condiciones que expone el Decreto 583 de 1995”.*

Concepto DAFP

¿Puede un pensionado de la Policía Nacional vincularse como empleado de la Cámara de Representantes? REF. 10085/2006 (Radicación. EE6809 de 10-Ago-06).

“...si la retribución del ex servidor público proviene de una asignación de retiro o de una pensión otorgada por la Policía Nacional (Pensión Policial), dicha situación es considerada por la Ley como una de las excepciones para poder percibir dos asignaciones del erario publico, es decir, salario y asignación pensional; por consiguiente, para el caso objeto de consulta no hay ninguna inhabilidad o incompatibilidad para que el pensionado de la Policía Nacional pueda vincularse laboralmente con el Estado como empleado de la Cámara de Representantes y percibir las dos asignaciones del Tesoro Público.

Contrario a lo anteriormente expuesto, si el ex empleado obtuvo la pensión del sector administrativo de la Policía Nacional, es decir, del personal civil no uniformado, estará impedido legalmente para vincularse con entidades del Estado, ya que el reintegro de un empleado público retirado por pensión de jubilación, sólo podrá efectuarse a los empleos consignados en el artículo 29 del Decreto - ley 2400 de 1968, el artículo 1° del Decreto 2040 de 2002, o a los de elección popular en las condiciones que expone el Decreto 583 de 1995”.

Inhabilidades de directores, gerentes y miembros de juntas directivas de entidades descentralizadas del orden nacional.

Fundamento Legal

- **Ley 489 de 1998.**

“Artículo 79. RÉGIMEN DISCIPLINARIO DE LOS MIEMBROS DE LOS CONSEJOS Y DE LOS REPRESENTANTES LEGALES DE LOS ESTABLECIMIENTOS PÚBLICOS. Además de lo dispuesto en la Constitución Política sobre **inhabilidades** de los congresistas, diputados y concejales, para ser miembro de los consejos directivos, director, gerente o presidente de los establecimientos públicos, se tendrán en cuenta las prohibiciones, incompatibilidades y sanciones previstas en el Decreto-ley 128 de 1976, la Ley 80 de 1993 y demás normas concordantes que las modifiquen o sustituyan”.

“Artículo 102. INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. *Los representantes legales y los miembros de los consejos y juntas directivas de los establecimientos públicos, de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta en las que la Nación o sus entidades posean el noventa por*

ciento (90%) o más de su capital social y de las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios, estarán sujetos al régimen de inhabilidades, incompatibilidades, y responsabilidades previstas en el Decreto 128 de 1976 y demás normas que lo modifiquen o adicionen”.

- **Decreto 128 de 1976.**

“Artículo 3o. DE QUIENES NO PUEDEN SER ELEGIDOS O DESIGNADOS MIEMBROS DE JUNTAS O CONSEJEROS, GERENTES O DIRECTORES. Además de los impedimentos o inhabilidades que consagren las disposiciones vigentes, no podrán ser elegidos miembros de Juntas o Consejos Directivos, ni Gerentes o Directores quienes:

- a) Se hallen en interdicción judicial;
- b) Hubieren sido condenados por delitos contra la administración pública, la administración de justicia o la fe pública, o condenados a pena privativa de la libertad por cualquier delito, exceptuados los culposos y los políticos;
- c) Se encuentren suspendidos en el ejercicio de su profesión o lo hubieren sido por falta grave o se hallen excluidos de ella;
- d) Como empleados públicos de cualquier orden hubieren sido suspendidos por dos veces o destituidos;
- e) Se hallaren en los grados de parentesco previstos en el Artículo 8o. de este Decreto;
- f) Durante el año anterior a la fecha de su nombramiento hubieren ejercido el control fiscal en la respectiva entidad”.

“Artículo 4o. DE LAS PROHIBICIONES A LOS FUNCIONARIOS DE LA CONTRALORÍA. No podrán hacer parte de las Juntas a que se refiere el presente Decreto quienes sean funcionarios o empleados de la Contraloría General de la República, excepción hecha de quienes por estatutos u otras normas asistan a los mismos con derecho a voz pero no a voto”.

“Artículo 8o. DE LAS INHABILIDADES POR RAZÓN DEL PARENTESCO. Los miembros de las Juntas o Consejos Directivos no podrán hallarse entre sí ni con el Gerente o Director de

la respectiva entidad, dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil. Habrá lugar a modificar la última elección o designación que se hubiere hecho, si con ella se violó la regla aquí consignada.”

“**Artículo 10. DE LA PROHIBICIÓN DE PRESTAR SERVICIOS PROFESIONALES.** Los miembros de las Juntas o Consejos, durante el ejercicio de sus funciones y dentro del año siguiente a su retiro, y los Gerentes o Directores, dentro del período últimamente señalado, no podrán prestar sus servicios profesionales en la entidad en la cual actúa o actuaron ni en las que hagan parte del sector administrativo al que aquella pertenece.

“**Artículo 11. DE LA PROHIBICIÓN DE DESIGNAR FAMILIARES.** Las Juntas y los Gerentes o Directores no podrán designar para empleos en la respectiva entidad a quienes fueren cónyuges de los miembros de aquellas o de estos o se hallaren con los mismos dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil”.

- **Ley 1105 de 2006.**

“**Artículo 5º.** El artículo 5º del Decreto-ley 254 de 2000 quedará así:
Artículo 5º. Del liquidador. El liquidador será de libre designación y remoción del Presidente de la República; estará sujeto al mismo régimen de requisitos para el desempeño del cargo, **inhabilidades**, incompatibilidades, responsabilidades y demás disposiciones previstas para el representante legal de la respectiva entidad pública en liquidación.

Sin perjuicio de lo anterior, podrá ser designado como liquidador quien se haya desempeñado como miembro de la junta directiva o gerente o representante legal de la respectiva entidad o en las que hagan parte del sector administrativo al que aquella pertenece”.

Jurisprudencia

Respecto a las inhabilidades e incompatibilidades de los miembros de las Juntas Directivas, Gerentes y Directores de las empresas descentralizadas del Estado contempladas en el artículo 10 del Decreto 128 de 1976, el Consejo de Estado mediante Sentencia del 24 de junio de 2004, de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejera Ponente: MARÍA NOHEMÍ HERNÁNDEZ PINZÓN, expresó:

“(…)”

“En cuanto al artículo 10, el actor considera que este prohíbe a los gerentes o directores de las entidades descentralizadas “actuar nuevamente” en la misma entidad dentro del año siguiente al retiro, es decir, desempeñar dentro de ése período otro cargo en la entidad a la que estaban vinculados.”

“Para la Sala es inequívoco que la norma establece a los gerentes o directores la prohibición de prestar sus servicios profesionales en la entidad descentralizada a la que estuvieron vinculados, dentro del año siguiente al retiro.

Entendiendo que los servicios profesionales a los que se refiere la disposición en comento pueden ser prestados bien en virtud de una vinculación legal o reglamentaria, ora mediante una relación contractual, (...)”. (Resaltado nuestro)

Concepto DAFP

¿Un ex miembro de la Junta Directiva de una Empresa Social del Estado -E.S.E-, puede ser elegido como Gerente de la misma entidad? Rad 9917/2005. (Concepto del Departamento Administrativo de la Función Pública. Radicación. 7896 de 31-Ago-05).

“...el ex miembro o miembro de la Junta Directiva de una Empresa Social del Estado, está inhabilitado para ser nombrado como Gerente de la misma Entidad, ya que el artículo 10 del Decreto 128 de 1976, estableció que los miembros de las juntas o consejos, durante el ejercicio de sus funciones y dentro del año siguiente a su retiro, no podrán prestar sus servicios profesionales en la entidad en la cual actuó”.

Concepto DAFP

¿Puede un miembro de la Junta Directiva de un Establecimiento Público del orden municipal al renunciar, ser vinculado laboralmente a la misma entidad? Rad 9766/2004 (Radicación. EE7030 de 05/08/2004).

“...los miembros de las Juntas o Consejos Directivos de los Establecimientos Públicos, durante el año siguiente a su retiro, no podrán prestar sus servicios profesionales en la entidad en la cual actúa o actuaron ni en las que hagan parte del sector administrativo al que aquella pertenece, ni podrá celebrar por sí o por interpuesta persona contrato alguno con la misma entidad.”

Concepto DAFP

¿Un miembro de la Junta Directiva al retirarse de la Junta queda inhabilitado para celebrar contrato con la misma entidad? Rad. 1139 - 991/2007 (Radicación. EE1669 de 02-Mar-07)?

“...La persona que ha sido miembro de Junta o Consejo Directivo de una entidad descentralizada, está inhabilitada para contratar durante el año siguiente a su retiro con la misma entidad o con las que hagan parte del sector administrativo; igualmente quedará inhabilitado por el mismo término para prestar a título particular servicios de asistencia, representación o asesoría en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo que desempeñaba, se precisa que no se trata de una prohibición genérica para desempeñar totalmente una profesión u oficio que sí podrá ejercer, salvo ante la entidad que laboró como funcionario y frente a los temas en los que tuvo alguna injerencia, por razón de la función o cargo que desempeñaba”.

Inhabilidades para ser Presidente o Vicepresidente de la República

Fundamento Legal

- **Constitución Política (Artículo 197)**

“Nadie podrá ser elegido para ocupar la Presidencia de la República por más de dos períodos.

No podrá ser elegido Presidente de la República o Vicepresidente quien hubiere incurrido en alguna de las causales de **inhabilidad consagradas en los numerales 1, 4 y 7 del artículo 179**, ni el ciudadano que un año antes de la elección haya ejercido cualquiera de los siguientes cargos:

Ministro, Director de Departamento Administrativo, Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, de la Corte Constitucional, del Consejo de Estado, del Consejo Superior de la Judicatura, o del Consejo Nacional Electoral, Procurador General de la Nación, Defensor del Pueblo, Contralor General de la República, Fiscal General de la Nación, Registrador Nacional del Estado Civil, Comandantes de las Fuerzas Militares, Director General de la Policía, Gobernador de Departamento o Alcaldes”.

Jurisprudencia

✓ Mediante la sentencia C-1040 de 2005 la Corte Constitucional declaró exequible el Acto Legislativo No. 2 de 2004 que permite la reelección

inmediata por una sola vez del Presidente de la República entre otras razones por considerar que ... “en el propio acto legislativo se introdujeron reglas y garantías orientadas a asegurar el equilibrio en el debate electoral y que, por voluntad expresa del reformador, buscan promover las condiciones de igualdad entre los candidatos” (...) los empleados públicos habilitados por la Constitución, podrán, a título personal y en los términos de la ley estatutaria, participar en política para la promoción de un determinado proyecto político, pero que ello no implica que puedan destinar a la causa política el empleo que les ha sido confiado, ni que, como de manera expresa se ha señalado para el Presidente y el Vicepresidente, puedan utilizar para la campaña bienes del Estado o recursos del Tesoro Público distintos de aquellos que se ofrezcan en condiciones de igualdad a todos los candidatos”.

Inhabilidades para ser Congresista

Fundamento Legal

- **Constitución Política.**

De conformidad con el Artículo 179, no podrán ser congresistas:

- “1. Quienes hayan sido condenados en cualquier época por sentencia judicial, a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos.
2. Quienes hubieren ejercido, como empleados públicos, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, dentro de los doce meses anteriores a la fecha de la elección.
3. Quienes hayan intervenido en gestión de negocios ante entidades públicas, o en la celebración de contratos con ellas en interés propio, o en el de terceros, o hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos o contribuciones parafiscales, dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la elección.
4. Quienes hayan perdido la investidura de congresista.
5. Quienes tengan vínculos por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o único civil, con funcionarios que ejerzan autoridad civil o política.

6. Quienes estén vinculados entre sí por matrimonio, o unión permanente, o parentesco dentro del tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad, o primero civil, y se inscriban por el mismo partido, movimiento o grupo para elección de cargos, o de miembros de corporaciones públicas que deban realizarse en la misma fecha.

7. Quienes tengan doble nacionalidad, exceptuando los colombianos por nacimiento.

8. Nadie podrá ser elegido para más de una corporación o cargo público, ni para una corporación y un cargo, si los respectivos períodos coinciden en el tiempo, así fuere parcialmente.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Lo dispuesto en el numeral 8 del presente artículo no se aplicará a quienes hubiesen renunciado con anterioridad a la vigencia del presente Acto Legislativo.

Las inhabilidades previstas en los numerales 2, 3, 5 y 6 se refieren a situaciones que tengan lugar en la circunscripción en la cual deba efectuarse la respectiva elección. La ley reglamentará los demás casos de inhabilidades por parentesco, con las autoridades no contemplados en estas disposiciones.

Para los fines de este artículo se considera que la circunscripción nacional coincide con cada una de las territoriales, excepto para la inhabilidad consignada en el numeral 5”.

- **Ley 5ª de 1992**, por la cual se expide el Reglamento del Congreso; el Senado y la Cámara de Representantes.

“Artículo 279. CONCEPTO DE INHABILIDAD. Por inhabilidad se entiende todo acto o situación que invalida la elección de Congresista o impide serlo.

Artículo 280. CASOS DE INHABILIDAD. No podrán ser elegidos Congresistas:

1. Quienes hayan sido condenados, en cualquier época, por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos.

2. Quienes hayan ejercido, como empleados públicos, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección.
3. Quienes hayan intervenido en gestión de negocios ante entidades públicas, o en la celebración de contratos con ellas en interés propio, o en el de terceros, o hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos o contribuciones parafiscales, dentro de los seis (6) meses anteriores a la fecha de la elección.
4. Quienes hayan perdido la investidura de Congresista.
5. Quienes tengan vínculo por matrimonio o unión permanente, o de parentesco en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o único civil, con funcionarios que ejerzan autoridad civil o política.
6. Quienes estén vinculados entre sí por matrimonio, o unión permanente, o parentesco dentro del tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad, o primero civil y se inscriban por el mismo partido, movimiento o grupo para elección de cargos, o de miembros de corporaciones públicas que deban realizarse en la misma fecha.
7. Quienes tengan doble nacionalidad, exceptuando los colombianos de nacimiento.
8. Quienes sean elegidos para más de una corporación o cargo público, o para una corporación y un cargo, si los respectivos períodos coinciden con el tiempo, así sea parcialmente. Salvo en los casos en que se haya presentado la renuncia al cargo o dignidad antes de la elección correspondiente.

Las inhabilidades previstas en los numerales 2, 3, 5, y 6, se refieren a situaciones que tengan lugar en la circunscripción en la cual deba efectuarse la respectiva elección. La ley reglamentará los demás casos de inhabilidades por parentesco con las autoridades no contemplados en estas disposiciones.

Para los fines de este artículo se considera que la circunscripción nacional coincide con cada una de las territoriales, excepto para la inhabilidad consignada en el numeral 5”.

Jurisprudencia

✓ La Corte Constitucional en Sentencia C-093 de 1994, mediante la cual declaró EXEQUIBLE el numeral 8, del artículo 280 de la Ley 5ª de 1992, señaló que:

“La prohibición constitucional admite dos hipótesis:

a) La de una persona que es elegida en forma simultánea, para ser miembro de dos corporaciones, desempeñar dos cargos, o ser miembro de una corporación y a la vez desempeñar un cargo público;

En este caso, es claro que, si se da la condición prevista por la Carta, es decir, que los períodos coincidan en el tiempo, así sea parcialmente, habrá nulidad de la elección para el cargo y pérdida de la investidura del Congresista elegido (artículo 183, numeral 1 C.P.).

b) La de una persona que es elegida para desempeñar un cargo o para ser miembro de una corporación pública y, estando en ejercicio del mismo, aspira a ser elegida para otra corporación o cargo cuyo período coincide, siquiera parcialmente, con el que venía ejerciendo.

En este segundo supuesto, del cual parte el numeral acusado, cabe distinguir, para los fines de la inhabilidad, entre quien ha sido elegido y desempeña el cargo o destino público correspondiente y quien, pese haber sido elegido, no ha ejercido el empleo o interrumpió el respectivo período. Si lo primero, se configura la inhabilidad, lo cual no ocurre en el segundo evento, por las razones que más adelante se precisarán.

En efecto, la coincidencia de períodos, señalada en el canon constitucional como factor decisivo en la configuración de la inhabilidad, no puede entenderse sino con referencia a una persona en concreto que actúe simultáneamente en dos corporaciones, en dos cargos o en una corporación y un cargo.

Un período puede concebirse, en términos abstractos, como el lapso que la Constitución o la ley contemplan para el desempeño de cierta función pública. Pero tal concepto no puede ser tenido en cuenta para efectos de inhabilidades sino cuando en realidad un

individuo específicamente desarrolla, dentro del tiempo respectivo, las actividades propias de la función. Vale decir al respecto, que los períodos no tienen entidad jurídica propia y autónoma, sino que dependen del acto condición en cuya virtud alguien entra en ejercicio de funciones. Se convierten entonces en límites temporales de estas.

En estos eventos, mal puede pensarse que exista inhabilidad, por cuanto no se configura el ejercicio concreto y real del cargo o destino público correspondiente, bien por no haberse posesionado del mismo o en virtud de la separación definitiva ocasionada por la mencionada dimisión”.

✓ **El Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil.** Concepto Radicación 413 de noviembre 5 de 1991, expresó:

“La nueva Constitución, que no menciona específicamente, como lo hacía la anterior, determinados cargos genéricamente dispone que no podrán ser elegidos congresistas “quienes hubieren ejercido, como empleados públicos, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar dentro de los doce meses anteriores a la fecha de la elección (Artículo 179); tampoco gobernadores quienes ejerzan esos mismos cargos en los seis meses que precedan a las votaciones (Artículo 18 Transitorio).

En realidad, como se afirma en el contexto de la consulta, la nueva Constitución agregó a los cargos con autoridad civil, política o militar los que implican el ejercicio de la autoridad administrativa.

5. Los cargos con autoridad, a que se refiere la Constitución tienen las siguientes características:

a) Los cargos con autoridad política, son los que exclusivamente atañen al manejo del Estado, como los de Presidente de la República, ministros y directores de departamentos administrativos que integran el Gobierno.

b) Los cargos con autoridad administrativa son todos los que correspondan a la administración nacional, departamental y municipal, incluidos los órganos electorales y de control, que impliquen poderes decisorios, de mando o imposición, sobre los subordinados o la sociedad. Tales son, por ejemplo, los cargos de directores

o gerentes de establecimientos públicos o empresas industriales y comerciales del Estado de los departamentos y municipios; gobernadores y alcaldes; Contralor General de la Nación, Defensor del Pueblo, miembro del Consejo Nacional Electoral y Registrador Nacional del Estado Civil.

c) Los cargos con autoridad militar son todos los que, pertenecen a la Fuerza Pública, según el artículo 216 de la Constitución, tienen jerarquía y mando militar.

d) La autoridad civil corresponde, en principio, a todos los cargos cuyas funciones no implican ejercicio de autoridad militar.

Pero algunos cargos implican el ejercicio exclusivo de autoridad civil. Tal es el caso de los jueces y magistrados, de los miembros del Consejo Superior de la Judicatura que, con fundamento en la Constitución, organice la ley, del Fiscal General y de los demás empleos con autoridad, de la Fiscalía General.

e) Los miembros del Congreso están excluidos de esta clasificación porque, aunque sus cargos implican ejercicio de autoridad política, según la Constitución, pueden ser elegidos gobernadores y reelegidos como senadores y representantes.

5º) Sin embargo, la Sala considera que, aunque la Constitución se refiere a los empleos con autoridad en la forma disyuntiva, antes indicada, ello no obsta para que algunos de ellos impliquen, según el mismo Estatuto, el ejercicio concurrente de todas o alguna de las modalidades específicas que asume la autoridad. Así, por ejemplo, el Presidente de la República, que es jefe del Estado y del gobierno y “suprema autoridad administrativa”, ejerce autoridad política y administrativa; además, cuando dirige la fuerza pública y dispone “de ella como Comandante Supremo de las Fuerzas Armadas de la República” (artículo 189, número 3 de la Constitución), ejerce autoridad política y militar si ejerce funciones como “suprema autoridad administrativa” también lo hace como autoridad civil y si actúa en relación con el Congreso o con la Rama Jurisdiccional (artículos 200 y 201 de la Constitución), ejerce autoridad política y civil.

(...) para que exista causal de inhabilidad, según la citada disposición, el empleado con autoridad civil o política debe ejercerla en la misma circunscripción en que el pariente es candidato al Congreso.

2) *Por consiguiente, las causas de inhabilidad prescritas por el artículo 179, número 5, de la Constitución no son operantes si la autoridad civil o política se ejerce en una circunscripción electoral diferente de aquella en que está inscrito el candidato al Congreso.*

3) *El artículo 179, inciso final, para los efectos de lo prescrito por la misma disposición, hace coincidir “la **circunscripción nacional**” “con cada una de las territoriales”, salvo para la inhabilidad contemplada por el número 5 de la misma disposición.*

*Este precepto significa que, por presunción constitucional la “circunscripción nacional” a que se refiere el artículo 171 de la Constitución para elegir senadores, se asimila o identifica “con cada una de las territoriales” para que las causales de inhabilidad que se presentaren en estas, pueden ser aplicadas a los candidatos del Senado: se trata, por consiguiente, respecto de las elecciones para ser senadores, de una excepción, prescrita por la Constitución, al principio del artículo 179, número 8, inciso 2°, según el cual “las inhabilidades previstas en los numerales 2, 3, 5 y 6 se refieren a situaciones que **tengan lugar en la circunscripción en la cual debe efectuarse la respectiva elección.***

Pero como excepción a la excepción, el artículo 179, número 8, inciso final, no es aplicable a las causales de inhabilidad para ser miembro del Congreso contempladas por el número 5° de la misma disposición. En consecuencia, el nexo de parentesco que esta disposición contempla solo puede ser causal de inhabilidad, en relación con las elecciones de senadores, si el empleado con autoridad política o civil la ejerce en todo el territorio de la “circunscripción nacional”. (Se resalta).

✓ **El Consejo de Estado, en Sentencia del 18 de septiembre de 2003.** Radicación número: 11001-03-28-000-2002-0007-01(2889-2907) de la Sala **de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta** respecto al numeral 5 del artículo 179 de la Constitución, expresó:

“ Dentro de este orden de ideas, se concluye que los senadores no están inhabilitados para ejercer tal cargo cuando su cónyuge o su compañero permanente, o uno de sus familiares en los grados señalados ejerza autoridad civil o política en una circunscripción departamental o municipal; con mayor razón, un representante a la Cámara menos aún va a estar inhabilitado cuando su cónyuge o compañero permanente o uno de sus familiares en los grados de parentesco señalados ejerza autoridad política o civil en un

municipio, así el municipio geográficamente esté ubicado en el mismo departamento por cuya circunscripción electoral fue elegido como representante.

Ciertamente, las circunscripciones electorales departamental y municipal son diferentes según la regla general, y además, como lo precisó el mandato constitucional, dicha inhabilidad debe tener “lugar en la circunscripción en la cual deba efectuarse la respectiva elección”, **y la elección del representante se produce en toda la circunscripción departamental y no en la circunscripción municipal, como es bien sabido**”. (Resaltado es nuestro).

Concepto DAFP

La hermana de un Congresista ¿puede ser nombrada como Ministra? Rad. 13386/2006 Radicación. EE10320 de 27-dic-06).

“...para el caso objeto de consulta, se deduce que la inhabilidad por parentesco establecida en el numeral 5, del artículo 179 de la Constitución se configura **antes de la elección del aspirante al Senado y no después de haber sido elegido**; por consiguiente ... de acuerdo con lo preceptuado por el Consejo de Estado, se considera que no se genera inhabilidad para ser designada la hermana del Senador como Ministra con posterioridad a la elección, en un cargo con autoridad civil o administrativa y no se le podrá atribuir una inhabilidad sobreviviente al Senador ya que el artículo 6° de la ley 190 de 1995, no resulta aplicable a los congresistas ni puede operar como causal de pérdida de investidura”.

Concepto DAFP

¿Con qué tiempo de antelación el Secretario General de la Comisión Segunda Constitucional Permanente de la Cámara de Representantes debe renunciar a su cargo para poder ser elegido Congresista? Rad. 8000/2006 (Radicación. EE6002 de 12-jul-06).

“Respecto a la participación en política de los empleados públicos, la Directiva Unificada No. 003 de enero 27 de 2006 de la Procuraduría General de la Nación, señaló que ningún servidor público podrá tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos políticos y en las controversias políticas, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho al sufragio. En consecuencia, ningún servidor público podrá intervenir en política, hasta tanto el legislador no expida la ley estatutaria que establezca las condiciones en que se permitirá su participación.

En este orden de ideas, ... teniendo en cuenta lo preceptuado por el Consejo de Estado y la Procuraduría General de la Nación, se considera que el Secretario de la Comisión Segunda Permanente de la Cámara de Representantes no ejerce autoridad civil o administrativa y no se encuentra inhabilitado, por la causal contenida en el numeral 2 del artículo 179 de la Constitución para aspirar a ser congresista, siempre y cuando, en el momento de la inscripción, no esté ocupando el cargo público, esto significa que tendrá que renunciar al empleo antes del día de la inscripción”.

Inhabilidades según el cargo a ejercer en el nivel territorial

Inhabilidades del Alcalde del Distrito Capital

Fundamento Legal

- **Decreto 1421 de 1993**, por el cual se dicta el régimen especial para el Distrito Capital de Santafé de Bogotá (Artículo 37).
- **Ley 617 de 2000**, por la cual se reforma parcialmente la Ley 136 de 1994, el Decreto Extraordinario 1222 de 1986, se adiciona la Ley Orgánica de Presupuesto, el Decreto 1421 de 1993, se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y se dictan normas para la racionalización del gasto público nacional.

“**Artículo 39.** “(...)”.

El mismo régimen de inhabilidades e incompatibilidades regirá para el Distrito Capital de Santafé de Bogotá, D.C.”

“**Artículo 60. INHABILIDADES, INCOMPATIBILIDADES Y PROHIBICIONES PARA EL ALCALDE MAYOR, LOS CONCEJALES, LOS EDILES, EL CONTRALOR Y EL PERSONERO DE SANTA FE DE BOGOTÁ, DISTRITO CAPITAL.** Las disposiciones en materia de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones para ser elegido a cargo o corporación de elección popular para el nivel municipal y distrital contenidas en el Capítulo Quinto de la presente ley, rigen para Santa Fe Bogotá, Distrito Capital”. (Este artículo fue declarado exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-837-2001).

Al alcalde mayor se le aplicará el régimen de inhabilidades e incompatibilidades establecido por la Constitución y las leyes para el Presidente de la República.

Jurisprudencia

- ✓ **La Corte Constitucional mediante sentencia C-952 de 2001** respecto a las inhabilidades intemporales, y específicamente la prohibición de inscripción como candidato, elección o designación en el Cargo de alcalde

municipal o distrital de quien haya sido condenado en cualquier época por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos, haya perdido la investidura de congresista, o la de diputado, o concejal; haya sido excluido del ejercicio de una profesión o se encuentre en interdicción para el ejercicio de funciones públicas, contemplada en el artículo 37 de la Ley 617 de 2000, señaló lo siguiente:

(...) la violación constitucional por la falta de restricción temporal en la causal de inhabilidad del artículo acusado y el desconocimiento de un presunto derecho de rehabilitación que se deriva de la temporalidad de la causal de inhabilidad, no son ciertos. La disposición acusada establece una regulación que persigue asegurar la transparencia en el ejercicio del cargo de alcalde municipal o distrital, mediante un mecanismo que es razonable y proporcionado con el fin perseguido, como es asegurar la idoneidad, moralidad y probidad de quienes lo desempeñen. Lo anterior, no sólo tiene como norte la generación de un ambiente de confianza y legitimidad con respecto del manejo de los asuntos de interés de la comunidad, sino que también pretende hacer efectivos los resultados propuestos en materia de la moralización del Estado colombiano, en términos que se ajustan a la Constitución y a la jurisprudencia referenciada.

La intemporalidad de la causal de inhabilidad contenida en el artículo 37 de la Ley 617 de 2000 no vulnera el principio de prescriptibilidad de las penas y medidas de seguridad (C.P., art. 28), como tampoco el derecho de rehabilitación, pues se trata de figuras distintas con finalidades diversas.(...).

Inhabilidades de los Concejales del Distrito Capital

Fundamento Legal

- **Constitución Política.**

“**Artículo 261.** Artículo modificado por el artículo 2o. del Acto Legislativo No. 3 de 1993. “(…)”

PARÁGRAFO 1o. Las inhabilidades e incompatibilidades previstas en la Constitución Nacional y las leyes, se extenderán en igual forma a quienes asuman las funciones de las faltas temporales durante el tiempo de su asistencia”.

- **Decreto 1421 de 1993.**

“**Artículo 28. INHABILIDADES.** No podrán ser elegidos concejales:

1. Quienes en cualquier época hayan sido condenados por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos.

2. Quienes hayan sido secretarios, jefes de departamento administrativo o gerentes de entidades descentralizadas distritales, dentro del año anterior a la fecha de la elección; como empleados públicos hayan ejercido autoridad política, civil, militar o judicial en el Distrito dentro de los seis (6) meses anteriores a la elección o se hubieren desempeñado como empleados o trabajadores oficiales en el Distrito, dentro de los tres (3) meses anteriores a la fecha de la elección.

3. Quienes hayan intervenido en la gestión de negocios ante entidades distritales o en la celebración de contratos con ellas o hayan sido representantes legales en el Distrito de entidades que administran tributo o contribuciones parafiscales, todo dentro de los seis (6) meses anteriores a la fecha de la elección.

4. Quienes hayan perdido la investidura de miembros de una Corporación de elección popular.

5. Quienes en cualquier época hayan sido excluidos del ejercicio de una profesión o sancionados por faltas a la ética profesional o a los deberes de un cargo público, y

6. Quienes estén vinculados por matrimonio o unión permanente o tengan parentesco en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad o primero civil, con funcionarios que ejerzan autoridad en el Distrito”.

- **Ley 617 de 2000.**

“**Artículo 60. INHABILIDADES, INCOMPATIBILIDADES Y PROHIBICIONES PARA EL ALCALDE MAYOR, LOS CONCEJALES, LOS EDILES, EL CONTRALOR Y EL PERSONERO DE SANTA FE DE BOGOTÁ, DISTRITO CAPITAL.** Las disposiciones en materia de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones para ser elegido a cargo o corporación de elección popular para el nivel municipal y distrital contenidas en el Capítulo Quinto de la presente ley, rigen para Santa Fe de Bogotá, Distrito

Capital”. (Este artículo fue declarado exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-837-2001).

Doctrina

¿Existe inhabilidad para un servidor público de un Instituto Distrital que aspirar al cargo de Concejal Distrital de Bogotá? (Concepto del Consejo Nacional Electoral, Radicado. 3108 de 2006).

“Para la solución del problema jurídico, el referente legal es el artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000, que en el numeral segundo dispone:

“Artículo 43. Inhabilidades: No podrá ser inscrito como candidato ni elegido concejal municipal o distrital: (...).

*2. Quien dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección haya ejercido como **empleado público**, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, en el respectivo municipio o distrito, o quien como **empleado público** del orden nacional, departamental o municipal, haya intervenido como ordenador de gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio o distrito.*

De acuerdo con el Decreto 3135 de 1968, el Decreto 1421 de 1993, Régimen Especial de Bogotá, los servidores públicos por regla general, son empleados públicos, excepto los trabajadores de la construcción y el sostenimiento de obras públicas que son trabajadores oficiales; por consiguiente, un profesional especializado de un Instituto Distrital, es un empleado público, ingrediente normativo necesario para estructurar la causal de inhabilidad que nos ocupa.

Con base en la información brindada por la consultante, el empleado público al que alude no ejerce jurisdicción, ni autoridad en ninguna de las modalidades previstas en los artículos 188 a 191 de la Ley 136 de 1994, ni interviene como ordenadora del gasto en la inversión de recursos de inversión o en la celebración de contratos que deban ejecutarse o desarrollarse en el mismo distrito capital; por consiguiente, se concluye que no se encuentra incurso en la causal de inhabilidad trascrita.

Pero atendiendo que tiene la calidad de servidor público, en la especie de empleado público, para ser inscrito como candidato al Concejo Distrital deberá presentar renuncia, la misma haber sido aceptada y entregar el cargo definitivamente.

De acuerdo con el calendario electoral fijado por la Resolución No. 5140 de 2006, proferida por la Registraduría Nacional del Estado Civil, el 8 de agosto de 2007, vence el término para las inscripciones de candidatos o listas de candidatos para las elecciones que tendrán lugar el 28 de octubre de 2007.”

Inhabilidades de las Juntas Administradoras Locales del Distrito Capital

Fundamento Legal

- **Constitución Política.**

“**Artículo 261.** Artículo modificado por el artículo 2o. del Acto Legislativo No. 3 de 1993. “(…)”

PARÁGRAFO 1o. Las inhabilidades e incompatibilidades previstas en la Constitución Nacional y las leyes, se extenderán en igual forma a quienes asuman las funciones de las faltas temporales durante el tiempo de su asistencia.”

- **Decreto 1421 de 1993.**

“**Artículo 66. INHABILIDADES.** No podrán ser elegidos ediles quienes:

1. Hayan sido condenados a pena privativa de libertad, excepto en los casos de delitos culposos o políticos.
2. Hayan sido sancionados con la pena de destitución de un cargo público, o se encuentren, temporal o definitivamente, excluidos del ejercicio de una profesión en el momento de la inscripción de su candidatura.
3. Hayan perdido la investidura de miembros de una corporación de elección popular.
4. Dentro de los tres (3) meses anteriores a la inscripción de la candidatura se hayan desempeñado como empleados públicos en

el Distrito; hayan sido miembros de una junta directiva distrital; hayan intervenido en la gestión de negocios o en la celebración de contratos con el Distrito o hayan ejecutado en la localidad contrato celebrado con organismos públicos de cualquier nivel, y

5. Sean cónyuges, compañeros o compañeras permanentes o parientes dentro del segundo grado de consanguinidad, o primero de afinidad o civil, de los concejales o de los funcionarios distritales que ejerzan autoridad política o civil”.

- **Ley 617 de 2000.**

“**Artículo 60. INHABILIDADES, INCOMPATIBILIDADES Y PROHIBICIONES PARA EL ALCALDE MAYOR, LOS CONCEJALES, LOS EDILES, EL CONTRALOR Y EL PERSONERO DE SANTA FE DE BOGOTÁ, DISTRITO CAPITAL.** Las disposiciones en materia de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones para ser elegido a cargo o corporación de elección popular para el nivel municipal y distrital contenidas en el Capítulo Quinto de la presente ley, rigen para Santa Fe de Bogotá, Distrito Capital”. (Este artículo fue declarado exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-837-2001).

Jurisprudencia

✓ **El Consejo de Estado mediante sentencia de Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta del 24 de agosto de 2001, radicación número: 2451-2448, Consejero Ponente: Roberto Medina López. Respecto a los Ediles, señaló.**

“Se demanda la elección del señor José Antonio Castro Pacheco por hallarse incurso en la inhabilidad consagrada en el artículo 66-4 del Decreto 1421 de 1993. La inhabilidad allí consagrada comprende a quienes “se hayan desempeñado como empleados públicos en el Distrito” y no exclusivamente a los vinculados directamente a esa Administración, como lo ha interpretado el demandado. Quiere decir lo anterior que la inhabilidad no comprende únicamente a los empleados públicos del orden distrital sino también a quienes, como empleados públicos, del orden nacional o distrital, o de otro orden, tengan su sede laboral en el Distrito Capital”.

✓ **El Consejo de Estado en sentencia de la Sección Primera Sala de lo Contencioso Administrativo.** Radicación número: 25000-23-15-000-2002-0988-01(8516) de veinte (20) de febrero de dos mil tres (2003), Consejero ponente: GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO, referente a las inhabilidades de los Ediles, señaló:

✓ “EDIL DEL DISTRITO CAPITAL - Régimen especial de inhabilidades e incompatibilidades previsto en el Decreto 1421 de 1993 / PÉRDIDA DE LA INVESTIDURA DE EDIL DE BOGOTÁ - Remisión a las normas legales referidas a los municipios: Ley 136 de 1994, artículo 126.

En lo concerniente a la pérdida de la investidura de los Ediles del Distrito Capital de la República, entidad territorial que goza de autonomía para la gestión de sus intereses, atendiendo el régimen especial al que se halla sometido, en los términos del artículo 322 constitucional, debe decirse que el Decreto 1421 de 1993 que, precisamente desarrolla este último precepto, aun cuando prevé en su artículo 66 las causales de inhabilidad de los miembros de las Juntas Administradoras Locales y, en el artículo 68, las incompatibilidades a que se sujetan estos servidores públicos, en realidad, no incorpora ninguna referencia específica con respecto a si se pierde o no la investidura por incurrir en alguno de los supuestos que dichas normas establecen o por cualquiera otra conducta que allí se defina. De manera que, al no existir una regulación especial relacionada con la pérdida de la investidura de los Ediles del Distrito Capital, subsidiariamente, por expreso mandato de la misma norma constitucional que contempla su régimen especial, aspecto que también recoge el artículo 2º del Decreto 1421 de 1993, deben aplicarse las normas constitucionales y legales referidas a los municipios, particularmente, para el asunto que nos interesa, la Ley 136 de 1994. Esta Ley desarrolló en su artículo 119 las Juntas Administradoras Locales, de que trata el artículo 318 de la Constitución Política y en su artículo 126 consagró las incompatibilidades de los ediles”.

Doctrina

¿Existe Inhabilidad para aspirar a ser elegido Edil de una localidad por ser Fiscal de una Junta de Acción Comunal de otra localidad? ¿Por desempeñar empleo público? ¿Por contratar con el Estado? Caso positivo,

cuándo se debe renunciar. (Concepto del Consejo Nacional Electoral Radicado. 3404 de 2006).

“... en el evento que el interesado en participar como candidato a ser edil de una localidad, desempeñe empleo público en el Distrito Capital, deberá presentar renuncia, la misma ser aceptada y entregar el cargo definitivamente antes de los tres meses anteriores a la inscripción de la candidatura.

El Honorable Consejo de Estado, señaló que por intervención en la celebración de contratos se entienden todas las gestiones o actuaciones que indiquen una participación personal y activa en los actos conducentes a la celebración del mismo y permitan demostrar un claro interés sobre el particular; igualmente, que lo que constituye causal de inhabilidad es la intervención en la celebración de contratos, no su ejecución.

En consecuencia, si el ciudadano interesado interviene en la celebración de contratos con el Distrito o con entidades de cualquier nivel, último caso, que deban ejecutarse en la localidad, dentro de los tres meses anteriores a la inscripción de la candidatura, se configura la causal de inhabilidad.

En cuanto al desempeño como Fiscal de una Junta de Acción Comunal que aspira ser elegido edil, tenemos, que en primer lugar tal condición no le da el carácter de empleado público, por lo que no se cumpliría el primer requisito; de otra parte, hay lugar a inhabilidad, en el evento que haya intervenido en la celebración de contratos con el Distrito o con entidades de cualquier nivel y que deban ejecutarse en la localidad.

De acuerdo con lo definido en el artículo 6° de la Ley 743 de 2002, la Acción Comunal es una expresión social organizada, autónoma y solidaria de la sociedad civil, cuyo propósito es promover un desarrollo integral, sostenible y sustentable construido a partir del ejercicio de la democracia participativa en la gestión del desarrollo de la comunidad.

Dentro de los objetivos propuestos por las Juntas de Acción Comunal, establecidos en el artículo 19 de la Ley 743 de 2002, se encuentra en el literal f) “Celebrar contratos con empresas públicas y privadas del orden internacional, nacional, departamental, municipal y local, con el fin de impulsar planes, programas y

proyectos acordes con los planes comunitarios y territoriales de desarrollo”.

Con base en esta norma, es clara la facultad que tienen la JAC para celebrar contratos con entidades públicas; luego, para establecer la existencia de la causal de inhabilidad se requerirá, de una parte que de acuerdo con los estatutos el Fiscal o facultades especiales, tenga capacidad jurídica para intervenir en la celebración de los contratos con el Distrito o con entidad pública de cualquier nivel que se ejecuten en la localidad, dentro de los tres meses anteriores a la fecha de inscripción de la candidatura.

En síntesis, el actual Fiscal de una Junta de Acción Comunal estará incurso en la causal de inhabilidad para aspirar a ser edil de otra localidad del Distrito Capital, si dentro de los tres meses anteriores a la inscripción de la candidatura, interviene en la celebración de contratos con el Distrito o dentro del mismo término, interviene en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel, que deban ejecutarse en la localidad en la que aspira a ser inscrita candidata y elegida edil”.

Inhabilidades de los Alcaldes Locales del Distrito Capital

Fundamento Legal

- **Decreto 1421 de 1993 (Artículo 84).**

“No podrán ser designados alcaldes locales quienes estén comprendidos en cualquiera de las inhabilidades señaladas para los ediles. Los alcaldes locales tienen el carácter de funcionarios de la administración distrital y estarán sometidos al régimen dispuesto para ellos”.

Inhabilidades del Personero del Distrito Capital

Fundamento Legal

- **Decreto 1421 de 1993.**

“Artículo 97. INHABILIDADES. No podrá ser elegido personero quien sea o haya sido en el último año miembro del Concejo, ni

quien haya ocupado durante el mismo lapso cargo público en la administración central o descentralizada del Distrito. Estará igualmente inhabilitado quien en cualquier época hubiere sido condenado a pena de prisión por delitos comunes, salvo los culposos o políticos, excluido del ejercicio de su profesión o sancionado por faltas a la ética profesional.

Quien haya ocupado en propiedad el cargo de personero no podrá desempeñar empleo alguno en el Distrito Capital, ni ser inscrito como candidato a cargos de elección popular, sino un año después de haber cesado en el ejercicio en sus funciones”.

- **Ley 1031 de 2006.**

“Artículo 2. “(...)”

No podrá ser elegido personero quien sea o haya sido en el último año miembro del Concejo, ni quien haya ocupado durante el mismo lapso cargo público en la administración central o descentralizada del Distrito. Estarán igualmente inhabilitados quienes hayan sido condenados en cualquier época por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos, excluidos del ejercicio de una profesión o sancionados por faltas a la ética profesional”.

- **Ley 617 de 2000.**

“Artículo 60. INHABILIDADES, INCOMPATIBILIDADES Y PROHIBICIONES PARA EL ALCALDE MAYOR, LOS CONCEJALES, LOS EDILES, EL CONTRALOR Y EL PERSONERO DE SANTA FE DE BOGOTÁ, DISTRITO CAPITAL. Las disposiciones en materia de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones para ser elegido a cargo o corporación de elección popular para el nivel municipal y distrital contenidas en el Capítulo Quinto de la presente ley, rigen para Santa Fe de Bogotá, Distrito Capital”. (Este artículo fue declarado exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-837-2001).

Jurisprudencia

✓ La Corte Constitucional en Sentencia C- 617 de 1997, **respecto a las inhabilidades para ser elegido Personero, señaló:**

“El literal b) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994 prohíbe que sea elegido Personero Municipal o Distrital quien haya ocupado durante el año anterior cargo o empleo público en la administración central o descentralizada del distrito o municipio.

Al decir de los actores, este precepto es inconstitucional por establecer barreras para el ejercicio de un cargo público sin que la Constitución las haya previsto; por extender el término de duración de las incompatibilidades de los concejales de manera desventajosa respecto de los congresistas y diputados; y por no haber sido contemplada la misma inhabilidad para el caso del Procurador General de la Nación, quien es cabeza del Ministerio Público.

La Corte Constitucional, frente a esos cargos, debe manifestar:

-El legislador, como ya se expresó, goza de autorización constitucional para establecer causales de inhabilidad e incompatibilidad en cuanto al ejercicio de cargos públicos, y al hacerlo, en tanto no contradiga lo dispuesto por la Carta Política y plasme reglas razonables y proporcionales, le es posible introducir o crear los motivos que las configuren, según su propia verificación acerca de experiencias anteriores y su evaluación sobre lo que más convenga con el objeto de garantizar la transparencia del acceso a la función pública, de las sanas costumbres en el seno de la sociedad y de la separación entre el interés público y el privado de los servidores estatales, sin que necesariamente los fenómenos que decida consagrar en la calidad dicha tengan que estar explícitamente contemplados en el texto de la Constitución. Exigirlo así significaría quitar a la ley toda iniciativa en materias que son propias de su papel en el plano de la conformación del orden jurídico, despojando de contenido la función legislativa misma”.

“Busca la norma impedir que se utilice el poder para favorecer o auspiciar la campaña en búsqueda de la elección, lo cual se aviene sin esfuerzo al sentido y a los objetivos de las inhabilidades, resguarda la confianza pública en la autonomía de los concejales al elegir y protege la igualdad de condiciones entre los distintos candidatos al cargo de Personero”.

✓ **La Sala Plena del Consejo de Estado**, al resolver varios recursos de súplica contra fallos de la Sección Quinta que consideraban improcedente

la reelección del Personero, mediante Sentencia del 8 de abril de 2003, expediente 0324-01, Consejero Ponente Dr. Germán Rodríguez Villamizar, señaló que era viable la reelección del Personero, criterio que fue reiterado por la misma Sala en fallo del 7 de octubre del 2004, radicado bajo el No. S-418 siendo Consejero Ponente el Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado, en el cual señaló:

“ El personero ejerce en el municipio, bajo la dirección suprema del Procurador General de la Nación las funciones del Ministerio Público (Ley 136/94, art. 178), por ende no puede catalogarse como empleado público de la administración central o descentralizada, y no le es aplicable la inhabilidad para alcaldes consagrada en el numeral 2 del artículo 95 de la Ley 136/94, modificado por el artículo 37 de la ley 617 de 2000. La inhabilidad prevista en el numeral 5 de la misma disposición tampoco lo afecta por las razones expuestas en la sentencia antes transcrita ”. (Resaltado nuestro).

✓ El Consejo de Estado mediante concepto, Radicación No. 1.788 de noviembre 30 de 2006, Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo, reelección, inhabilidades. Aplicación ley 1031 del 2006, señaló:

“Las causales de inhabilidad para ser elegido personero distrital:

“(…)

La clara diferenciación entre los organismos y entidades administrativas que conforman los sectores central y descentralizado por servicios, y sus órganos de control, introducida por la Constitución de 1991, sustenta la disposición del legislador en el sentido de estructurar como causal de inhabilidad la vinculación laboral que el aspirante a personero tenga con la administración a la que tendría que controlar, y a la vez haría irrazonable la misma exigencia tratándose de servidores vinculados con el mismo organismo de control.

Aplicando lo expuesto a la pregunta formulada a la Sala en la que se averigua si, conforme a la norma transcrita, un funcionario de la Personería mientras esté en su cargo está inhabilitado para ser elegido personero, se encuentra que al no ejercer cargo público en

la administración central o descentralizada del Distrito, no le es aplicable la prohibición del artículo 2° de la ley 1031 de 2006.

4. La reelección del personero distrital:

La ley 1031 del 2006, estableció que el período de los personeros municipales y distritales sería de cuatro años, unificándolo con el de los alcaldes, concejales y contralores, que a su vez había sido modificado por el acto legislativo 02 del 2002, y definió además que podrían ser reelegidos por una sola vez para el período siguiente. Tratándose del personero Distrital, determinó la ley citada:

“Artículo 2°. El artículo 97 del Decreto-ley 1421 de 1993, quedará así:

*“Artículo 97. Elección, inhabilidades. El Personero Distrital será elegido por el Concejo durante el primer mes de sesiones ordinarias, para un período institucional de cuatro (4) años, que se iniciará el primero de marzo y concluirá el último día de febrero. Podrá ser reelegido, por una sola vez, para el período siguiente.
“(...)”*

“Parágrafo transitorio. El personero distrital elegido antes de la vigencia de la presente ley concluirá su período el último día del mes de febrero de 2008”.

Acota la Sala que al revisar los antecedentes de la ley 1031 del 2006, encontró que en julio y agosto del 2005, por iniciativa parlamentaria, se propuso modificar el período de los personeros municipales y distritales en los términos de los actuales artículos 1° y 2° de la ley 1031 del 2006. Además de justificar la unificación del período en cuatro años, como ya se señaló, también se manifestó en la exposición de motivos, que era necesario permitir la reelección, pues no había suficiente claridad sobre el tema, dadas las sentencias de inconstitucionalidad que habían recaído sobre las normas que la prohibían. Aparece igualmente que en los debates parlamentarios se reiteró el interés de “dejar claro que nadie podría ser Personero Municipal o Distrital, por más de dos (2) períodos consecutivos”, y así se consagró la reelección por una sola vez tratándose de períodos continuos.

De igual forma, el legislador decidió que debía referirse en idéntico sentido al personero del Distrito Capital introduciendo en el estatuto especial de Bogotá la modificación adoptada para todos los personeros.

El problema jurídico planteado por la solicitud de consulta, consiste en definir cuándo empieza a regir esta limitación, esto es si se aplica al personero que será elegido después de la vigencia de la ley, o si por el contrario se aplica a quien venía ejerciendo este cargo en el Distrito Capital.

Para efectos de la definición de tema, distingue la Sala entre la elección del personero y el ejercicio del cargo por el período de cuatro años, pues la primera inicia una situación jurídica para un particular que se desarrolla en el curso de cuatro años, situación que puede ser modificada por la ley, pues la elección por sí misma no puede serle desconocida, pero las condiciones del ejercicio como personero efectivamente pueden ser variadas por la ley. Dicho de otra forma, la norma en comento, no modificó la elección del actual Personero pues se efectuó antes de su vigencia y esta es una situación jurídica consolidada que no fue en sí misma afectada por la ley, puesto que lo que hizo fue modificar hacia el futuro una de las condiciones de ejercicio del cargo, la posibilidad de la reelección por una sola vez. A este fenómeno por el cual la nueva ley afecta las situaciones, relaciones o estados jurídicos no concluidos se le denomina efecto general inmediato de la ley.

El efecto general inmediato consiste en que la ley nueva puede afectar tanto las situaciones como las relaciones jurídicas en curso o no terminadas, lo que excluye de su regulación las situaciones, relaciones o estados jurídicos consolidados, pues si lo hiciera sería inconstitucional por su retroactividad.

Bajo esta regla de aplicación de la ley en el tiempo, es claro que la limitación consagrada en el artículo 2° de la ley 1031 de 2006, hace referencia al modo de ejercer el derecho a ser nuevamente elegido para quien venía ejerciendo el cargo de personero, y por ende, quien al entrar en vigencia esa disposición estaba ejerciéndolo por razón de una elección, puede ser reelegido por una vez adicional en forma inmediata.

En síntesis, el período que terminó antes de entrar en vigencia la ley que se comenta, no puede tenerse en cuenta para definir si el actual personero puede ser reelegido o no, mientras que aquel período en curso que no había concluido al ser expedida la ley, debe ser tenido en cuenta como el primero para efectos de una posible reelección”.

Concepto DAFP

Un Personero Delegado de la Personería del Distrito Capital, ¿puede ser elegido Personero del Distrito Capital?

Un Personero que ha sido reelegido en dos periodos consecutivos antes de la publicación de la Ley 1031 de 2006, puede ser reelegido nuevamente bajo el imperio de dicha ley? Rad. 14286/2006. (Radicación. EE 608 de 31-Ene-07).

“...para que una persona pueda ser elegida por el Concejo municipal o distrital como Personero, no debe haber ocupado durante el año anterior, cargo o empleo público en la administración central o descentralizada del distrito o municipio en el cual será designado.

En este orden de ideas, teniendo en cuenta que la Personería Distrital de Bogotá no forma parte de la Administración central o descentralizada del Distrito, y que el Personero Delegado es empleado de la Personería del Distrito; ... de acuerdo con lo preceptuado por el Consejo de Estado se considera que puede ser elegido Personero del Distrito Capital.

Respecto a la segunda, teniendo en cuenta que antes de la publicación de la Ley 1031 de 2006, la reelección del Personero estaba permitida sin establecer el número de veces, y de acuerdo a lo consagrado en la ley en comento, dicho empleado podrá ser reelegido, por una sola vez, para el periodo siguiente, ... en razón a que la ley rige hacia el futuro, se considera que el Personero que ha sido reelegido con anterioridad a la citada norma, y que se encuentra ejerciendo el cargo podrá ser reelegido por una vez más para el periodo siguiente.

Inhabilidades del Contralor del Distrito Capital

Fundamento Legal

- **Decreto 1421 de 1993.**

“Artículo 107. CALIDADES E INHABILIDADES. Para ser elegido contralor distrital se requieren las calidades exigidas por el artículo 272 de la Constitución Política.

No podrá ser elegido contralor quien sea o haya sido en el último año miembro del Concejo, ni quien haya ocupado durante el mismo lapso cargo público en el Distrito, salvo la docencia.

Estarán igualmente inhabilitados quienes, en cualquier época, hubieren sido condenados a pena privativa de la libertad por delitos comunes, salvo los políticos y culposos, excluidos del ejercicio de su profesión o sancionados por faltas a la ética profesional.

En ningún caso podrán intervenir en la postulación o elección del contralor quienes se hallen dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil respecto de los candidatos.

El contralor sólo asistirá a las juntas directivas de las entidades del Distrito cuando sea expresamente invitado con fines específicos”.

- **Ley 617 de 2000.**

“**Artículo 60. INHABILIDADES, INCOMPATIBILIDADES Y PROHIBICIONES PARA EL ALCALDE MAYOR, LOS CONCEJALES, LOS EDILES, EL CONTRALOR Y EL PERSONERO DE SANTA FE DE BOGOTÁ, DISTRITO CAPITAL.** Las disposiciones en materia de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones para ser elegido a cargo o corporación de elección popular para el nivel municipal y distrital contenidas en el Capítulo Quinto de la presente ley, rigen para Santa Fe de Bogotá, Distrito Capital”. (Este artículo fue declarado exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-837-2001).

Jurisprudencia

✓ Consejo de Estado Sala Plena de lo Contencioso Administrativo Consejero ponente: Darío Quiñones Pinilla, Santa Fe Bogotá, D.C., veintisiete (27) de junio de dos mil (2000). Radicación número: AI- 057, con relación al régimen de Inhabilidades del Personero y Contralor Distritales concluyó lo siguiente:

“Es cierto que la regulación contenida en el Decreto 1421 de 1993 en materia de inhabilidades del Contralor y Personero Distritales presenta la diferencia de tratamiento señalada por el demandante. En efecto, en punto del desempeño de cargos públicos, el artículo 97, inciso primero, prevé que no podrá ser elegido Personero quien haya ocupado durante el último año “... cargo público en la administración central o descentralizada del Distrito”, mientras que la norma acusada establece que no podrá ser elegido Contralor

quien “... haya ocupado durante el mismo lapso cargo público en el Distrito, salvo la docencia”. Es decir que, en consideración a que, como lo señala el demandante, solo es causal de inhabilidad para ser elegido Personero, el que una persona, durante el último año, haya ocupado cargo público en la administración central o descentralizada, esto descarta la inhabilidad por desempeñar cargos públicos en los órganos de control –Personería y Contraloría–, pues, como se deduce del artículo 113 de la Carta Política, estos, en cuanto autónomos e independientes, no hacen parte de la administración central y, desde luego, de la descentralizada. En cambio, en cuanto se dice que no podrá ser elegido Contralor quien durante el último año haya desempeñado cargo público en el Distrito, salvo la docencia, extiende la inhabilidad al desempeño de cualquier cargo público, incluidos, entonces, los de la administración central y descentralizada y los de los citados órganos de control.

Se controvierte en este proceso la constitucionalidad del artículo 107, inciso segundo, del Decreto 1421 de 1993 “Por el cual se dicta el régimen especial para el Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá”.

De manera que el legislador extraordinario al establecer en el artículo 107 la inhabilidad de que se trata, en realidad, no creó, sino que reprodujo la que consagró el artículo 272 de la Carta Política. Esa reproducción, sin ampliación o restricción algunas, se produjo mediante la adaptación del texto constitucional al ámbito territorial del Distrito Capital, comoquiera que el precepto superior establece la inhabilidad para el desempeño, en general, de los cargos de Contralor departamental, distrital o municipal, dentro de los cuales se encuentra el de aquel distrito.

De consiguiente, el artículo 107 demandado no pudo infringir ninguna norma constitucional por la circunstancia de que en su texto contemple la inhabilidad para ser elegido contralor por razón del desempeño de cargos públicos. Así, no pudo infringir el artículo 13 sobre el derecho a la igualdad, dado que es la misma Carta la que establece la diferencia de tratamiento a que alude el demandante, comoquiera que esta extiende la inhabilidad para ser elegido contralor al desempeño de todos los cargos públicos del orden distrital, salvo la docencia, mientras que para el ejercicio de cargo de Personero no contempla ninguna previsión y, en consecuencia, deja su regulación a criterio del legislador, con la posibi-

lidad, entonces, como ocurre en el caso del Contralor del Distrito Capital, de que se establezca un régimen de inhabilidades que presente diferencias entre uno y otro cargo. Además, se debe tener en cuenta que los cargos de Contralor y Personero Distritales, aunque integrantes de órganos de control, tienen distintas funciones y ello explica que existan diferencias en el régimen de inhabilidades establecido para cada uno de ellos. Y no se vulneran las normas constitucionales que establecen los derechos de acceso al desempeño de funciones y cargos públicos, los de carrera y el del trabajo, pues la restricción para que funcionarios de la Contraloría Distrital puedan acceder al cargo de Contralor tiene origen constitucional, en cuanto queda comprendida dentro de la mencionada inhabilidad, que se consagró para garantizar la independencia de dicho servidor público con el ente territorial respecto del cual va a ejercer el control fiscal y evitar que se produzca una interferencia en la gestión derivada de una vinculación laboral con el mismo, en el inmediato pasado”.

Concepto DAFP

¿Un Registrador Municipal, puede postularse a ser designado Contralor... del mismo municipio? Rad. 15055-2006 (Radicación. EE1900 de 08-mar-07)

“... para que una persona pueda ser elegida por el Concejo municipal como Contralor Municipal, se requiere no estar inmerso en el régimen de inhabilidades e incompatibilidades establecidas en la Constitución y la Ley, entre ellas quien sea o haya sido en el último año miembro de asamblea o concejo que deba hacer la elección, ni quien haya ocupado cargo público del orden distrital o municipal, salvo la docencia.

“... teniendo en cuenta que el cargo de Registrador Municipal de un municipio no es del orden municipal, pues no pertenece a la Administración central ni Descentralizada del mismo municipio sino a la Registraduría Nacional del Estado, que es una entidad del Orden Nacional, en criterio de esta Dirección se considera que el Registrador municipal no está inmerso en inhabilidad para ser Contralor del mismo municipio o de otro, siempre y cuando, en el momento de ser elegido, no esté ocupando ningún cargo público (Artículo 128 de la Constitución), esto significa que tendrá que renunciar al empleo antes de la elección”.

Inhabilidades del Gobernador

Fundamento Legal

- **Constitución Política.**

“Artículo 303. (...)

Los Gobernadores serán elegidos para periodos de tres años y no podrán ser reelegidos para el periodo siguiente.

La ley fijará las calidades, requisitos, inhabilidades e incompatibilidades de los Gobernadores; reglamentar su elección; determinará sus faltas absolutas y temporales y forma de llenarlas; y dictará las demás disposiciones necesarias para el normal desempeño de sus cargos.”

- **Ley 617 de 2000.**

“**Artículo 30. De las inhabilidades de los Gobernadores.** No podrá ser inscrito como candidato, elegido o designado como Gobernador:

1. Quien haya sido condenado en cualquier época por sentencia judicial, a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos; o haya perdido la investidura de congresista o, a partir de la vigencia de la presente ley, la de diputado o concejal; o excluido del ejercicio de una profesión; o se encuentre en interdicción para el ejercicio de funciones públicas.

2. Quienes tengan doble nacionalidad, exceptuando los colombianos por nacimiento.

3. Quien dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección haya ejercido como empleado público, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, en el respectivo departamento, o quien como empleado público del orden nacional, departamental o municipal, haya intervenido como ordenador de gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo departamento.

4. Quien dentro del año anterior a la elección haya intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas del nivel departamental o en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros, siempre que los contratos deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo departamento. Así mismo, quien dentro del año anterior haya sido representante legal de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social de salud en el régimen subsidiado en el respectivo departamento.

5. Quien tenga vínculo por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que dentro de los doce (12)

meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo departamento; o con quienes dentro del mismo lapso hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social de salud en el régimen subsidiado en el respectivo departamento.

6. Quien haya desempeñado el cargo de contralor departamental o procurador delegado en el respectivo departamento durante un período de doce (12) meses antes de la elección de gobernador.

7. Quien haya desempeñado los cargos a que se refiere el artículo 197 de la Constitución Nacional”.

Jurisprudencia

✓ ***El Consejo de Estado mediante sentencia de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo***, Radicación número: 11001-03-28-000-2003-0041-01(3171) del dieciocho (18) de diciembre de dos mil tres (2003) Consejero ponente: DARÍO QUÍÑONES PINILLA, en cuanto a las inhabilidades del Gobernador expresó:

“ La causal de inhabilidad que propone el demandante es la del artículo 30.4 de la Ley 617 de 2000 y la deriva del hecho según el cual el demandante intervino en la celebración de un contrato estatal, en interés propio, el que se ejecutó o cumplió en el Departamento de Nariño. La causal de inhabilidad por la celebración de contratos prevista en esa disposición exige que se reúnan los siguientes presupuestos: a) Que el elegido haya intervenido en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel. b) Que esa intervención se haya efectuado dentro del año anterior a la fecha de la elección. c) Que el contrato o contratos se hayan celebrado en interés propio o en el de terceros, y d) Que el contrato o contratos deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo departamento. Mediante documento público acompañado con la demanda se demuestra la celebración del mencionado contrato. De manera que con esa prueba se deduce la manifiesta violación del numeral 4 del artículo 30 de la Ley 617 de 2000 y, por consiguiente, el elegido como Gobernador del Departamento de Nariño incurrió en la consiguiente causal de inhabilidad consagrada en esa norma, pues se encuentran reunidos los presupuestos, conforme a lo siguiente:

a) El Señor Zúñiga Erazo intervino en la celebración de un contrato con una entidad pública del nivel nacional -el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA-. b) La intervención del Señor Zúñiga Erazo en la celebración del contrato se efectuó dentro del año anterior a la elección, pues aquel fue celebrado el 30 de octubre de 2002 y su elección como Gobernador se llevó a cabo el 26 de octubre de 2003. c) El contrato se celebró en interés propio del señor Zúñiga Erazo, dado que intervino directamente aduciendo su condición de propietario del inmueble arrendado y, por consiguiente, resultó beneficiario de las prestaciones económicas pactadas en el mismo, y d) El contrato se ejecutó en el Departamento de Nariño, pues el inmueble arrendado se encuentra ubicado en la ciudad de Pasto, su capital. De manera que demostrada la violación manifiesta del numeral 4 del artículo 30 de la Ley 617 de 2000 y la correspondiente causal de inhabilidad establecida en esa norma, por razón de la celebración del mencionado contrato de arrendamiento por parte del demandado, procede la suspensión provisional del acto administrativo que declaró la elección demandada”.

Concepto DAFP

¿Puede el hermano de un Alcalde de un municipio postularse para ser elegido Gobernador del Departamento al cual pertenece dicho municipio? Igualmente ¿estaría inhabilitado si el hermano del candidato ocupa un cargo Directivo de un organismo de control del departamento para el cual se postulo? Rad.10492/2003 (EE Radicación. 5623 de 24/07/2003).

“... estará inhabilitado para ser inscrito como candidato, elegido o designado como Gobernador quien tenga vínculo por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, **política, administrativa** o militar en el respectivo departamento.

En este orden de ideas ...la persona que aspira a ser Gobernador de Departamento, hermano del Alcalde de un municipio perteneciente al mismo departamento, estará inhabilitado para ser elegido Gobernador en las próximas elecciones si dicho Alcalde (hermano) no renunció a su cargo antes de los 12 meses anteriores a la elección.

Respecto al literal b) de la consulta **si en el cargo directivo administrativo en el Órgano de Control departamental que ostenta el hermano del candidato a la Gobernación las funciones y el diseño jerárquico del empleo le otorgan potestad de mando, de dirección, autonomía decisoria, actividades de Dirección Administrativa, es decir, que está autorizado para celebrar contratos o convenios; ordenar gastos con cargo a fondos departamentales; conferir comisiones, licencias no remuneradas, decretar vacaciones y suspenderlas, para trasladar horizontal o verticalmente los funcionarios subordinados; reconocer horas extras, vincular personal supernumerario o fijarle nueva sede al personal de planta; a los funcionarios que hagan parte de las unidades de control interno y quienes legal o reglamentariamente tengan facultades para investigar las faltas disciplinarias; **estará inhabilitado para postularse como candidato para ser elegido Gobernador, si no han transcurrido 12 meses a partir de la renuncia al cargo directivo administrativo, hasta la fecha en que se celebre la elección (Ley 617 de 2000).****

Inhabilidades de los Diputados

Fundamento Legal

- **Constitución Política**

“**Artículo 261.** Artículo modificado por el artículo 2o. del Acto Legislativo No. 3 de 1993. “(…)”

PARÁGRAFO 1o. Las inhabilidades e incompatibilidades previstas en la Constitución Nacional y las leyes, se extenderán en igual forma a quienes asuman las funciones de las faltas temporales durante el tiempo de su asistencia.
“(…)”

“**Artículo 299. Organización de las Asambleas Departamentales.** “(…)”

Inciso 2o. Modificado. Acto Legislativo No. 2 de 2002. Art. 2°. **El régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los diputados será fijado por la ley.** No podrá ser menos estricto que el señalado para los congresistas en lo que corresponda. El período de los diputados será de cuatro años y tendrán la calidad de servidores públicos”.

- **Ley 617 de 2000.**

“**Artículo 33. De las inhabilidades de los diputados.** No podrá ser inscrito como candidato ni elegido diputado:

1. Quien haya sido condenado por sentencia judicial, a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos; o haya perdido la investidura de congresista o, a partir de la vigencia de la presente ley, la de diputado o concejal; o excluido del ejercicio de una profesión; o se encuentre en interdicción para el ejercicio de funciones públicas.

2. Quienes tengan doble nacionalidad, exceptuando los colombianos por nacimiento.

3. Quien dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección haya ejercido como empleado público, jurisdicción o

autoridad política, civil, administrativa o militar, en el respectivo departamento, o quien como empleado público del orden nacional, departamental o municipal, haya intervenido como ordenador de gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo departamento.

4. Quien dentro del año anterior a la elección haya intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas del nivel departamental o en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros, siempre que los contratos deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo departamento. Así mismo, quien dentro del año anterior haya sido representante legal de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social de salud en el régimen subsidiado en el respectivo departamento.

5. Quien tenga vínculo por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo departamento; o con quienes dentro del mismo lapso hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social de salud en el régimen subsidiado en el respectivo departamento. Así mismo, quien esté vinculado entre sí por matrimonio o unión permanente o parentesco dentro del tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad o único civil, y se inscriba por el mismo partido o movimiento político para elección de cargos o de corporaciones públicas que deban realizarse en el mismo departamento en la misma fecha”.

Jurisprudencia

✓ **El Consejo de Estado** mediante sentencia de la Sección Quinta de lo Contencioso Administrativo de 8 de septiembre de 2005, radicación interna 3660, Consejera Ponente María Noemí Hernández Pinzón, respecto a las inhabilidades de los diputados, señaló:

“La causal de inhabilidad respectiva de los Congresistas se regula de la siguiente manera:

“Artículo 179.- *No podrán ser congresistas:*

.....

3.- *Quienes hayan intervenido en gestión de negocios ante entidades públicas, o en la celebración de contratos con ellas en interés propio, o en el de terceros, o hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos o contribuciones parafiscales, dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la elección.*

.....”.

Este precepto constituye una norma jurídica al integrarse con los dos párrafos finales de la misma que predicán:

“Las inhabilidades previstas en los numerales 2, 3, 5 y 6 se refieren a situaciones que tengan lugar en la circunscripción en la cual deba efectuarse la respectiva elección. La ley reglamentará los demás casos de inhabilidades por parentesco, con las autoridades no contemplados en estas disposiciones.

Para los fines de este artículo se considera que la circunscripción nacional coincide con cada una de las territoriales, excepto para la inhabilidad consignada en el numeral 5” (Resalta la Sala).

Pues bien, al establecer el constituyente, con todo sentido, que la circunscripción nacional coincide con cada una de las territoriales, en lo que tiene que ver con la causal de inhabilidad del numeral 3, que es por decirlo de alguna manera la fuente que inspiró la causal de inhabilidad del numeral 4 del artículo 33 de la Ley 617 de 2000, no está diciendo cosa distinta a que se toman como equivalentes la circunscripción nacional y las circunscripciones territoriales, de suerte que lo que ocurra en una circunscripción municipal o departamental produce el mismo efecto jurídico como si se hubiera presentado en la circunscripción nacional.

*Así las cosas, en cuanto a diputados se refiere, para quienes su régimen de inhabilidades no podía ser menos estricto que el de los Congresistas, es claro que esa equivalencia establecida por el constituyente entre la circunscripción nacional y las circunscripciones territoriales, descarta de plano la posibilidad de éxito de la tesis de la defensa, puesto que **la celebración de un contrato** con una entidad pública para ser ejecutado o cumplido en un municipio tiene la potencialidad de inhabilitar a ese contratista para aspi-*

rar a la Duma Departamental, ya que el sentido que a esa norma se le debe dar no es otro distinto al de que la circunscripción menor se asimila a la circunscripción mayor, sin que interese por lo mismo que el contrato deba ejecutarse o cumplirse solamente en una parte del departamento”.

Concepto DAFP

Un empleado de la Gobernación de Caquetá, ¿puede postularse para ser elegido Diputado del mismo departamento? Rad. EE11011/2006 (Radicación. EE7343 de 06-sep-06).

*“...se considera que si el Jefe de Recursos Humanos y el Asesor de la Gobernación de Caquetá desarrollan actividades de Dirección Administrativa, es decir, que están autorizados para celebrar contratos o convenios; ordenar gastos con cargo a fondos departamentales; conferir comisiones, licencias no remuneradas, decretar vacaciones y suspenderlas, para trasladar horizontal o verticalmente los funcionarios subordinados; reconocer horas extras, vincular personal supernumerario o fijarle nueva sede al personal de planta; a los funcionarios que hagan parte de las unidades de control interno y quienes legal o reglamentariamente tengan facultades para investigar las faltas disciplinarias; **estarán inhabilitados para postularse como candidatos para ser Diputados de la Asamblea de Caquetá, si no renuncian al cargo 12 meses antes de elección.***

*Si como empleados del departamento no realizan las actividades antes mencionadas, se considera que **están habilitados** para aspirar a ocupar cargos de elección popular, siempre y cuando, en el momento de la inscripción, no estén ocupando el cargo publico”.*

Una persona que tiene contrato con el Instituto de los Seguros Sociales Regional Manizales, ¿puede postularse para ser elegido ... Diputado del Departamento de Caldas? Rad. 11886/2006 (Radicación. EE8533 de 25-oct-06)

“...se considera que estará inhabilitado para ser elegido Diputado quien dentro del año anterior a la elección haya celebrado contrato con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros, siempre que el contrato deba ejecutarse o cumplirse en el respectivo departamento para el caso del Diputado (Departamento de Caldas.), entendiendo por celebración el nacimiento del contrato, sin que interese que tiempo se tarde en su ejecución”.

¿Está inhabilitado para ser elegido Diputado el hermano del Tesorero municipal quien desempeñó el cargo de Secretario de Hacienda mediante la figura del encargo en un municipio del mismo Departamento? Rad 3340/2007. (Radicación. EE3322 de 30-abr-07).

*“...no podrá ser inscrito como candidato ni elegido diputado quien tenga vínculo por matrimonio, o unión permanente, o de **parentesco en segundo grado de consanguinidad**, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección **hayan ejercido autoridad política en el respectivo departamento, entendiendo por este la entidad territorial correspondiente y los municipios que lo integren.***

En este orden de ideas, para el caso objeto de consulta, en razón a que el desempeño del cargo de Secretario de Hacienda de un municipio conlleva el ejercicio de Autoridad Política, ..., el hermano de quien desempeñó este empleo, así sea de manera transitoria dentro de los doce meses anteriores a la elección, está inhabilitado para ser elegido Diputado a la Asamblea del mismo Departamento”.

Inhabilidades del Alcalde

Fundamento Legal

- **Ley 617 de 2000.**

“**Artículo 37. Inhabilidades para ser alcalde.** El artículo 95 de la Ley 136 de 1994, quedará así:

Artículo 95. Inhabilidades para ser alcalde. No podrá ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado alcalde municipal o distrital:

1. Quien haya sido condenado en cualquier época por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos; o haya perdido la investidura de congresista o, a partir de la vigencia de la presente ley, la de diputado o concejal; o excluido del ejercicio de una profesión; o se encuentre en interdicción para el ejercicio de funciones públicas.

2. Quien dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección haya ejercido como empleado público, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, en el respectivo municipio, o quien como empleado público del orden nacional, departamental o municipal, haya intervenido como ordenador del gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio.

3. Quien dentro del año anterior a la elección haya intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas del nivel municipal o en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros, siempre que los contratos deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio. Así mismo, quien dentro del año anterior a la elección, haya sido representante legal de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social de salud en el régimen subsidiado en el respectivo municipio.

4. Quien tenga vínculos por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que dentro de los doce

(12) meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo municipio; o con quienes dentro del mismo lapso hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social de salud en el régimen subsidiado en el respectivo municipio.

5. Haber desempeñado el cargo de contralor o personero del respectivo municipio en un periodo de doce (12) meses antes de la fecha de la elección”.

Jurisprudencia

✓ **El Consejo de Estado en Sentencia de julio 27 de 1995**, expediente 1313. Consejero Ponente Doctor Mario Alario Méndez, preceptuó:

“Al decir asunto semejante ... esta Sala, mediante Sentencia del 13 de abril de 1987, entre otras, explicó que era preciso establecer separación y distinción entre dos actividades: la celebración de un contrato, esto en su nacimiento y su ejecución, desarrollo y cumplimiento, y que para los efectos de la inhabilidad había de tenerse en cuenta la actuación que señalaba su nacimiento, sin consideración a los tratos de su desenvolvimiento de donde debía acreditarse no solo la existencia de la relación contractual, sino además la fecha de su origen, en vista de que su elemento temporal o esencial para configurar el impedimento legal. En síntesis, dijo la sala: La inhabilidad para ser elegido nace el día de la celebración del contrato con la administración, pero no puede extenderse más allá, por obra y gracia de su ejecución”.

✓ **El Consejo de Estado mediante sentencia**, Radicación número: 2231 de junio 24 de 1999 de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Consejero ponente: Darío Quiñones Pinilla, respecto a la extensión de las inhabilidades e incompatibilidades del alcalde al Personero municipal, señaló:

“El artículo 174, literal a), de la ley 136 de 1994 extiende al personero las causales de inhabilidad establecidas para el Alcalde Municipal. Pero esa extensión no es total, pues del mismo contenido de la norma, en cuanto agrega “... en lo que le sea aplicable ...”, se desprende que algunas de las causales de inhabilidad de los alcaldes no son aplicables a los personeros,

Y un criterio para establecer *las causales de inhabilidad de los Alcaldes que se extienden a los personeros es el de señalar que son aquellas que no contengan circunstancias o situaciones reguladas específicamente para los personeros mediante las causales establecidas en el artículo 174 de la Ley 136 de 1994, lo cual, a contrario sensu, permite concluir que si determinada circunstancia o situación constitutiva de inhabilidad se encuentra regulada especialmente en dicha norma, no hay lugar a dicha extensión*”.

Concepto DAFP

El cónyuge de la Secretaria de Salud encargada de un Municipio, ¿está inhabilitado para ser elegido alcalde del mismo municipio? Rad. 569/2007 (Radicación. EE1331 de 22-feb-07).

“... no podrá ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado alcalde municipal quien tenga vínculos por matrimonio, o unión permanente, con funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo municipio.

En este orden de ideas, ... el cónyuge de quien ocupó el cargo Secretaria de Salud de un municipio, está inhabilitado para ser elegido Alcalde del mismo municipio, si la empleada municipal ejerció autoridad política dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección”.

Concepto DAFP

El Director Ejecutivo de una Asociación de Municipios, ¿estará inhabilitado para aspirar a ocupar el cargo de Alcalde en uno de los municipios que conforman la asociación? Rad. 11177/2006 (Radicación. EE8641 de 27-oct-06).

“Las asociaciones de municipios son entidades administrativas de derecho público, con personería jurídica y patrimonio propio e independiente de los entes que la conforman; se rigen por sus propios estatutos y gozarán de los mismos derechos, privilegios, excepciones y prerrogativas otorgadas por la ley a los municipios.

En este orden de ideas, de acuerdo a lo preceptuado por el Consejo de Estado el cargo de Director Ejecutivo de una Asociación de Municipios no tiene el carácter de municipal, además, no significa que deba considerarse que el cargo de Director de dicha Asociación se entiende desempeñado en el mismo Municipio en el cual se ejerció tal cargo, pues dicha entidad administrativa, por mandato legal, cuenta con personería jurídica y patrimonio propio e independiente de los entes que la conforman; por consiguiente, ... se considera que el Director Ejecutivo de una Asociación de Municipios, estará habilitado para aspirar a ocupar el cargo de Alcalde, de los municipios que conforman la entidad, siempre y cuando cumpla con las calidades y requisitos exigidos por la ley”.

Concepto DAFP

Un Concejal de un municipio al término de su periodo o al renunciar al mismo, ¿puede ser elegido Alcalde en el mismo municipio? Rad. 12159/2006 (Radicación. EE 8529 de 25-oct-06)

“... teniendo en cuenta que los Concejales no ejercen autoridad civil o política ni dirección administrativa, puesto que por definición constitucional, no son empleados públicos sino servidores públicos; por consiguiente, en criterio de esta Oficina se considera que el Concejal que aspire a ser elegido Alcalde dentro del mismo municipio podrá hacerlo sin ningún impedimento a la terminación del periodo constitucional respectivo”.

Inhabilidades de los Concejales

Fundamento Legal

- **Constitución Política.**

“Artículo 261. Artículo modificado por el artículo 2o. del Acto Legislativo No. 3 de 1993. “(…)”

PARÁGRAFO 1o. Las inhabilidades e incompatibilidades previstas en la Constitución Nacional y las leyes, se extenderán en igual forma a quienes asuman las funciones de las faltas temporales durante el tiempo de su asistencia.

“(…)”

La Ley 136 de 1994, por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios. (Artículo 43)

- **Ley 617 de 2000.**

“Artículo 40. De las inhabilidades de los Concejales. El artículo 43 de la Ley 136 de 1994 quedará así:

Artículo 43. Inhabilidades: No podrá ser inscrito como candidato ni elegido concejal municipal o distrital:

1. Quien haya sido condenado por sentencia judicial, a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos; o haya

perdido la investidura de congresista o, a partir de la vigencia de la presente ley, la de diputado o concejal; o excluido del ejercicio de una profesión; o se encuentre en interdicción para el ejercicio de funciones públicas.

2. Quien dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección haya ejercido como empleado público, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, en el respectivo municipio o distrito, o quien como empleado público del orden nacional, departamental o municipal, haya intervenido como ordenador de gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio o distrito.

3. Quien dentro del año anterior a la elección haya intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas del nivel municipal o distrital o en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros, siempre que los contratos deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio o distrito. Así mismo, quien dentro del año anterior haya sido representante legal de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el régimen subsidiado en el respectivo municipio o distrito.

4. Quien tenga vínculo por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo municipio o distrito; o con quienes dentro del mismo lapso hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el régimen subsidiado en el respectivo municipio o distrito. Así mismo, quien esté vinculado entre sí por matrimonio o unión permanente o parentesco dentro del segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, y se inscriba por el mismo partido o movimiento político para elección de cargos o de corporaciones públicas que deban realizarse en el mismo municipio o distrito en la misma fecha”.

Jurisprudencia

✓ **El Consejo Nacional Electoral** en concepto emitido el 26 de mayo de 1999, Consejero Ponente. Jaime Araújo Rentería, expresó:

“El régimen de inhabilidades e incompatibilidades aplicable a los concejales municipales, empieza a regir a partir de la fecha de la elección o de la inscripción de la candidatura, según lo indique la norma. En el caso del llamamiento para proveer la curul por falta absoluta o temporal del titular, dicho régimen se tendrá en cuenta a partir de la posesión del llamado”.

Concepto DAFP

Una persona que ha sido contratista del municipio, ¿puede postularse para ser elegido Concejal del mismo municipio? Rad. 10136-10362-2006 (Radicación. EE6678 de 08-ago-06)

*“... estará inhabilitado para ser Concejal quien dentro del año anterior a la elección haya celebrado contrato con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros, siempre que el contrato deba ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio o distrito, entendiéndose por **celebración** el nacimiento del contrato, sin que interese qué tiempo se tarde en su ejecución.*

Para que constituya causa de inhabilidad se requiere que ese contrato deba ejecutarse o cumplirse en el respectivo Municipio respecto del cual se aspira a ser elegido Concejal”.

¿Puede una persona ser elegida Concejal de un municipio cuando su hermano es Gerente de una Clínica Privada que presta sus servicios a usuarios del régimen subsidiado en salud del mismo municipio? Rad. 13300/2006. (Radicación. EE9740 de 11-dic-06).

*“...estará inhabilitado para ser Concejal quien dentro del año anterior a la elección haya sido representante legal de entidades que **administren tributos, tasas o contribuciones en el respectivo municipio o distrito**, o de las entidades o distrito.*

En este orden de ideas y para el objeto de consulta, según los datos aportados en la misma, en criterio de esta Oficina, si su hermano dentro del año anterior a la elección fue representante legal de una IPS o una ARS privada que presta servicios de seguridad social en el régimen subsidiado en el municipio de Bucaramanga o que administró tributos, tasas o contribuciones del mismo municipio, se considera que está inhabilitada para postularse como candidata al Concejo en el municipio de Bucaramanga”.

Inhabilidades miembros de juntas administradoras locales

Fundamento Legal

- **Ley 136 de 1994.**

“**Artículo 124. INHABILIDADES.** Sin perjuicio de las demás inhabilidades que establezcan la Constitución y la ley, no podrán ser elegidos miembros de Junta Administradora Local quienes:

1. Hayan sido condenados a pena privativa de la libertad dentro de los diez (10) años anteriores a la elección, excepto en los casos de delitos culposos o políticos.
2. Hayan sido sancionados con destitución de un cargo público, excluidos del ejercicio de una profesión o sancionados más de dos (2) veces por faltas a la ética profesional o a los deberes de un cargo público; y
3. Sean miembros de las corporaciones públicas de elección popular, servidores públicos o miembros de las juntas y consejos directivos de las entidades públicas”.

Jurisprudencia

El Consejo de Estado en sentencia de la Sección Primera Sala de lo Contencioso Administrativo, Radicación número: 25000-23-15-000-2002-0988-01(8516) de veinte (20) de febrero de dos mil tres (2003), Consejero ponente: GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO, referente a las inhabilidades de los Ediles, señaló:

“EDIL DEL DISTRITO CAPITAL - Régimen especial de inhabilidades e incompatibilidades previsto en el Decreto 1421 de 1993 / PERDIDA DE LA INVESTIDURA DE EDIL DE BOGOTÁ - Remisión a las normas legales referidas a los municipios: Ley 136 de 1994, artículo 126

En lo concerniente a la pérdida de la investidura de los Ediles del Distrito Capital de la República, entidad territorial que goza de autonomía para la gestión de sus intereses, atendiendo el régimen especial al que se halla sometido, en los términos del artículo 322 constitucional, debe decirse que el Decreto 1421 de 1993 que, pre-

cisamente desarrolla este último precepto, aun cuando prevé en su artículo 66 las causales de inhabilidad de los miembros de las Juntas Administradoras Locales y, en el artículo 68, las incompatibilidades a que se sujetan estos servidores públicos, en realidad, no incorpora ninguna referencia específica con respecto a si se pierde o no la investidura por incurrir en alguno de los supuestos que dichas normas establecen o por cualquiera otra conducta que allí se defina. De manera que, al no existir una regulación especial relacionada con la pérdida de la investidura de los Ediles del Distrito Capital, subsidiariamente, por expreso mandato de la misma norma constitucional que contempla su régimen especial, aspecto que también recoge el artículo 2° del Decreto 1421 de 1993, deben aplicarse las normas constitucionales y legales referidas a los municipios, particularmente, para el asunto que nos interesa, la Ley 136 de 1994. Esta Ley desarrolló en su artículo 119 las Juntas Administradoras Locales, de que trata el artículo 318 de la Constitución Política y en su artículo 126 consagró las incompatibilidades de los ediles”.

Inhabilidades del Contralor Departamental

Fundamento Legal

- **Ley 330 de 1996.**

“**Artículo 6o.** INHABILIDADES. No podrá ser elegido Contralor quien:

- a) Haya sido Contralor de todo o parte del período inmediatamente anterior, como titular;
- b) Haya sido miembro de los Tribunales que participaron en su postulación, dentro de los tres años anteriores;
- c) Durante el último año haya ocupado cargo público del orden departamental, distrital o municipal, salvo la docencia;
- d) Sea o haya sido miembro de la Asamblea en el último año;
- e) Estarán igualmente inhabilitados quienes en cualquier época hayan sido condenados penalmente a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos.

No se podrá nombrar en ningún cargo de la Contraloría a los Diputados, a los Magistrados que hubieren intervenido en la postulación, elección del Contralor, ni al cónyuge, compañero o compañera permanente de los mismos, ni a sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil. La infracción de lo dispuesto en este artículo constituye causal de mala conducta.

El Contralor sólo asistirá a las juntas directivas de las entidades descentralizadas del orden departamental o municipal cuando sea expresamente invitado con fines específicos y no tendrá derecho a votar.

En ningún caso podrán intervenir en la postulación o elección del Contralor quienes se hallen dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil respecto de los candidatos.

PARÁGRAFO. Quien haya ocupado en propiedad el cargo de Contralor Departamental no podrá desempeñar empleo oficial alguno en el respectivo departamento, salvo la docencia, ni ser inscrito como candidato a cargos de elección popular, sino un año después de haber cesado en sus funciones”.

Jurisprudencia

✓ La Corte Constitucional en Sentencia C-147 de 1998, respecto a las inhabilidades para ser Contralor departamental, señaló:

“ (...) la razón para restringir el acceso al desempeño como contralor departamental, por haber ejercido el candidato funciones públicas con anterioridad a la postulación, en los órdenes territoriales mencionados y en el año inmediatamente anterior a la elección que efectúa la correspondiente asamblea departamental (C.P., art. 272), está dirigida a impedir el ingreso de personas que, de alguna forma, tuvieron la oportunidad, los medios y las prerrogativas propias del ejercicio de funciones públicas, para incidir en su favor en una elección o nominación posterior, con clara violación del principio de igualdad de condiciones entre los demás postulantes (C.P., art. 13), y en detrimento de la prestación eficaz, moral, imparcial y pública de la función administrativa (C.P., art. 209), así como neutralizar la posibilidad de que se produzca un autocontrol de la gestión fiscal realizada.

(...)

6- La Corte coincide con la Vista Fiscal en que los anteriores criterios jurisprudenciales se aplican plenamente en el presente caso,

pues si es legítimo que se inhabilite para ser contralor departamental a quienes se desempeñaron en el año anterior como servidores públicos distritales o municipales, con mayor razón se debe concluir que es válido que quienes hayan ocupado, en ese mismo lapso, cargos públicos en el orden departamental, no puedan ser contralores departamentales por la injerencia que pueden tener en la elección y por la posibilidad de terminar controlando sus propias actuaciones precedentes. Igualmente, la excepción establecida por la norma, según la cual la inhabilidad no se aplica para los casos de docencia, es constitucional, no sólo porque tiene un fundamento razonable sino, además, por cuanto la propia Carta la prevé. En efecto, el artículo 272 superior excluye expresamente la docencia como causa de inhabilidad para acceder al cargo de contralor departamental. Por tales razones, la Corte concluye que la norma acusada es exequible, y así lo señalará en la parte resolutive de esta sentencia”.

Concepto DAFP

Un empleado de una Contraloría Municipal de uno de los municipios de un departamento ¿puede ser elegido como Contralor del mismo departamento?. Rad.2758/2007 (Radicación. EE3346 de 30-abr-07)

*“...nadie que haya ocupado un cargo público en un departamento, distrito o **municipio** durante el último año antes de postularse al cargo de contralor departamental, podrá ser elegido para desempeñar esa función.*

En este orden de ideas,...un empleado de una Contraloría Municipal de uno de los municipios de Antioquia está inhabilitado para ser elegido como Contralor del mismo departamento”.

Inhabilidades del Contralor Municipal

Fundamento Legal

- **Ley 136 de 1994.**

Artículo 163. INHABILIDADES. <Artículo subrogado por el artículo 90. de la Ley 177 de 1994>. No podrá ser elegido Contralor, quien:

- a) Haya sido Contralor o Auditor de la Contraloría Municipal en todo o parte del período inmediatamente anterior, como titular o como encargado;
- b) Haya sido miembro de los tribunales que hagan la postulación o del Concejo que deba hacer la elección, dentro de los tres años anteriores;

c) Esté incurso dentro de las inhabilidades señaladas en el artículo 95 y parágrafo de esta Ley, en lo que sea aplicable”.

Jurisprudencia

✓ **El Consejo de Estado** mediante sentencia, Radicación número: 05001-23-15-000-2001-0387-01(3041) de febrero 6 de 2003, de la Sección Quinta, Sala de lo Contencioso Administrativo, respecto a las inhabilidades del Contralor municipal señaló:

“La elección del señor Giraldo Jiménez, dijeron los demandantes, es violatoria del artículo 95, numeral 2, de la ley 136 de 1994, modificado por el artículo 37 de la ley 617 de 2000. Mediante la sentencia C-367 de 14 de agosto de 1996 la Corte Constitucional declaró exequible el literal c) del artículo 163 de la ley 136 de 1994, modificado por el artículo 9° de la ley 177 del mismo año. De la Corte Constitucional obligan las decisiones adoptadas mediante sus providencias, referidas al caso de que se trate, las cuales tienen toda la fuerza de la cosa juzgada. Siendo así, y sin perjuicio del criterio expuesto precedentemente, debe ser aplicado el literal c) del artículo 163 de la ley 136 de 1994, modificado por el artículo 9° de la ley 177 del mismo año; y consecuentemente el artículo 95 de la ley 136 de 1994, según fue modificado por el artículo 37 de la ley 617 de 2000, en lo que sea aplicable. Pues bien, según el artículo 272 de la Constitución no puede ser elegido contralor departamental, distrital o municipal quien en el último año haya ocupado cargo público del orden departamental, distrital o municipal, salvo la docencia. Ello quiere decir que no puede ser contralor departamental quien en el último año haya ocupado cargo público del orden departamental, ni contralor distrital quien haya ocupado cargo público del orden distrital, ni contralor municipal quien haya ocupado cargo público del orden municipal, en el respectivo departamento, distrito o municipio, como se dijo en sentencia de 4 de diciembre de 1995 y se reitera en esta oportunidad, salvo en lo concerniente a los contralores departamentales, porque mediante el artículo 6°, literal c), de la ley 330 de 1996, “por la cual se [...] dictan otras disposiciones relativas a las contralorías departamentales”, se estableció que no podía ser elegido contralor departamental quien durante el último año hubiera ocupado cargo público, y no solo del orden departamental, sino también “distrital o municipal, salvo la docencia”, y esa disposición fue decla-

rada exequible por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-509 de 9 de octubre de 1997. Siendo así las cosas, la inhabilidad establecida en el artículo 95, numeral 2, de la ley 136 de 1994, modificado por el artículo 37 de la ley 617 de 2000 –según el cual no puede ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado alcalde municipal quien como empleado público, sin distingos, dentro de los 12 meses anteriores a la fecha de la elección haya ejercido jurisdicción en el respectivo municipio–, no es inhabilidad para ser contralor municipal, en lo que pugna con el artículo 272, inciso séptimo, de la Constitución, según el cual, conforme al criterio expresado, no puede ser elegido contralor municipal quien en el último año haya ocupado cargo público del orden municipal, salvo la docencia. Y los cargos de los órganos judiciales son del orden nacional, en tanto pertenecientes a la rama judicial del poder público, como resulta de lo establecido en los artículos 113, 116 y 228 de la Constitución y 1º, 11 y 12 de la ley 270 de 1996, estatutaria de la administración de justicia, especialmente. Entonces, el cargo de Magistrado que el señor Óscar Giraldo Jiménez desempeñó en el Tribunal Administrativo de Antioquia, que es del orden nacional, no lo inhabilitaba para ser elegido Contralor del municipio de Medellín, según lo expuesto”.

Concepto DAFP

*Un Registrador Municipal, ¿puede postularse a ser designado Contralor... del mismo municipio?
Rad. EE15055-2006*

“...teniendo en cuenta que el cargo de Registrador Municipal de un municipio no es del orden municipal, pues no pertenece a la Administración central ni Descentralizada del mismo municipio sino a la Registraduría Nacional del Estado, que es una entidad del Orden Nacional, en criterio de esta Dirección se considera que el Registrador municipal no está inmerso en inhabilidad para ser Contralor del mismo municipio o de otro, siempre y cuando, en el momento de ser elegido, no esté ocupando ningún cargo público (Artículo 128 de la Constitución), esto significa que tendrá que renunciar al empleo antes de la elección”.

Inhabilidades del Personero Municipal

Fundamento Legal

- **Ley 136 de 1994.**

“Artículo 174. INHABILIDADES. No podrá ser elegido personero quien:

- a) Esté incurso en las causales de inhabilidad establecidas para el alcalde municipal, en lo que le sea aplicable;
- b) Haya ocupado durante el año anterior, cargo o empleo público en la administración central o descentralizada del distrito o municipio;
- c) Haya sido condenado, en cualquier época, a pena privativa de la libertad excepto por delitos políticos o culposos;
- d) Haya sido sancionado disciplinariamente por faltas a la ética profesional en cualquier tiempo;
- e) Se halle en interdicción judicial;
- f) Sea pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil o tenga vínculos por matrimonio o unión permanente con los concejales que intervienen en su elección, con el alcalde o con el procurador departamental;
- g) Durante el año anterior a su elección, haya intervenido en la celebración de contratos con entidades públicas en interés propio o en el de terceros o haya celebrado por sí o por interpuesta persona contrato de cualquier naturaleza con entidades u organismos del sector central o descentralizado de cualquier nivel administrativo que deba ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio;
- h) Haya sido representante legal de entidades que administren tributos o contribuciones parafiscales en el municipio dentro de los tres meses anteriores a su elección”.

Jurisprudencia

✓ **La Corte Constitucional en Sentencia C- 617 de 1997**, respecto a las inhabilidades para ser elegido Personero, señaló:

“El literal b) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994 prohíbe que sea elegido Personero Municipal o Distrital quien haya ocupado durante el año anterior cargo o empleo público en la administración central o descentralizada del distrito o municipio.

Al decir de los actores, este precepto es inconstitucional por establecer barreras para el ejercicio de un cargo público sin que la Constitución las haya previsto; por extender el término de duración de las incompatibilidades de los concejales de manera desventajosa respecto de los congresistas y diputados; y por no haber sido contemplada la misma inhabilidad para el caso del Procurador General de la Nación, quien es cabeza del Ministerio Público.

La Corte Constitucional, frente a esos cargos, debe manifestar:

-El legislador, como ya se expresó, goza de autorización constitucional para establecer causales de inhabilidad e incompatibilidad en cuanto al ejercicio de cargos públicos, y al hacerlo, en tanto no contradiga lo dispuesto por la Carta Política y plasme reglas razonables y proporcionales, le es posible introducir o crear los motivos que las configuren, según su propia verificación acerca de experiencias anteriores y su evaluación sobre lo que más convenga con el objeto de garantizar la transparencia del acceso a la función pública, de las sanas costumbres en el seno de la sociedad y de la separación entre el interés público y el privado de los servidores estatales, sin que necesariamente los fenómenos que decida consagrar en la calidad dicha tengan que estar explícitamente contemplados en el texto de la Constitución. Exigirlo así significaría quitar a la ley toda iniciativa en materias que son propias de su papel en el plano de la conformación del orden jurídico, despojando de contenido la función legislativa misma”.

“Busca la norma impedir que se utilice el poder para favorecer o auspiciar la campaña en búsqueda de la elección, lo cual se aviene sin esfuerzo al sentido y a los objetivos de las inhabilidades, resguarda la confianza pública en la autonomía de los concejales al elegir y protege la igualdad de condiciones entre los distintos candidatos al cargo de Personero”.

✓ Respecto de inhabilidades de personeros, el **Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Quinta, Consejero Ponente Doctor MARIO ALARIO MÉNDEZ**, Expediente 2.088 del 19 de noviembre de 1998, precisó lo siguiente:

“La inhabilidad establecida en el numeral 4 del artículo 95 de la Ley 136 de 1994 resulta aplicable cuando se trate de elegir personero, por la remisión del literal a) del artículo 174 de la mis-

ma ley, lo que quiere decir que no puede ser elegido personero quien se haya desempeñado como empleado o trabajador oficial dentro de los tres meses anteriores a la elección, como quien hubiera ocupado durante el año anterior cargo o empleo público en la administración del municipio respectivo. Quien fue personero puede ser nuevamente elegido, el solo hecho de haberlo sido antes no lo inhabilita. Ello, desde luego, salvo la existencia de inhabilidades distintas, que lo harían inelegible, como la establecida en el numeral 4 del artículo 95, a que remite el literal a) del artículo 174 de la ley 136 de 1994”.

Concepto DAFP

Un funcionario de la Alcaldía Municipal de Teorema – N. Santander, ¿puede ser elegido Personero del mismo municipio? Rad. 11943/2006. (Radicación. EE7902 de27-sep-06).

“...para que una persona pueda ser elegida por el Concejo Municipal como Personero, no debe haber ocupado durante el año anterior; cargo o empleo público en la administración central o descentralizada del distrito o municipio en el cual será designado”.

En este orden de ideas, ... se considera que usted como Secretario de Gobierno del municipio de Teorema - N. Santander; podrá ser designado Personero del mismo municipio, siempre y cuando renuncie a su empleo un año antes de la elección por parte del Concejo”.

Prohibiciones de parientes de gobernador, diputado, alcalde, concejales y miembros de juntas administradoras locales para ser nombrados en la circunscripción territorial.

Fundamento Legal

• **Constitución Política.**

“Artículo 292. Los diputados y concejales y sus parientes dentro del grado que señale la ley no podrán formar parte de las juntas directivas de las entidades descentralizadas del respectivo departamento, distrito o municipio.

No podrán ser designados funcionarios de la correspondiente entidad territorial los cónyuges o compañeros permanentes de los diputados y concejales, ni sus parientes en el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil”.

• **Ley 53 de 1990.**

“Artículo 19. El artículo 87 del Código de Régimen Municipal (Decreto-ley número 1333 de 1986), quedará así:

Los concejales, principales y suplentes, no podrán ser nombrados empleados oficiales del respectivo municipio, a menos que fuese en los cargos de alcalde, por designación o nombramiento. En tal caso se producirá pérdida automática de su investidura, a partir de la fecha de su posesión.

El cónyuge, compañero o compañera permanente, ni los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil de alcalde, de los concejales principales o suplentes, del Contralor, del Personero, del Secretario del Concejo, de los Auditores o Revisores, no podrán ser nombrados ni elegidos para cargo alguno en ninguna dependencia del respectivo municipio, ni contratar con el mismo, dentro del período para el cual fueron elegidos. No se dará posesión a quien fuere nombrado o elegido violando este artículo, previa comprobación”.

- **Ley 190 de 1995.**

“**Artículo 52.** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 292 de la Constitución Política, ni los diputados, ni los concejales, ni sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y único civil, ni sus delegados, podrán formar parte de las juntas directivas de las entidades descentralizadas del respectivo departamento, distrito o municipio.

Conforme al artículo 292 de la Constitución Política no podrán ser designados funcionarios de la correspondiente entidad territorial los cónyuges o compañeros permanentes de los diputados y concejales, ni sus parientes dentro del segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil”.

- **Ley 1148 de 2007.**

Artículo 1º. El artículo 49 de la Ley 617 de 2000 quedará así:

Artículo 49. Prohibiciones relativas a cónyuges, compañeros permanentes y parientes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales; concejales municipales y distritales. Los cónyuges o compañeros permanentes, y parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales y

concejales municipales y distritales, no podrán ser miembros de juntas o consejos directivos de entidades del sector central o descentralizados del correspondiente departamento, distrito o municipio, ni los miembros de juntas directivas, representantes legales, revisores fiscales, auditores o administradores de las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo departamento o municipio.

Los cónyuges o compañeros permanentes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales y concejales municipales y distritales, y sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, no podrán ser designados funcionarios del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas.

Los cónyuges o compañeros permanentes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales, y sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, no podrán ser contratistas del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas, ni directa, ni indirectamente.

Parágrafo 1º. Se exceptúan de lo previsto en este artículo los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre carrera administrativa.

Parágrafo 2º. Las prohibiciones para el nombramiento, elección o designación de servidores públicos y trabajadores previstas en este artículo también se aplicarán en relación con la vinculación de personas a través de contratos de prestación de servicios.

Parágrafo 3º. Prohibiciones relativas a los cónyuges, compañeros permanentes y parientes de concejales de municipios de cuarta, quinta y sexta categoría.

Tratándose de concejales de municipios de cuarta, quinta y sexta categoría, las prohibiciones establecidas en el presente artículo se aplicarán únicamente para los cónyuges o compañeros permanentes y parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil.

Jurisprudencia

✓ La Corte Constitucional en Sentencia C-311 de marzo 31 de 2004, **Magistrado Ponente, doctor Álvaro Tafur Galvis, respecto al artículo 49 de la Ley 617 de 2000, modificado por la Ley 821 de 2003, declaró:**

“En ese orden de ideas no resulta posible proceder a la declaratoria de inexecutable del segundo inciso del artículo 49 de la Ley 617 de 2000, tal como quedó modificado por el artículo 1° de la Ley 821 de 2003 como lo solicita el señor Procurador, ni de las expresiones ‘cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad’ acusadas por el actor, pues dicha declaratoria de inexecutable dejaría por fuera del ordenamiento jurídico disposiciones que en determinadas hipótesis y en relación con determinadas personas en él invocadas, en nada contradicen la Constitución frente al cargo planteado.

4.2.2 La Corte constata que lo que procede en el presente caso, como lo ha hecho en circunstancias similares, es dictar una sentencia condicionada que asegure el respeto de la Constitución, dando la norma una interpretación que se ajuste a sus mandatos.

En efecto, si se entendiera que lo que la norma señala es que en el caso de los parientes de los diputados y concejales -independientemente de que en su designación intervengan o no dichos diputados y concejales, bien sea directamente como nominadores o bien en la designación de quien actúa como nominador -, no podrán ser designados aquellos que se encuentren en el cuarto grado de consanguinidad segundo de afinidad y primero civil, se estará contradiciendo el mandato expreso del segundo inciso del artículo 292 superior.

A dicha interpretación por ser contraria a la Constitución debe preferirse la interpretación que sí respeta el artículo 292-2 superior, a saber, que en el caso de los parientes de los diputados y concejales, cuando los mismos diputados y concejales no actúan como nominadores o no han intervenido en la designación de quien actúa como nominador, se aplicará en cuanto al grado de parentesco la regla prevista en el segundo inciso del artículo 292 de la Constitución, a saber que ‘no podrán ser designados funcionarios de la correspondiente entidad territorial los cónyuges o compañeros permanentes de los diputados y concejales, ni sus

parientes en el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil.’ (subraya la Corte). Mientras que i) cuando dichos diputados o concejales actúan como nominadores o han intervenido en la designación de quien actúa como nominador, o ii) cuando se trata de los parientes de gobernadores y alcaldes, o iii) cuando se trata de los parientes de los miembros de las juntas administradoras locales municipales o distritales, el grado de parentesco a tomar en cuenta es el previsto en el referido inciso segundo del artículo 49 de la Ley 617 de 2000, tal como quedó modificado por el artículo 1° de la Ley 821 de 2003, a saber el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil.

Cabe hacer énfasis así mismo en que en cualquier caso la inhabilidad se aplica es dentro del ámbito territorial de competencia del respectivo gobernador, alcalde, diputado, concejal o miembro de junta administradora local, municipal o distrital”.

✓ **El Consejo de Estado en Sentencia**, de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Radicación número: 17001-23-31-000-2002-0434-02 (3064), marzo 6 de 2003 Consejero Ponente: MARIO ALARIO MÉNDEZ, respecto a la intervención en la gestión de negocios ante entidades públicas del nivel municipal, expresó:

“Según lo dispuesto en el artículo 95, numeral 3, de la ley 136 de 1994, sobre inhabilidades para ser alcalde –como fue modificado por el artículo 37 de la ley 617 de 2000–, no puede ser inscrito como candidato ni elegido alcalde quien ‘dentro del año anterior a la elección haya intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas del nivel municipal o en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros, siempre que los contratos deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio’.

La norma referida contiene un primer supuesto, la intervención en la gestión de negocios ante entidades públicas del nivel municipal; y un segundo supuesto, la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel, en interés propio o de terceros, que deban cumplirse en el respectivo municipio, y todo ello dentro del año anterior a la elección”.

✓ **La Corte Constitucional en Sentencia C-348 de 2004**, Magistrado Ponente, Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, respecto al artículo 49 de la Ley 617 de 2000, modificado por la Ley 821 de 2003, declaró:

“3.6. Finalmente, en relación con las normas sobre la inhabilidad para ser directa o indirectamente contratistas del respectivo departamento, distrito o municipio o de sus entidades descentralizadas o para ser vinculados por contratos de prestación de servicios, la Corte resalta que estas disposiciones hacen parte del desarrollo de la atribución dada por el artículo 150 inciso final de la Constitución, según el cual compete al Congreso de la República expedir el estatuto general de contratación de la administración pública.

Estas medidas constituyen igualmente un desarrollo legislativo razonable y proporcionado, como instrumento necesario e idóneo para el logro de los principios rectores de la actuación administrativa y garantizar que las actuaciones públicas estén despojadas de propósitos o intenciones ajenos al servicio público y al interés general. Lo que buscan las disposiciones demandadas es evitar, entre otros efectos, la injerencia indebida de los miembros de las corporaciones públicas en la gestión pública del orden territorial y a favor de sus allegados, lo cual no puede entenderse como una sanción legislativa a los parientes de los diputados y concejales. De tal suerte que las inhabilidades en referencia constituyen una garantía de imparcialidad, transparencia y moralidad de la gestión pública en los departamentos, distritos y municipios.

Además, el artículo 292 no constituye el único referente constitucional para efectos de determinar el régimen de prohibiciones de la contratación estatal que se surta en el orden territorial. Por consiguiente, la regulación legislativa sobre asuntos ajenos a los contemplados en ese artículo superior que invoca el actor, no constituye, per se, una vulneración de la Carta Política, y menos aún cuando en esta materia tampoco existe exigencia constitucional alguna que aluda al carácter vinculante de los grados de parentesco señalados en el inciso segundo del artículo 292 de la Carta.

La Corte concluye entonces que las medidas adoptadas representan la voluntad del legislador, que, a partir de su propia verificación de las experiencias conocidas y la evaluación de la gestión territorial, ha estimado pertinente fijar tales restricciones, sin que ellas afecten de manera irrazonable o desproporcionada los derechos a la igualdad, trabajo o acceso a cargos y funciones públicas de los parientes de diputados y concejales. Además, si la norma

acusada fue proferida en ejercicio de las atribuciones otorgadas por el artículo 150 de la Constitución, el legislador no...

En consecuencia, se declarará la exequibilidad de los apartes demandados del inciso tercero y el párrafo 2° del artículo 1° de la Ley 821 de 2003, pero precisando que las prohibiciones allí previstas surtan efectos únicamente dentro del ámbito territorial de competencias del respectivo diputado o concejal.

No obstante lo anterior, para evitar alcances irrazonables de las disposiciones acusadas, en el mismo sentido de lo señalado en la sentencia C-618 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero, ‘la Corte entiende que la disposición acusada no se aplica a aquellos contratos por medio de los cuales la administración ofrece, en igualdad de condiciones, a todos los ciudadanos y personas, un determinado bien o servicio, en desarrollo de sus funciones constitucionales y legales, tal y como sucede por ejemplo con la prestación de los servicios públicos, pues en tal caso la inhabilidad sería totalmente irrazonable’.

✓ **El Consejo de Estado** mediante Concepto de abril 26 de 2001, radicación No. 1.347, de Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: Flavio Augusto Rodríguez Arce, en cuanto a los alcances de las inhabilidades sobrevinientes respecto de los parientes de los servidores públicos de elección popular en los entes territoriales, expresó:

*“Como la conducta prohibida es la de ‘nombrar’, debe entenderse que la potestad nominadora sólo es viable ejercerla por el funcionario elegido hacia el futuro, luego de la asunción del cargo, **lo que no es predicable de quien ya está prestando sus servicios**; por lo tanto, tal facultad no es posible retrotraerla en el tiempo para darle el alcance que no se desprende de la norma constitucional, razón por la cual el funcionario o empleado vinculado con anterioridad a la posesión de su pariente investido de la potestad mencionada sólo tendría que retirarse del servicio, por el arribo de aquel a la administración, si así estuviera previsto en una norma legal que estableciera una inhabilidad sobreviniente.*

“Si bien el artículo 6 de la Ley 190 de 1995, prevé la obligación del servidor de advertir inmediatamente -a la entidad a la cual le presta servicios- que le ha sobrevenido al acto de nombramiento una inhabilidad o incompatibilidad, con la consecuencia de que si

pasados tres meses no pone fin a la situación que la origina, cuando a ello hubiere lugar, procederá el retiro inmediato del servidor, su hipótesis normativa no es aplicable al caso en estudio puesto que no existe norma expresa que establezca una inhabilidad que determine su desvinculación.

*“... no resulta procedente interpretar la norma constitucional en el sentido que el servidor deba **retirarse ante una relación de parentesco que no existía al momento de su nombramiento** y que por lo mismo es anterior a la posesión del pariente, cónyuge o compañero permanente, titular actual de la potestad nominadora”.*

✓ **El Consejo de Estado**, mediante concepto radicación No. 1.675 de agosto 31 de 2005 de la Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente Gustavo Aponte Santos, respecto a la vigencia de la prohibición para designar familiares del Contralor, el Personero, el Secretario del Concejo y los Auditores o Revisores en cargos del respectivo municipio, señaló:

“En la actualidad, se encuentra vigente el inciso segundo del artículo 87 del Decreto 1333 de 1986, modificado por el artículo 19 de la Ley 53 de 1990, en relación con la prohibición establecida en dicha norma de designar al cónyuge, compañero o compañera permanente o los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil del Contralor, el personero, el Secretario del Concejo, los auditores o Revisores, en los empleos del respectivo municipio y sus entidades descentralizadas, durante el periodo para el cual tales servidores fueron elegidos”.

Concepto DAFP

¿El cuñado de un concejal del Municipio de Albán, Nariño, está inhabilitado para celebrar contrato de prestación de servicios o ser designado funcionario del mismo municipio? Rad. 11397/2005 (Radicación. EE7860 de 30-ago-05).

“...se encuentran inhabilitados para celebrar contratos de prestación de servicios en la correspondiente entidad territorial, los cónyuges o compañeros permanentes de los diputados y concejales, sus parientes en el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil”.

En este orden de ideas y para el caso objeto de consulta teniendo en cuenta que la persona a celebrar contrato de prestación de servicios con el municipio de Albán, Nariño, tiene vínculo de parentesco en segundo grado de afinidad (Cuñada) con un Concejal del mismo municipio, “... está inhabilitada para contratar con el municipio y sus entidades descentralizadas”.

Concepto DAFP

¿El primo de un concejal de un municipio, está inhabilitado para ser designado funcionario del mismo municipio? Rad. 16573/2005 (Radicación. EE10735 de 24-nov-05).

“...no podrán ser designados funcionarios de la correspondiente entidad territorial, los cónyuges o compañeros permanentes concejales, ni sus parientes en el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil.

En este orden de ideas y para el caso objeto de consulta teniendo en cuenta que la persona a nombrar como empleado (Médico) del Hospital Arsenio Repizo del Municipio de San Agustín, Huila, tiene vínculo de parentesco en cuarto grado de consanguinidad (Primo) con un concejal del mismo municipio,... no está inmerso en inhabilitación o incompatibilidad para estar vinculado o vincularse al Hospital de la localidad”.

Concepto DAFP

¿El cuñado de un Diputado del Departamento de Putumayo, podrá ser designado como Gerente de una entidad descentralizada del mismo departamento? Rad. 12623/2006 (Radicación. EE813 de 08-feb-07).

“... no podrán ser designados funcionarios de la correspondiente entidad territorial, los cónyuges o compañeros permanentes de los diputados, ni sus parientes en el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil; por consiguiente, en criterio de esta Oficina se considera que el cuñado (segundo grado de afinidad) de un Diputado del Departamento de Putumayo, no se encuentra inmerso en el régimen de inhabilidades e incompatibilidades para ser designado como Gerente de una entidad descentralizada del mismo departamento”.

Concepto DAFP

¿El hermano de un Alcalde que forma parte de la Asamblea Corporativa de la Corporación Autónoma Regional del Guavio, puede ser nombrado en la misma Corporación? Rad. 3418/2007. (Radicación. EE2621 de 03-abr-07).

“... teniendo en cuenta que la designación del representante legal de la Corporación la efectúa el Consejo Directivo y no la Asamblea Corporativa de la entidad de la cual hace parte su pariente y en atención a lo señalado por la Corte Constitucional en cuanto a que las inhabilidades, como las demás calidades, exigencias o requisitos que deben reunir los candidatos para efectos de su incorporación al servicio del Estado, deben estar consagradas en forma expresa y clara en el estatuto general que rige la función pública y son taxativas y de interpretación restrictiva,... se considera que el hermano del alcalde, el cual hace parte de la Asamblea Corporativa, no está inhabilitado para vincularse como empleado en la Corporación Autónoma Regional del Guavio”.

Inhabilidades de directores, gerentes y miembros de juntas directivas de entidades descentralizadas del orden territorial.

Fundamento Legal

- **Ley 489 de 1998.**

“**Artículo 79.** RÉGIMEN DISCIPLINARIO DE LOS MIEMBROS DE LOS CONSEJOS Y DE LOS REPRESENTANTES LEGALES DE LOS ESTABLECIMIENTOS PÚBLICOS. Además de lo dispuesto en la Constitución Política sobre **inhabilidades** de los congresistas, diputados y concejales, para ser miembro de los consejos directivos, director, gerente o presidente de los establecimientos públicos, se tendrán en cuenta las prohibiciones, incompatibilidades y sanciones previstas en el Decreto-ley 128 de 1976, la Ley 80 de 1993 y demás normas concordantes que las modifiquen o sustituyan.

Artículo 102. *INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES.* *Los representantes legales y los miembros de los consejos y juntas directivas de los establecimientos públicos, de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta en las que la Nación o sus entidades posean el noventa por ciento (90%) o más de su capital social y de las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios, estarán sujetos al régimen de inhabilidades, incompatibilidades, y responsabilidades previstas en el Decreto 128 de 1976 y demás normas que lo modifiquen o adicionen”.*

- **La Ley 734 de 2002,** Código Disciplinario Único, señala:

“**Artículo 41.** *EXTENSIÓN DE LAS INHABILIDADES, INCOMPATIBILIDADES E IMPEDIMENTOS.* Las inhabilidades, incompatibilidades e impedimentos señalados en la ley para los gerentes, directores, rectores, miembros de juntas directivas y funcionarios o servidores públicos de las empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, se hacen extensivos a las mismas autoridades de los niveles departamental, distrital y municipal”.

- **Decreto 128 de 1976.**

“**Artículo 3o.** DE QUIÉNES NO PUEDEN SER ELEGIDOS O DESIGNADOS MIEMBROS DE JUNTAS O CONSEJEROS, GERENTES O DIRECTORES. Además de los impedimentos o inhabilidades que consagren las disposiciones vigentes, no podrán ser elegidos miembros de Juntas o Consejos Directivos, ni Gerentes o Directores quienes:

- a. Se hallen en interdicción judicial;
- b. Hubieren sido condenados por delitos contra la administración pública, la administración de justicia o la fe pública, o condenados a pena privativa de la libertad por cualquier delito, exceptuados los culposos y los políticos;
- c. Se encuentren suspendidos en el ejercicio de su profesión o lo hubieren sido por falta grave o se hallen excluidos de ella;
- d. Como empleados públicos de cualquier orden hubieren sido suspendidos por dos veces o destituidos;
- e. Se hallaren en los grados de parentesco previstos en el artículo 8o. de este Decreto;
- f. Durante el año anterior a la fecha de su nombramiento hubieren ejercido el control fiscal en la respectiva entidad.

Artículo 4o. DE LAS PROHIBICIONES A LOS FUNCIONARIOS DE LA CONTRALORÍA. No podrán hacer parte de las Juntas a que se refiere el presente Decreto quienes sean funcionarios o empleados de la Contraloría General de la República, excepción hecha de quienes por estatutos u otras normas asistan a los mismos con derecho a voz pero no a voto”.

“**Artículo 8o.** DE LAS INHABILIDADES POR RAZÓN DEL PARENTESCO. Los miembros de las Juntas o Consejos Directivos no podrán hallarse entre sí ni con el Gerente o Director de la respectiva entidad, dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil. Habrá lugar a modificar la

última elección o designación que se hubiere hecho, si con ella se violó la regla aquí consignada”.

“Artículo 10. DE LA PROHIBICIÓN DE PRESTAR SERVICIOS PROFESIONALES. Los miembros de las Juntas o Consejos, durante el ejercicio de sus funciones y dentro del año siguiente a su retiro, y los Gerentes o Directores, dentro del período últimamente señalado, no podrán prestar sus servicios profesionales en la entidad en la cual actúa o actuaron ni en las que hagan parte del sector administrativo al que aquella pertenece.

Artículo 11. DE LA PROHIBICIÓN DE DESIGNAR FAMILIARES. Las Juntas y los Gerentes o Directores no podrán designar para empleos en la respectiva entidad a quienes fueren cónyuges de los miembros de aquellas o de estos o se hallaren con los mismos dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil”.

Concepto DAFP

¿Un ex miembro de la Junta Directiva de una Empresa Social del Estado -E.S.E-, puede ser elegido como Gerente de la misma entidad? Rad. 14566/2004. (Radicación. EE11609 03/12/2004).

“...el ex miembro de la Junta Directiva de una Empresa Social del Estado está inhabilitado para ser nombrado como Gerente de la misma Entidad, ya que el artículo 10 del Decreto 128 de 1976, estableció que los miembros de las juntas o consejos, durante el ejercicio de sus funciones y dentro del año siguiente a su retiro, no podrán prestar sus servicios profesionales en la entidad en la cual actuó”.

Concepto DAFP

¿Una persona que ha sido condenada a prisión por porte de drogas alucinógenas puede ser miembro de la Junta Directiva de una Empresa Social del Estado? Rad. 12679/2005. (Radicación. EE10741 de 24-nov-05).

“...atendiendo a lo expresamente señalado en el Decreto Ley 128 de 1978, no podrá ser designado miembro de una Junta Directiva de una Empresa Social del Estado quien hubiere sido condenado a pena privativa de la libertad por cualquier delito, exceptuados los culposos y los políticos”.

Concepto DAFP

¿Una persona que tiene una inhabilidad especial en curso decretada por la Procuraduría General de la Nación, está inhabilitada para ser elegido. Director de Corporación Autónoma Regional? Rad 11777/2006 (Radicación. EE261 de 17-ene-07).

“... para ejercer un empleo público se requiere no encontrarse en estado de interdicción judicial o inhabilitado por una sanción disciplinaria o penal, o suspendido en el ejercicio de su profesión o excluido de esta, cuando el cargo a desempeñar se relacione con la misma.

En este orden de ideas y teniendo en cuenta los datos suministrados en la consulta, si en la preselección de los candidatos a ser elegidos como Director de la Corporación Autónoma, uno de los pasos es la Valoración de las Hojas de vida con los correspondientes antecedentes disciplinarios, fiscales y judiciales, ...se considera que la persona que reporte sanción disciplinaria en el Sistema de Información SIRI de la Procuraduría General de la Nación que genere inhabilidad para desempeñar cargos públicos, dicha persona no podrá participar en la elección de Director de la Corporación, así la sanción termine antes de que se inicie el periodo para el cual va a ser nombrado”.

Incompatibilidades

Qué se entiende por incompatibilidades

La incompatibilidad ha sido definida jurisprudencialmente como “imposibilidad jurídica de coexistencia de dos actividades”.

La Corte Constitucional ha señalado en relación a las consecuencias de la incompatibilidad, que “...si en ella se incurre, el propio ordenamiento contempla la imposición de sanciones que en su forma más estricta llevan a la separación del empleo que se viene desempeñando. En nuestro sistema, por ejemplo, la violación del régimen de incompatibilidades por parte de los congresistas ocasiona la pérdida de la investidura (artículo 183, numeral 1, de la Constitución) y, además, en cuanto sea pertinente, está sujeta a la imposición de las sanciones penales que la ley contempla.

Resulta consecuente con los indicados propósitos la norma del artículo 181 de la Constitución, a cuyo tenor las incompatibilidades de los congresistas tendrán vigencia durante el período constitucional respectivo y, en caso de renuncia, se mantendrán durante el año siguiente a su aceptación, si el lapso que faltare para el vencimiento del período fuere superior.”⁹

⁹ Sentencia No. C-349 de 1994, Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

Además, la Corte expresó:

“De ahí que las incompatibilidades legales tengan como función primordial preservar la probidad del servidor público en el desempeño de su cargo, al impedirle ejercer simultáneamente actividades o empleos que eventualmente puedan llegar a entorpecer el desarrollo y buena marcha de la gestión pública. Igualmente, cumplen la misión de evitar que se utilice su cargo de elección popular para favorecer intereses de terceros o propios en desmedro del interés general y de los principios que rigen la función pública”¹⁰.

Incompatibilidades comunes a todos los Servidores Públicos

Fundamento legal

- **Constitución Política.**

“**Artículo 127.** Los servidores públicos no podrán celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales”.

A los empleados del Estado que se desempeñen en la rama judicial, en los órganos electorales, de control y de seguridad les está prohibido tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos y en las controversias políticas, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho al sufragio. A los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo se les aplican las limitaciones contempladas en el artículo 219 de la Constitución.

Los empleados no contemplados en esta prohibición solo podrán participar en dichas actividades y controversias en las condiciones que señale la Ley Estatutaria.

La utilización del empleo para presionar a los ciudadanos a respaldar una causa o campaña política constituye causal de mala conducta”.

Nota. Incisos 2 y 3 modificados por el **Acto Legislativo 02 de 2004 art. 1º**

Artículo 128. Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que ten-

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-426 de 1996. Magistrado Ponente Doctor Hernando Herrera Vergara.

ga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley.

Entiéndese por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas.

Artículo 129. Los servidores públicos no podrán aceptar cargos, honores o recompensas de gobiernos extranjeros u organismos internacionales, ni celebrar contratos con ellos, sin previa autorización del Gobierno”.

- **Ley 734 de 2002.**

“Artículo 39. OTRAS INCOMPATIBILIDADES. Además, constituyen incompatibilidades para desempeñar cargos públicos, las siguientes:

1. Para los gobernadores, diputados, alcaldes, concejales y miembros de las juntas administradoras locales, en el nivel territorial donde hayan ejercido jurisdicción, desde el momento de su elección y hasta cuando esté legalmente terminado el período:

a) Intervenir en nombre propio o ajeno en asuntos, actuaciones administrativas o actuación contractual en los cuales tenga interés el departamento, distrito o municipio correspondiente, o sus organismos;

b) Actuar como apoderados o gestores ante entidades o autoridades disciplinarias, fiscales, administrativas o jurisdiccionales.

2. Para todo servidor público, adquirir o intervenir directa o indirectamente, en remate o venta de bienes que se efectúen en la entidad donde labore o en cualquier otra sobre la cual se ejerza control jerárquico o de tutela o funciones de inspección, control y vigilancia. Esta prohibición se extiende aun encontrándose en uso de licencia”.

“Artículo 41. EXTENSIÓN DE LAS INHABILIDADES, INCOMPATIBILIDADES E IMPEDIMENTOS. Las inhabilidades, incompatibilidades e impedimentos señalados en la ley para los gerentes, directores, rectores, miembros de juntas directivas y funcionarios o servidores públicos de las empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, se hacen

extensivos a las mismas autoridades de los niveles departamental, distrital y municipal.”

- **Ley 4 de 1992.**

“**Artículo 19.** Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado. **Exceptúanse las siguientes asignaciones:**

a) Las que reciban los profesores universitarios que se desempeñen como asesores de la Rama Legislativa;

b) Las percibidas por el personal con asignación de retiro o pensión militar o policial de la Fuerza Pública;

c) Las percibidas por concepto de sustitución pensional;

d) Los honorarios percibidos por concepto de hora-cátedra;

e) Los honorarios percibidos por concepto de servicios profesionales de salud;

f) Los honorarios percibidos por los miembros de las Juntas Directivas, en razón de su asistencia a las mismas, siempre que no se trate de más de dos juntas;

g) Las que a la fecha de entrar en vigencia la presente Ley beneficien a los servidores oficiales docentes pensionados.

PARÁGRAFO. No se podrán recibir honorarios que sumados correspondan a más de ocho (8) horas diarias de trabajo a varias entidades”.

- **La Procuraduría General de la Nación en la Directiva Unificada No. 003 de enero 27 de 2006**, mediante la cual se imparten instrucciones a los servidores públicos en relación con las jornadas electorales del año 2006, correspondientes a Congreso de la República, Presidente y Vicepresidente de la República, señaló:

“1. Intervención de Servidores Públicos en política

1.1. A los servidores públicos que se desempeñen en la rama judicial, en los órganos electorales, de control y de seguridad, les está prohibido tomar parte en las actividades de los partidos y movi-

mientos políticos y en las controversias políticas, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho al sufragio (artículo 127 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo 02 de 2004).

1.2. Mientras el legislador no expida la ley estatutaria que establezca las condiciones en que se permitirá la participación en política de los servidores públicos distintos a los enunciados anteriormente, ningún servidor público podrá tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos políticos y en las controversias políticas, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho al sufragio.

En consecuencia, ningún servidor público podrá intervenir en política (artículo 127 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo 02 de 2004. Inexequibilidad del artículo 37 de la Ley 996 de 2005)”.

Jurisprudencia

✓ La Corte Constitucional, Sentencia C-133 de 1993, abril 1º, Magistrado Ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa, señaló:

“Si bien es cierto que en el artículo 128 C.P. se consagra una incompatibilidad, no lo es menos que esta se encuentra en íntima relación de conexidad con la remuneración de los servidores estatales; basta ver que en ella se prohíbe la concurrencia de dos o más cargos públicos en una misma persona, tanto como recibir más de una asignación que provenga del erario público. El término ‘asignación’ comprende toda clase de remuneración que emane del tesoro público, llámese sueldo, honorario, mesada pensional, etc....”.

✓ **La Corte Constitucional mediante Sentencia C-206 de 2003**, Magistrado Doctor EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, respecto a la aplicación de la Ley 269 de 1996, expresó:

(...)

7º La ley 269 de 1996 se basa en la necesidad de garantizar el servicio de salud de manera permanente. Por eso fue permitido por el Congreso que el personal asistencial tuviera la posibilidad excepcional de desempeñar más de un empleo público. El legislador consideró entonces necesario dar un tratamiento distinto al personal que presta servicios asistenciales cuando amplió la jornada laboral para personas con doble empleo, pero la mantuvo dentro

de un límite. De lo contrario, si no se permitiera la ampliación de las horas de trabajo, la norma carecería de sentido y no cumpliría la finalidad propuesta en cuanto a la ampliación de cobertura y la prestación del servicio de manera ininterrumpida. Sólo permitir el doble empleo no sería suficiente para ampliar la jornada laboral y así responder a las necesidades de cobertura.

Esta disposición flexibiliza entonces las condiciones laborales del personal asistencial que presta servicios de salud en las entidades de derecho público, al permitir más de una vinculación con el sector oficial, mientras no exista cruce de horarios, a fin de garantizar el acceso permanente al servicio público de salud. Así fue expresado en los antecedentes legislativos de la Ley 269 de 1996. En la Gaceta del Congreso No. 170 del jueves 6 de octubre de 1994 que contiene la exposición de motivos del proyecto que culminó con esta ley, el ministro que presentó el proyecto afirmó la necesidad de esta normativa, en los siguientes términos:

“Las entidades hospitalarias han organizado la vinculación del personal para el cubrimiento del servicio mediante el sistema de turnos o tiempos parciales, inclusive hora mes, lo que conlleva las varias vinculaciones laborales a diferentes instituciones o a las mismas, ya sea por contrato de prestación de servicios, ya sea por nombramiento. Era necesario autorizar que recibieran honorarios provenientes del tesoro público, si las actividades son realizadas en horarios distintos a los previstos para el desempeño de los empleos en entidades estatales.

*En tal contexto, **el legislador impuso un límite de horas a fin de proteger a los empleados del sector salud para que su doble vinculación no significara una jornada laboral que pudiese arriesgar su salud o la de los pacientes.** Siendo claro el ámbito de regulación que el título plantea, el texto no ofrece dudas sobre el alcance de las normas que contiene la ley y los trabajadores a los que se aplican sus regulaciones, incluyendo obviamente el inciso acusado”.*

Concepto DAFP

¿Puede un profesional de la salud empleado de una entidad del Estado, tener otra vinculación laboral o contractual en otras instituciones o en la misma Empresa? Rad. 1630/2007 (Radicación. EE1638 de 02-mar-07).

“...el empleado que tiene una relación laboral en el área de la salud con una entidad del Estado, podrá percibir otra asignación del erario público siempre que la misma provenga de las excepciones establecidas en el artículo 19 de la Ley 4 de 1992, como es el caso de los honorarios percibidos por concepto de servicios profesionales de salud, u honorarios percibidos por los docentes que presten el servicio a una Universidad o Institución de Educación Superior del Estado, mediante el sistema de hora cátedra.

En este orden de ideas, en concepto de esta Dirección se considera que no hay impedimento legal para que un profesional de la salud (Médico, odontólogo, bacteriólogo, ginecólogo, enfermero, etc.) que presta sus servicios a una Entidad del Estado, se vincule con otra institución, siempre y cuando se den los requisitos exigidos por la Ley; además, que no haya cruce de horario, en caso contrario se violaría el deber legal de dedicar la totalidad del tiempo reglamentario de trabajo al desempeño de las funciones encomendadas, propias del cargo”.

Concepto DAFP

¿Puede un empleado público del Estado ejercer la docencia simultáneamente con su cargo en otra institución pública (institución universitaria)? Rad. 10182/2006 (Radicación. EE6810 de 10-ago-06).

“...la persona que tiene una relación laboral con una entidad del Estado, podrá percibir otra asignación del erario público siempre que la misma provenga de las excepciones establecidas en el artículo 19 de la Ley 4 de 1992, como es el caso de los honorarios percibidos por los docentes que presten el servicio a una Universidad o Institución de Educación del Estado, mediante el sistema de hora cátedra.

Si bien la ley permite a un empleado público percibir simultáneamente honorarios por hora cátedra con el salario correspondiente a su empleo, ... esta tendrá que realizarse en horas no laborables, en caso contrario se violaría el deber legal de dedicar la totalidad del tiempo reglamentario de trabajo al desempeño de las funciones encomendadas, propias del cargo.

*Los horarios de labores adicionales a la jornada, como lo expresa el parágrafo de la citada Ley, no podrán ser superiores al equivalente a ocho (8) horas de trabajo, que es el límite establecido a este servicio por día, **ni podrá tampoco haber cruce de horario.***

*En el evento de que el horario de la hora cátedra sea coincidente con la jornada laboral, ... el funcionario **deberá** solicitar el permiso correspondiente el cual se **podrá conceder a juicio de la Administración**, teniendo en cuenta las necesidades o requerimientos del servicio, observándose la compensación del tiempo respectivo.*

Incompatibilidades de los Congresistas

Fundamento Legal

- **Constitución Política.**

“**Artículo 180.** Los congresistas no podrán:

1. Desempeñar cargo o empleo público o privado.

2. Gestionar, en nombre propio o ajeno, asuntos ante las entidades públicas o ante las personas que administren tributos, ser apoderados ante las mismas, celebrar con ellas, por sí o por interpuesta persona, contrato alguno. La ley establecerá las excepciones a esta disposición.

3. <Numeral modificado por el artículo 2o. del Acto Legislativo No. 3 de 1993> Ser miembro de juntas o consejos directivos de entidades oficiales descentralizadas de cualquier nivel o de instituciones que administren tributos.

4. Celebrar contratos o realizar gestiones con personas naturales o jurídicas de derecho privado que administren, manejen o inviertan fondos públicos o sean contratistas del Estado o reciban donaciones de este. Se exceptúa la adquisición de bienes o servicios que se ofrecen a los ciudadanos en igualdad de condiciones.

PARÁGRAFO 1o. Se exceptúa del régimen de incompatibilidades el ejercicio de la cátedra universitaria.

PARÁGRAFO 2o. El funcionario que en contravención del presente artículo, nombre a un Congresista para un empleo o cargo o celebre con él un contrato o acepte que actúe como gestor en nombre propio o de terceros, incurrirá en causal de mala conducta”.

“**Artículo 181.** Las incompatibilidades de los congresistas tendrán vigencia durante el período constitucional respectivo. En caso de renuncia, se mantendrán durante el año siguiente a su aceptación, si el lapso que faltare para el vencimiento del período fuere superior.

Quien fuere llamado a ocupar el cargo, quedará sometido al mismo régimen de inhabilidades e incompatibilidades a partir de su posesión”.

“**Artículo 261.** Artículo modificado por el artículo 2o. del Acto Legislativo No. 3 de 1993. (...).

PARÁGRAFO 1o. Las inhabilidades e **incompatibilidades** previstas en la Constitución Nacional y las leyes, se extenderán en igual forma a quienes asuman las funciones de las faltas temporales durante el tiempo de su asistencia”.

- **Ley 5 de 1992.**

“**Artículo 281. CONCEPTO DE INCOMPATIBILIDAD.** Las incompatibilidades son todos los actos que no pueden realizar o ejecutar los Congresistas durante el período de ejercicio de la función.

Artículo 282. MANIFESTACIONES DE LAS INCOMPATIBILIDADES. Los Congresistas no pueden:

1. Desempeñar cargo o empleo público o privado.
2. Gestionar, en nombre propio o ajeno, asuntos ante las entidades públicas o ante las personas que administren tributos, ser apoderados ante las mismas, celebrar con ellas, por sí o por interpuesta persona, contrato alguno; con las excepciones que establezca la ley.
3. Ser miembros de juntas o consejos directivos de entidades descentralizadas de cualquier nivel o de instituciones que administren tributos.
4. Celebrar contratos o realizar gestiones con personas naturales o jurídicas de derecho privado que administren, manejen o inviertan fondos públicos o sean contratistas del Estado o reciban donaciones de este.

Artículo 283. EXCEPCIÓN A LAS INCOMPATIBILIDADES. Las incompatibilidades constitucionales no obstan para que los Congresistas puedan directamente o por medio de apoderado:

1. Ejercer la cátedra universitaria.
2. Cumplir las diligencias o actuaciones administrativas y jurisdiccionales en las cuales, conforme a la ley y en igualdad de condiciones, tengan interés, o su cónyuge, o compañero o compañera

permanente, o sus padres, o sus hijos. (Numeral declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-985-99 del 9 de diciembre de 1999, Magistrado Ponente Dr. Álvaro Tafur Galvis).

3. Formular reclamos por el cobro de impuestos fiscales o parafiscales, contribuciones, valorizaciones, tasas o multas que graven a las mismas personas. (Numeral declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-985-99 del 9 de diciembre de 1999, Magistrado Ponente Dr. Álvaro Tafur Galvis).

4. Usar los bienes y servicios que el Estado ofrezca en condiciones comunes a los que le soliciten tales bienes y servicios.

5. Dirigir peticiones a los funcionarios de la Rama Ejecutiva para el cumplimiento de sus obligaciones constitucionales. (Numeral declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-985-99 del 9 de diciembre de 1999, Magistrado Ponente Dr. Álvaro Tafur Galvis).

6. Adelantar acciones ante el Gobierno en orden a satisfacer las necesidades de los habitantes de sus circunscripciones electorales. (Declarado CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-497-94 del 3 de noviembre de 1994, Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo).

7. Declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-497-94 del 3 de noviembre de 1994, Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

8. Intervenir, gestionar o convenir en todo tiempo, ante los organismos del Estado en la obtención de cualquier tipo de servicios y ayudas en materia de salud, educación, vivienda y obras públicas para beneficio de la comunidad colombiana. (Numeral declarado CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-497-94 del 3 de noviembre de 1994, Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo).

9. Participar en los organismos directivos de los partidos o movimientos políticos que hayan obtenido personería jurídica de

acuerdo con la ley. (Numeral declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-985-99 del 9 de diciembre de 1999, Magistrado Ponente Dr. Álvaro Tafur Galvis).

10. Siendo profesional de la salud, prestar ese servicio cuando se cumpla en forma gratuita. (Numeral declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-985-99 del 9 de diciembre de 1999, Magistrado Ponente Dr. Álvaro Tafur Galvis).

11. Participar en actividades científicas, artísticas, culturales, educativas y deportivas. (Numeral declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-985-99 del 9 de diciembre de 1999, Magistrado Ponente Dr. Álvaro Tafur Galvis).

12. Pertenecer a organizaciones cívicas y comunitarias. (Numeral declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-985-99 del 9 de diciembre de 1999, Magistrado Ponente Dr. Álvaro Tafur Galvis).

13. Las demás que establezca la ley. (Numeral declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-985-99 del 9 de diciembre de 1999, Magistrado Ponente Dr. Álvaro Tafur Galvis).

Artículo 284. VIGENCIA DE LAS INCOMPATIBILIDADES. Las incompatibilidades tendrán vigencia durante el período constitucional respectivo. En caso de renuncia se mantendrán durante el año siguiente a su aceptación, si el lapso que faltare para el vencimiento del período fuere superior”.

Jurisprudencia

✓ **La Corte Constitucional Sentencia C-985 de 1999, respecto a las incompatibilidades de los congresistas, señaló:**

“CONGRESISTA-Excepción al régimen de incompatibilidades

En el caso de los numerales materia de revisión, la Corte no encuentra que las excepciones allí previstas desconozcan la norma constitucional en cita, por cuanto las mismas, en los casos de los numerales 2 y 3, aluden a situaciones que afectan al congresista

como persona o a sus parientes, que requieren de su intervención directa o a través de apoderado para la defensa y protección de sus derechos e intereses personales o familiares. En concreto, estas disposiciones buscan garantizar un debido proceso judicial y administrativo, según el caso, y el derecho a la defensa, mediante la autorización, apenas natural, de cumplir diligencias judiciales y administrativas, de conformidad con la ley, y de formular, en ejercicio del derecho de petición, reclamos por el cobro de tributos. Los numerales acusados constituyen desarrollo de las atribuciones conferidas por la Carta Política al legislador, para establecer excepciones al régimen de incompatibilidades del congresista. Pero además, porque las mismas, o bien tienen relación directa con las prohibiciones contenidas en el numeral 2° del artículo 180 de la Constitución, o constituyen desarrollo de normas constitucionales que reconocen derechos en cabeza de las personas, que no pueden generar como consecuencia para el congresista, incompatibilidades en el ejercicio de su investidura”.

✓ ***El Consejo de Estado mediante concepto Radicación No. 1.791 de 30 de noviembre de 2006, Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo, respecto a las incompatibilidades de los congresistas, señaló:***

“Tratándose de congresistas en ejercicio de sus funciones, entendiéndose por tales a quienes fueron elegidos o han sido llamados como miembros del Congreso, el artículo 180 de la Constitución Política enumera las actividades que no pueden realizar, que en la ley 58 de 1992, artículos 281 y 282, se definen como incompatibilidades. Dicen las normas en cita:

Constitución Política:

“Artículo 180. Los congresistas no podrán:

- 1. Desempeñar cargo o empleo público o privado.*
- 2. Gestionar, en nombre propio o ajeno, asuntos ante las entidades públicas o ante las personas que administren tributos, ser apoderados ante las mismas, celebrar con ellas, por sí o por interpuesta persona, contrato alguno. La ley establecerá las excepciones a esta disposición.*
- 3. Ser miembro de juntas o consejos directivos de entidades oficiales descentralizadas de cualquier nivel o de instituciones que administren tributos.*

4. Celebrar contratos o realizar gestiones con personas naturales o jurídicas de derecho privado que administren, manejen o inviertan fondos públicos o sean contratistas del Estado o reciban donaciones de este. Se exceptúa la adquisición de bienes o servicios que se ofrecen a los ciudadanos en igualdad de condiciones.

Parágrafo 1. Se exceptúa del régimen de incompatibilidades el ejercicio de la cátedra universitaria.

Parágrafo 2. El funcionario que en contravención del presente artículo, nombre a un Congresista para un empleo o cargo o celebre con él un contrato o acepte que actúe como gestor en nombre propio o de terceros, incurrirá en causal de mala conducta”.

• **Ley 5ª de 1992.**

“Artículo 281: Concepto de incompatibilidad. Las incompatibilidades son todos los actos que no pueden realizar o ejecutar los Congresistas durante el periodo de ejercicio de la función”.

“Artículo 282: Manifestaciones de las incompatibilidades. Los Congresistas no pueden:

- 1. Desempeñar cargo o empleo público o privado.*
- 2. Gestionar, en nombre propio o ajeno, asuntos ante las entidades públicas o ante las personas que administren tributos, ser apoderados ante las mismas, celebrar con ellas, por sí o por interpuesta persona, contrato alguno; con las excepciones que establezca la ley.*
- 3. Ser miembros de juntas o consejos directivos de entidades descentralizadas de cualquier nivel o de instituciones que administren tributos.*
- 4. Celebrar contratos o realizar gestiones con personas naturales o jurídicas de derecho privado que administren, manejen o inviertan fondos públicos o sean contratistas del Estado o reciban donaciones de este”.*

“Respecto de la causal en comento son dos los elementos que, en criterio de la Sala, deben ser considerados: el de empleo público y el de su desempeño.

a) El concepto de empleo público:

Actualmente el artículo 19 de la ley 909 del 2004 se refiere al empleo público como “el núcleo básico de la estructura de la función

pública” y lo define como “el conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado”.

La jurisprudencia constitucional tiene identificados como elementos esenciales del empleo público: “(i) la clasificación y la nomenclatura; (ii) las funciones asignadas; (iii) los requisitos exigidos para desempeñarlo; (iv) la autoridad con que se inviste al titular del mismo para cumplir las funciones del cargo; (v) la remuneración correspondiente; y (vi) su incorporación en una planta de personal.

b) El significado y alcance del verbo desempeñar:

En su tenor literal las disposiciones contenidas en el numeral 1 de los artículos 180 constitucional y 282 de la ley 53 de 1992, son claras, de manera que es suficiente acudir al significado gramatical del verbo rector de la conducta prohibida: “desempeñar”, del cual trae el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española varias acepciones, entre ellas: Cumplir las obligaciones inherentes a una profesión, cargo u oficio; ejercerlos, o Actuar, trabajar, dedicarse a una actividad.

Es pertinente agregar que la primera acepción del verbo ejercer, es Practicar los actos propios de un oficio, facultad o profesión, y que sobre el verbo cumplir, dice la obra en cita que referido a una persona es hacer aquello que debe o a lo que está obligado. Vale decir que en el sentido lato de las palabras, desempeñar el cargo o empleo es actuar ejerciendo las funciones que a este corresponden.

Desde el punto de vista jurídico, la Constitución colombiana exige para el ejercicio de un cargo público, tomar posesión del mismo, acto que incorpora el juramento de “desempeñar los deberes que le incumben”.

En esa perspectiva, la incompatibilidad que la Constitución y la ley consagran en las normas antes transcritas respecto de los Congresistas, sólo se concreta si, encontrándose en ejercicio de su investidura, ejercen las funciones de un empleo, que, si es público, configura la incompatibilidad desde el acto mismo de la posesión.

Tal ha sido la interpretación tradicionalmente acogida por la jurisprudencia, cuando por vía contenciosa o en sede de tutela ha revisado la causal y su aplicación práctica en los casos de pérdida de investidura; sin perjuicio de considerar por lo menos cuatro sentidos de la noción de “desempeñar” en el numeral 1 del artículo 180 constitucional, pero se reitera, privilegiando el que atañe a las acciones u omisiones propias del ejercicio de un empleo.

A lo anterior se agrega que la jurisprudencia contencioso administrativa ha sido igualmente constante en el sentido de diferenciar los conceptos de empleo y cargo, según se trate de un vínculo laboral, legal o contractual, o se trate de una dignidad o encargo, caso este último que puede ubicarse dentro de la causal analizada si su cumplimiento implica “una afectación a la labor que debe cumplir el congresista o un conflicto de intereses...”, pues, atendidos sus antecedentes en la Asamblea Constituyente, “lo que prohíbe el numeral 1 del Art. 180 de la Constitución es el desempeño, la dinámica que comporta el ejercicio de un cargo o empleo; es la gestión, el desarrollo de unas funciones que estorben el cumplimiento de las tareas legislativas y de las demás atribuciones que corresponden a un ciudadano elegido para integrar el Congreso de la República, o que se utilice para ejercer tráfico de influencias...”.

Con relación al desempeño del cargo también debe tenerse presente el período durante el cual aplica la incompatibilidad, que al tenor de la Carta Política, artículo 181, será el del ejercicio del cargo, y en caso de renuncia, se mantendrá por el año siguiente al de la aceptación de esta.

De manera que a la luz de su régimen vigente de incompatibilidades, el congresista que aspire a desempeñar un cargo o empleo público o privado debe renunciar a su investidura, para que transcurrido un año desde la fecha en que dicha renuncia le sea aceptada, pueda entrar a ejercer el cargo o empleo, esto es, a desempeñarlo.

*Ahora bien, tratándose de cargos públicos, entra en juego la circunstancia de que algunos de ellos tienen establecido por el ordenamiento constitucional o legal, un período institucional y una fecha de inicio del mismo. En este caso, la exigencia normativa que inhibe la causal de **incompatibilidad** atañe a que la renuncia de la*

investidura debe quedar debidamente aceptada un año antes, por lo menos, de la fecha en que deberá tomarse posesión del empleo público, precisamente porque la posesión es determinante del desempeño.

“(...)”

“Con base en las premisas anteriores, la Sala RESPONDE:

1. Las inhabilidades de que trata el artículo 30 de la ley 617 del 2000, están referidas a las personas que, teniendo o no la calidad de congresistas, aspiran a inscribirse y a ser elegidas o designadas para ejercer el cargo de gobernadores de departamentos. A los congresistas, por el solo hecho de serlo, no se les aplica el numeral 3° del artículo 30 de la ley en cita, puesto que ellos, jurídicamente son miembros de corporación pública de elección popular y no empleados públicos, de conformidad con la clasificación constitucional del concepto de ‘servidores públicos’.

2. Dado que para los congresistas está consagrado, como incompatibilidad, el desempeño de un empleo público, la aspiración al cargo de gobernador, entendida como la inscripción para participar en los respectivos comicios electorales, no exige renuncia de su investidura.

3. Sí; el congresista que aspire a presentarse a las elecciones de gobernador, deberá renunciar a su investidura y esta renuncia deberá quedar debidamente aceptada en una fecha que anteceda, por lo menos un año, al 1° de enero del 2008, pues ese día inicia el período institucional de los gobernadores”.

Incompatibilidades del Alcalde del Distrito Capital

Fundamento Legal

- **Decreto 1421 de 1993.**

“Artículo 37. INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Al alcalde mayor se le aplicará el régimen de inhabilidades e incompatibilidades establecido por la Constitución y las leyes para el Presidente de la República”.

- **Ley 617 de 2000.**

“Artículo 39. Duración de las incompatibilidades del alcalde municipal distrital. Las incompatibilidades de los alcaldes municipales y distritales a que se refieren los numerales 1 y 4, tendrán vigencia durante el período constitucional y hasta doce (12) meses después del vencimiento del mismo o de la aceptación de la renuncia. En el caso de la incompatibilidad a que se refiere el numeral 7 tal término será de veinticuatro (24) meses en la respectiva circunscripción. El mismo régimen de inhabilidades e incompatibilidades regirá para el Distrito Capital de Santafé de Bogotá, D.C.”

“Artículo 60. INHABILIDADES, INCOMPATIBILIDADES Y PROHIBICIONES PARA EL ALCALDE MAYOR, LOS CONCEJALES, LOS EDILES, EL CONTRALOR Y EL PERSONERO DE SANTA FE DE BOGOTÁ DISTRITO CAPITAL. Las disposiciones en materia de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones para ser elegido a cargo o corporación de elección popular para el nivel municipal y distrital contenidas en el Capítulo Quinto de la presente ley, rigen para Santa Fe de Bogotá, Distrito Capital”. (Este artículo fue declarado exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-837-2001).

Jurisprudencia

✓ **El Consejo de Estado en concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil**, de abril 26 de 2001, Consejero Ponente Doctor Flavio Augusto Rodríguez Arce en consulta radicada con el No. 1347 del 26 de abril de 2001, respecto a las incompatibilidades del Alcalde, señaló:

“No sobra recordar que está prohibido: a los gobernadores y alcaldes “desempeñar simultáneamente otro cargo o empleo público o privado (arts. 32.6 y 38.6); a los diputados, concejales y miembros de juntas administradoras locales “ser miembros de juntas o consejos directivos del sector central (sic) o descentralizado de cualquier nivel (sic) del respectivo departamento, o de instituciones que administren tributos, tasas o contribuciones procedentes del mismo” – los dos últimos conceptos se refieren a los diputados, y “ser representante legal, miembro de juntas o consejos directivos, auditor o revisor fiscal, empleado o contratista de empresas que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social

en el respectivo departamento - municipio o distrito -" (arts. 34.3 y 5 ley 617/00, 45.3 y 126.3 ley 136/94, 41 y 44 ley 617/00). Esto significa que la materia del inciso primero, en cuanto a estos servidores, está expresamente reglamentada.

7. Los restantes incisos del proyecto propuesto por el gobierno coinciden con los finalmente aprobados y que aparecen en el artículo 49, salvo al tercero al cual se agregó la prohibición de ser "contratistas de ninguna de las entidades mencionadas en este inciso directa o indirectamente". El texto final aprobado eliminó el párrafo 1º del proyecto, referente a la nulidad de los nombramientos o designaciones hechos en contravención de lo dispuesto en el artículo propuesto.

8. Los gobernadores y alcaldes tampoco ven afectada su participación en los consejos seccionales o locales de los establecimientos públicos a que se refiere el artículo 75 de la ley 489 de 1998, por tratarse de órganos directivos diferentes a los entes descentralizados del orden departamental.

9. Debe precisarse que las normas relativas a la integración y funcionamiento de las juntas directivas de las entidades descentralizadas no han sido derogadas expresamente - decreto ley 1222 de 1986 y ley 489 de 1998, en lo que toca con las juntas locales de entidades nacionales; tampoco de manera tácita pues, tratándose de normas especiales dictadas para los efectos señalados, su vigencia no podría ser afectada por las normas generales de la ley 617 de 2000, cuya materia, por lo demás, resulta ajena a la composición de los órganos de dirección mencionados.

10. Tales las razones por las cuales, además de no contener el inciso primero del artículo 49 un precepto vinculante dada su absoluta incoherencia, de tenerlo no resultaría viable interpretarlo en un sentido que diera al traste con la indispensable participación del gobernador - presidiéndolas - en las juntas o consejos directivos de las entidades descentralizadas - establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales -, pues se desconocería, de manera grave, la autonomía y las atribuciones constitucionales de las entidades territoriales. Por tanto, a juicio de la Sala, el artículo 279 del decreto 1222 de 1986 se reputa vigente".

Incompatibilidades de los Concejales del Distrito Capital

Fundamento legal

- **Constitución Política.**

“**Artículo 261.** Artículo modificado por el artículo 2o. del Acto Legislativo No. 3 de 1993. “(...)”

PARÁGRAFO 1o. Las inhabilidades e **incompatibilidades** previstas en la Constitución Nacional y las leyes, se extenderán en igual forma a quienes asuman las funciones de las faltas temporales durante el tiempo de su asistencia.”

- **Decreto 1421 de 1993.**

“**Artículo 29. INCOMPATIBILIDADES.** Sin perjuicio de las actuaciones correspondientes a las funciones propias del cargo y del ejercicio del derecho de petición, está prohibido a los Concejales:

1. Gestionar, en nombre propio o ajeno, asuntos ante las entidades distritales o ser apoderados de las mismas o celebrar con ellas, por sí o por interpuesta persona, contrato alguno, y
2. Ser apoderados o defensores en los procesos en que sean parte el Distrito, sus entidades descentralizadas o cualesquiera otras personas jurídicas en las que aquel o estas tengan participación.

Para todos los efectos, las incompatibilidades de los concejales tendrán vigencia desde el momento de su elección hasta el vencimiento del período respectivo. En caso de renuncia se mantendrán durante el año siguiente a su aceptación; si el lapso que faltare para la terminación del período fuere superior. Quien fuere llamado a ocupar el cargo de concejal, quedará sometido al mismo régimen de incompatibilidades a partir de su posesión.

La infracción de lo dispuesto en este artículo constituye causal de mala conducta.

Artículo 30. EXCEPCIONES. Directamente o por medio de apoderado, los concejales podrán actuar:

1. En las diligencias o gestiones administrativas y judiciales en las cuales, conforme a la ley, ellos mismos, su cónyuge, compañera o compañero permanente, sus padres, sus hijos, tengan interés.
2. En los reclamos que presenten por el cobro de tributos, contribuciones, impuestos, sobretasas, tarifas y multas que graven a las mismas personas, y
3. En la celebración de aquellos contratos que las entidades distritales ofrezcan al público bajo condiciones comunes a todos los que lo soliciten. También podrán utilizar en las mismas condiciones los bienes y servicios distritales.

Artículo 31. PROHIBICIÓN DE NOMBRAR FAMILIARES. No podrán ser designados funcionarios de las entidades del distrito, los cónyuges, compañeros o compañeras permanentes de los concejales, ni sus parientes dentro del segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o primero civil, salvo en los cargos de Carrera Administrativa que se provean por concurso”.

- **Ley 617 de 2000.**

“Artículo 39. “(…)”

El mismo régimen de inhabilidades e incompatibilidades regirá para el Distrito Capital de Santafé de Bogotá, D.C”.

“Artículo 60. INHABILIDADES, INCOMPATIBILIDADES Y PROHIBICIONES PARA EL ALCALDE MAYOR, LOS CONCEJALES, LOS EDILES, EL CONTRALOR Y EL PERSONERO DE SANTA FE DE BOGOTÁ DISTRITO CAPITAL. Las disposiciones en materia de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones para ser elegido a cargo o corporación de elección popular para el nivel municipal y distrital contenidas en el Capítulo Quinto de la presente ley, rigen para Santa Fe de Bogotá, Distrito Capital”. (Este artículo fue declarado exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-837-2001).

Jurisprudencia

- ✓ El Consejo de Estado en sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo Radicación número: 15001-23-31-000-2003-

00005-01 del diecisiete (17) de octubre de dos mil tres (2003), respecto a las incompatibilidades de los concejales, señaló:

“La solicitud de pérdida de investidura se sustenta en que la concejal ... ha sido reelegida en la Mesa Directiva del Concejo de Santana en forma consecutiva, durante los años 2001 a 2003, con lo que, a criterio del actor, habría contravenido la prohibición establecida en el inciso final del artículo 28 de la Ley 136 de 1994 y que, según sostiene, se sanciona con pérdida de la investidura, por constituir causal de incompatibilidad al tenor de los artículos 55 numeral 2° de la Ley 136 de 1994 y 48 numerales 1° y 6° de la Ley 617 de 2000.

Sea lo primero reiterar que el régimen de incompatibilidades protege la dignidad y el recto ejercicio de la función pública, y se traduce en el señalamiento de ciertos actos o situaciones vedados a quien ostenta la investidura. Tratándose de los concejales, sus incompatibilidades son las establecidas en el artículo 45 de la Ley 136 (adicionado por el 41 de la Ley 617), tales como aceptar o desempeñar cargos en la administración pública, o actuar como apoderado ante las entidades del municipio. Si bien se mira, las incompatibilidades son actos o situaciones externas al ejercicio del cargo de Concejal, que se tienen por nocivas de su recto desempeño. A contrario sensu, la dignidad de miembro de la Mesa Directiva del Concejo es consecuencia de la de Concejal, pues, como es obvio, solamente los concejales pueden ser elegidos para dicha Mesa. Es, entonces, contradictorio erigir en incompatibilidad del cargo de Concejal aquello que apenas vendría a ser una de las posibles funciones de este. Siguese de lo expuesto que la prohibición de reelegir a los dignatarios de las mesas directivas de los concejos no constituye causal de pérdida de investidura.

Acertó, pues, el Tribunal al desestimar como causal de pérdida de investidura los cargos de violación a los artículos 6°, 121 a 123 y 261 de la Constitución Política y 48, numeral 17 de la Ley 734 de 2002, pues no corresponden a los supuestos fácticos de ninguna de las causales que acarrear esa consecuencia, según los artículos 55 de la Ley 136 y 48 de la Ley 617”.

Incompatibilidades de las juntas Administradoras Locales del Distrito Capital Fundamento Legal

- **Constitución Política.**

“**Artículo 261.** Artículo modificado por el artículo 2o. del Acto Legislativo No. 3 de 1993. “(...)”.

PARÁGRAFO 1o. Las inhabilidades e **incompatibilidades** previstas en la Constitución Nacional y las leyes, se extenderán en igual forma a quienes asuman las funciones de las faltas temporales durante el tiempo de su asistencia”.

- **Decreto 1421 de 1993.**

“**Artículo 68.** INCOMPATIBILIDADES. Sin perjuicio de que cumplan las actuaciones propias del cargo y del ejercicio del derecho de petición, los ediles no podrán gestionar, en nombre propio o ajeno, asuntos de cualquier clase ante las entidades públicas distritales ni ante las personas que administren tributos; ni ser apoderados ante las mismas entidades o celebrar con ellas, por sí o por interpuesta persona, contrato alguno.

Se exceptúan de estas prohibiciones las gestiones y los contratos relacionados con los bienes y servicios que el Distrito ofrece en igualdad de condiciones a todos los que lo soliciten”.

- **Ley 617 de 2000.**

“**Artículo 60.** INHABILIDADES INCOMPATIBILIDADES Y PROHIBICIONES PARA EL ALCALDE MAYOR, LOS CONCEJALES, **LOS EDILES**, EL CONTRALOR Y EL PERSONERO DE SANTA FE DE BOGOTÁ, DISTRITO CAPITAL. Las disposiciones en materia de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones para ser elegido a cargo o corporación de elección popular para el nivel municipal y distrital contenidas en el Capítulo Quinto de la presente ley, rigen para Santa Fe de Bogotá, Distrito Capital.” (Este artículo fue declarado exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-837-2001).

Jurisprudencia

✓ Con relación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los miembros de las Juntas Administradoras Locales del Distrito Capital, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, en sentencia del 3 de marzo de 2005, Expediente núm. 25000-23-15-000-2004-01299-01. CONSEJERO PONENTE: DOCTOR GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO, expresó lo siguiente:

“La conducta que se le endilga al demandado, de haber celebrado contrato con el INPEC, a través de una sociedad de la cual era miembro de Junta Directiva, dentro de los tres meses anteriores a la inscripción como miembro de la Junta Administradora Local de la Localidad de Puente Aranda, ejecutado en dicha localidad, constituye una inhabilidad, conforme al texto del artículo 66 del Decreto 1421 de 1993, que a la letra dice:

“No podrán ser elegidos ediles quienes:

*...4°.- Dentro de los tres (3) meses anteriores a la inscripción de la candidatura hayan sido miembros de una junta directiva distrital; hayan intervenido en la gestión de negocios o en la celebración de contratos con el Distrito; o hayan ejecutado en la localidad contrato celebrado con organismo público de cualquier nivel.
...”.*

En este caso, cabe resaltar que en lo concerniente a la pérdida de la investidura de los Ediles del Distrito Capital de la República el Decreto 1421 de 1993 que desarrolla el artículo 322 de la Constitución Política, aun cuando previo en su artículo 66 las causales de inhabilidad de los miembros de las Juntas Administradoras Locales y, en el artículo 68, las incompatibilidades a que se sujetan estos servidores públicos, en realidad, no incorpora ninguna referencia específica con respecto a si se pierde o no la investidura por incurrir en alguno de los supuestos que dichas normas establecen o por cualquiera otra conducta que allí se defina. De manera que al no existir una regulación especial relacionada con la pérdida de la investidura de los Ediles del Distrito Capital, subsidiariamente, por expreso mandato de la misma norma constitucional que contempla su régimen especial, aspecto que también recoge el artículo 2° del Decreto 1421 de 1993, deben aplicarse las normas constitucionales y legales referidas a los Municipios, particularmente, para este asunto, la Ley 136 de 1994, que sí consagra expresamente como causal de pérdida de investidura la violación al régimen de inhabilidades (artículo 55, numeral 2).

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 3 de marzo de 2005”.

Incompatibilidades de los Alcaldes Locales del Distrito Capital

Fundamento Legal

Decreto 1421 de 1993

“Artículo 84. “(...)”

No podrán ser designados alcaldes locales quienes estén comprendidos en cualquiera de las inhabilidades señaladas para los ediles. **Los alcaldes locales tienen el carácter de funcionarios de la administración distrital y estarán sometidos al régimen dispuesto para ellos”.**

Incompatibilidades del Personero del Distrito Capital

Fundamento Legal

- **Ley 1031 de 2006.**

“Artículo 2. “(...)”

Quien haya ocupado en propiedad el cargo de personero no podrá desempeñar empleo alguno en el Distrito Capital, ni ser inscrito como candidato a cargos de elección popular, sino un año después de haber cesado en el ejercicio de sus funciones”.

- **Ley 617 de 2000.**

“Artículo 51. *Extensión de las incompatibilidades de los contralores y personeros. Las incompatibilidades de los contralores departamentales, distritales y municipales y de los personeros distritales y municipales tendrán vigencia durante el período para el cual fueron elegidos y hasta doce (12) meses posteriores al vencimiento del período respectivo o la aceptación de la renuncia”.*

“Artículo 60. INHABILIDADES, **INCOMPATIBILIDADES** Y PROHIBICIONES PARA EL ALCALDE MAYOR, LOS CONCEJALES, LOS EDILES, EL CONTRALOR Y **EL PERSONERO DE SANTA FE DE BOGOTÁ DISTRITO CAPITAL.** Las disposiciones en materia de inhabilidades, incompatibilidades y

prohibiciones para ser elegido a cargo o corporación de elección popular para el nivel municipal y distrital contenidas en el Capítulo Quinto de la presente ley, rigen para Santa de Fe de Bogotá, Distrito Capital”. (Este artículo fue declarado exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-837-2001).

- **Decreto 1421 de 1993.**

“**Artículo 103. PROHIBICIONES.** No se podrán nombrar en ningún cargo de la personería a los Concejales que hubieren intervenido en la elección del personero, ni al compañero o compañera permanente de los mismos, ni a sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil. La infracción de lo dispuesto en el presente artículo constituye causal de mala conducta”.

Jurisprudencia

✓ *La Corte Constitucional en Sentencia C-200 de 2001, respecto a las incompatibilidades del personero señaló:*

“Así las cosas, la Corte deberá determinar si la situación fáctica que origina el trato jurídico igual es susceptible de comparación. Dicho de otra forma, debe analizarse si, para efectos de la regulación de incompatibilidades, el acceso a los cargos de alcalde y personero son asuntos diferentes que exigen un trato disímil.

(...)

Así las cosas, es válido constitucionalmente que el Legislador equipare las causales de incompatibilidad para acceder a los cargos de alcalde y personero municipal si se tiene en consideración la finalidad propuesta con las restricciones para acceder y permanecer en la función pública. De hecho, la propia Constitución señala idénticos requisitos y condiciones para el desempeño de empleos estatales que pertenecen a diferentes órganos y ramas del poder público. Entre muchos ejemplos, el artículo 280 de la Carta determina que “los agentes del Ministerio Público tendrán las mismas calidades, categorías... de los magistrados y jueces de mayor jerarquía ante quienes ejerzan el cargo” y, el artículo 266 superior dispone que el Registrador Nacional del Estado Civil deberá re-

unir las mismas calidades que se exige para ser magistrado de la Corte Suprema de Justicia. En consecuencia, el artículo 13 de la Constitución no impide que el Legislador regule iguales causales de incompatibilidad para los personeros y alcaldes, pese a que desempeñan funciones diferentes.

(...)

Pues bien, esta Corporación encuentra que la remisión de las incompatibilidades acusada tiene un objetivo constitucionalmente válido que se concreta en la búsqueda de la transparencia y moralidad de las actuaciones del Ministerio Público. También, es una garantía de imparcialidad e independencia inescindible a los órganos de control. Así mismo, estas incompatibilidades constituyen un instrumento necesario e idóneo para el logro de la finalidad que persigue la restricción, puesto que el ejercicio del Ministerio Público requiere funcionarios, al igual que las alcaldías, altamente comprometidos con la defensa del interés público. Finalmente, la Corte no encuentra que la extensión de las causales del alcalde al personero sacrifique desproporcionadamente el derecho al acceso a la función pública de los aspirantes al ente de control, puesto que dentro de los fines primordiales del Estado se encuentran las necesidades de combatir la corrupción y la utilización de los bienes públicos para intereses individuales”.

Incompatibilidades del contralor del Distrito Capital

Fundamento Legal

- **Ley 617 de 2000.**

“Artículo 51. Extensión de las incompatibilidades de los contralores y personeros. Las incompatibilidades de los contralores departamentales, distritales y municipales y de los personeros distritales y municipales tendrán vigencia durante el período para el cual fueron elegidos y hasta doce (12) meses posteriores al vencimiento del período respectivo o la aceptación de la renuncia”.

“Artículo 60. INHABILIDADES, INCOMPATIBILIDADES Y PROHIBICIONES PARA EL ALCALDE MAYOR, LOS CONCEJALES, LOS EDILES, EL CONTRALOR Y EL PERSONE-

RO DE SANTA FE DE BOGOTÁ, DISTRITO CAPITAL. Las disposiciones en materia de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones para ser elegido a cargo o corporación de elección popular para el nivel municipal y distrital contenidas en el Capítulo Quinto de la presente ley, rigen para Santa Fe de Bogotá, Distrito Capital”. (Este artículo fue declarado exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-837-2001).

- **Decreto 1421 de 1993.**

“**Artículo 108. PROHIBICIONES.** No se podrá nombrar en ningún cargo de la Contraloría a los concejales que hubieren intervenido en la elección del contralor, ni al compañero o compañera permanente de los mismos ni a sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil. La infracción de lo dispuesto en este artículo constituye causal de mala conducta”.

Incompatibilidades de los Diputados

Fundamento Legal

- **Constitución Política.**

“**Artículo 261.** Artículo modificado por el artículo 2o. del Acto Legislativo No. 3 de 1993. “(...)”

PARÁGRAFO 1o. Las inhabilidades e **incompatibilidades** previstas en la Constitución Nacional y las leyes, se extenderán en igual forma a quienes asuman las funciones de las faltas temporales durante el tiempo de su asistencia.”

“**Artículo 299.** <Artículo modificado por el artículo 1o. del Acto Legislativo No. 1 de 1996. >

“(...)”

<Inciso 2o. modificado por el artículo 2 del Acto Legislativo No. 2 de 2002>. El régimen de inhabilidades e **incompatibilidades de los diputados** será fijado por la ley. No podrá ser menos estricto que el señalado para los congresistas en lo que corresponda. El

período de los diputados será de cuatro años y tendrán la calidad de servidores públicos”.

- **Ley 617 de 2000.**

“Artículo 34. De las incompatibilidades de los diputados. Los diputados no podrán:

1. Aceptar o desempeñar cargo como empleado oficial; ni vincularse como contratista con el respectivo departamento.
2. Intervenir en la gestión de negocios o ser apoderado ante entidades del respectivo departamento o ante las personas que administren tributos procedentes del mismo, o celebrar con ellas, por sí o por interpuesta persona, contrato alguno, con las excepciones de que trata el artículo siguiente.
3. Ser miembro de juntas o consejos directivos del sector central o descentralizado de cualquier nivel del respectivo departamento, o de instituciones que administren tributos, tasas o contribuciones procedentes del mismo.
4. Celebrar contratos o realizar gestiones con quienes administren, manejen, o inviertan fondos públicos procedentes del respectivo departamento, o sean contratistas del mismo, o reciban donaciones de este.
5. Ser representante legal, miembro de juntas o consejos directivos, auditor o revisor fiscal, empleado o contratista de empresas que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo departamento.

Parágrafo. El funcionario público departamental que nombre a un diputado para un empleo o cargo público o celebre con él un contrato o acepte que actúe como gestor en nombre propio o de terceros, en contravención a lo dispuesto en el presente artículo, incurrirá en causal de mala conducta.

Artículo 35. Excepciones. Lo dispuesto en los artículos anteriores no obsta para que los diputados puedan, directamente o por medio de apoderado, actuar en los siguientes asuntos:

1. En las diligencias o actuaciones administrativas y jurisdiccionales en las cuales conforme a la ley, ellos mismos, su cónyuge, sus padres o sus hijos tengan interés.
2. Formular reclamos por el cobro de impuestos, contribuciones, tasas y de multas que graven a las mismas personas.
3. Usar los bienes y servicios que las entidades oficiales de cualquier clase, las prestadoras de servicios públicos domiciliarios y de seguridad social ofrezcan al público, bajo condiciones comunes a todos los que lo soliciten.
4. Ser apoderados o defensores en los procesos que se ventilen ante la Rama Jurisdiccional del Poder Público. Sin embargo, los diputados durante su período constitucional no podrán ser apoderados ni peritos en los procesos de toda clase que tengan por objeto gestionar intereses fiscales o económicos del respectivo departamento, los establecimientos públicos, las empresas comerciales e industriales del orden departamental y las sociedades de economía mixta en las cuales las mismas entidades tengan más del cincuenta por ciento (50%) del capital.

Artículo 36. Duración. Las incompatibilidades de los diputados tendrán vigencia durante el período constitucional para el cual fueron elegidos. En caso de renuncia se mantendrán durante los seis (6) meses siguientes a su aceptación, si el lapso que faltare para el vencimiento del período fuere superior.

Quien fuere llamado a ocupar el cargo de diputado, quedará sometido al mismo régimen de incompatibilidades a partir de su posesión.

Artículo 47. Excepción al régimen de incompatibilidades. Se exceptúa del régimen de incompatibilidades establecido en el presente capítulo el ejercicio de la cátedra.”

Jurisprudencia

✓ El Consejo de Estado en concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil, de abril 26 de 2001, Consejero Ponente Doctor Flavio Augusto Rodríguez Arce en consulta radicada con el No. 1347 del 26 de abril de 2001, respecto a la Compatibilidad del ejercicio de cargo privado por los diputados, señaló:

“Se pregunta a la Sala si está prohibido a un diputado ejercer profesión u oficio privados y, en caso que los desempeñe, si ello es causal de pérdida de la investidura, pues tales actividades están expresamente vedadas a los congresistas.

El artículo 34.1 de la ley 617 de 2000 prohíbe a estos servidores “aceptar o desempeñar cargo como empleado oficial, ni vincularse como contratista con el respectivo departamento”, mientras que el artículo 180.1 impide a los congresistas “desempeñar cargo o empleo público o privado”.

A efectos de absolver el interrogante se destaca que los congresistas ejercen sus funciones de manera permanente y los diputados de forma temporal, dado que las sesiones de las asambleas departamentales se extienden por seis meses, si son ordinarias y, por el término de un mes, si son extraordinarias –art. 29 de la ley 617– término durante el cual tienen derecho a una remuneración por mes de sesiones conforme a la tabla prevista en el artículo 28 ibídem, mientras los congresistas perciben remuneración por los doce meses del año y cuentan con prestaciones especiales.

El gobierno nacional en la exposición de motivos del Proyecto de ley N°. 046 de 1999 Cámara, que hizo tránsito como ley 617/00 manifestó: “dado que el régimen de sesiones reconoce la circunstancia que la actividad de los diputados y concejales se limita en el tiempo, es necesario mantener la posibilidad de que dichos dignatarios ejerzan actividades comerciales, de servicios, o profesionales, evitando desde luego que se beneficien indebidamente de su investidura en relaciones impropias con las entidades territoriales correspondientes, bien de índole laboral, bien de índole contractual” (Gaceta del Congreso No. 257, marzo 17/99, p.15)

Sin embargo, la actividad privada de los diputados tiene límites claros en la legislación, de manera que sin perjuicio de la especialidad de la regulación de las incompatibilidades e inhabilidades de los servidores de elección popular de las entidades territo-

riales que hace la Ley 617, las normas de la Ley 200 de 1995 o las contenidas en otros estatutos legales, que no resulten contrarias a ella o hayan sido sustituidas por la misma, mantienen su vigencia y siguen produciendo efectos, razón por la cual la aplicación de todas ellas debe ser armónica e integradora. Además, la Ley 617 solo derogó expresamente el numeral 5° del artículo 44 de la Ley 200 de 1995.

Además, conforme a la Ley 617 resulta incompatible a los diputados intervenir en la gestión de negocios o ser apoderado ante entidades del respectivo departamento a ante las personas que administren tributos procedentes del mismo, o celebrar con ellas, por sí o por interpuesta persona, contrato alguno, salvo las excepciones legales. Tampoco pueden ser miembros de juntas o consejos directivos de instituciones que administren tributos, tasas o contribuciones procedentes del departamento, o celebrar contratos o realizar gestiones con quienes administren, manejen o inviertan fondos públicos provenientes de tal ente, o sean contratistas del mismo o reciban donaciones de este – art. 34. 2, 3, 4.

De igual manera les está vedado ser representantes legales, miembros de juntas directivas o consejos directivos, auditores o revisores fiscales, empleados o contratistas de empresas que presen servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo departamento – ibídem, num. 5°”.

Concepto DAFP

¿Un Diputado en ejercicio puede celebrar contrato de prestación de servicios con un municipio del mismo departamento en el cual fue elegido? Rad. 16029/2004 (Radicación. EE12329 de 29/12/2004)

“... teniendo en cuenta lo establecido en la Constitución, la ley y lo preceptuado por el Consejo de Estado se deduce, que los Diputados como servidores públicos, no pueden celebrar contrato de prestación de servicios con el respectivo departamento, ni con organismos del Estado entre ellos los municipios de la misma circunscripción territorial”.

Incompatibilidades de los Gobernadores

Fundamento legal

- **Ley 617 de 2000.**

Artículo 31. De las incompatibilidades de los Gobernadores. Los Gobernadores, así como quienes sean designados en su reemplazo no podrán:

1. Celebrar en su interés particular por sí o por interpuesta persona o en representación de otro, contrato alguno con el respectivo departamento, con sus entidades públicas o privadas que manejen o administren recursos públicos provenientes del mismo.
2. Tomar parte en las actividades de los partidos o movimientos políticos, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho al sufragio.
3. Intervenir en cualquier forma, fuera del ejercicio de sus funciones, en la celebración de contratos con la administración pública.
4. Intervenir, en nombre propio o ajeno, en procesos o asuntos, fuera del ejercicio de sus funciones, en los cuales tenga interés el departamento o sus entidades descentralizadas.
5. Ser apoderado o gestor ante entidades o autoridades administrativas o jurisdiccionales del respectivo departamento, o que administren tributos, tasas o contribuciones del mismo.
6. Desempeñar simultáneamente otro cargo o empleo público o privado.
7. Inscribirse como candidato a cualquier cargo o corporación de elección popular durante el período para el cual fue elegido.

Artículo 32. Duración de las incompatibilidades de los gobernadores. Las incompatibilidades de los gobernadores a que se refieren los numerales 1 y 4 tendrán vigencia durante el período constitucional y hasta por doce (12) meses después del vencimiento del mismo o de la aceptación de la renuncia.

En el caso de la incompatibilidad a que se refiere el numeral 7 tal término será de veinticuatro (24) meses en la respectiva circunscripción.

Quien fuere designado como Gobernador, quedará sometido al mismo régimen de incompatibilidades a partir de su posesión.

Parágrafo. Para estos efectos, la circunscripción nacional, coincide con cada una de las circunscripciones territoriales.

Artículo 47. Excepción al régimen de incompatibilidades. Se exceptúa del régimen de incompatibilidades establecido en el presente capítulo el ejercicio de la cátedra.

Jurisprudencia

✓ **La Corte Constitucional en Sentencia C-540 de 2001, respecto a incompatibilidades del Gobernador, expresó:**

“De acuerdo con los artículos 31-7 y 32 de la Ley 617, el gobernador no podrá inscribirse durante los 24 meses siguientes al vencimiento del período o de la aceptación de la renuncia, como candidato a cualquier cargo o corporación de elección popular. Los cargos y corporaciones de elección popular comprenden: Presidente de la República, gobernador, alcalde, senador, representante a la Cámara, diputado o concejal.”¹¹

Se impone entonces distinguir las distintas alternativas frente a las cuales se puede encontrar el gobernador que aspire a inscribirse como candidato a cargo o corporación de elección popular.

a) De gobernador a miembro del Congreso de la República o a Presidente de la República.

El artículo 179 de la Constitución señala las inhabilidades a las que está sujeto el candidato que quiera ser elegido Senador o Representante a la Cámara. Allí se dice que “No podrán ser congresistas (...) 2. Quienes hubieren ejercido, como empleados públicos, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, dentro de los doce meses anteriores a la fecha de la elección”. (subrayado fuera de texto).

Por su parte, el artículo 197 de la Constitución consagra el régimen de inhabilidades para ser Presidente de la República. Entre otros empleos, señala que no podrá ser elegido Presidente de la República “el ciudadano que un año antes de la elección haya ejercido cualquiera de los siguientes cargos: (...) Gobernador de

¹¹ Esta incompatibilidad se extendería igualmente a los miembros de juntas administradoras locales.

Departamento o Alcalde Mayor de Santa Fe de Bogotá”. (subrayado fuera de texto)

Desde este punto de vista, la Corte no encuentra razones que justifiquen la incompatibilidad de 24 meses para el gobernador que quiera inscribirse como candidato a Senador, Representante a la Cámara o Presidente de la República, en cuanto ya la Constitución señaló expresamente una inhabilidad de 12 meses para estos eventos.

Es importante señalar que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los servidores públicos está previsto en la Constitución y la ley. El legislador no puede modificar los límites fijados directamente por el constituyente en cuanto existen varias razones que impiden a la ley ampliar este régimen, entre las cuales se destacan las siguientes: 1ª) La Constitución establece un sistema cerrado de inhabilidades e incompatibilidades por tratarse de restricciones al derecho fundamental de elegir y ser elegido (C.P., art. 40); 2ª) La sujeción de la ley al principio de la supremacía de la Constitución Política, lo cual impide que el legislador consagre regulaciones que estén en contravía de la Carta o modifiquen los preceptos en ella dispuestos (C.P., art. 4º); 3ª) Los límites de los derechos fundamentales tienen que ser de interpretación restrictiva; 4ª) Cuando la propia Constitución establece un límite a un derecho fundamental y se reserva tal prerrogativa, cierra la posibilidad para que la ley, en su ámbito de competencia, pueda ser más restrictiva en esa materia.

De acuerdo con el principio de la supremacía de la Constitución, la ley no está facultada para dejar sin efecto práctico un principio constitucional. No es admisible que la Constitución consagre una inhabilidad de 12 meses para un cargo o posición determinado y que la ley amplíe injustificadamente, a través de la figura de la incompatibilidad, a 24 meses la prohibición señalada específicamente en la Constitución. Por lo tanto, el artículo 32 de la Ley 617 no podrá tener efecto alguno en las hipótesis señaladas.

b) De gobernador a diputado, concejal, gobernador o alcalde.

A diferencia de las hipótesis anteriores, la Constitución no contiene inhabilidades o incompatibilidades específicas para diputados,

concejales, gobernadores ni alcaldes. Con base en los artículos 293, 299, 303 y 312 de la Constitución Política, se otorga a la ley la determinación del respectivo régimen jurídico.

El artículo 299 de la Constitución señala en su inciso segundo que “El régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los diputados será fijado por la ley. No podrá ser menos estricto que el señalado para los congresistas en lo que corresponda. El período de los diputados será de tres (3) años, y tendrán la calidad de servidores públicos”.

El artículo 303 de la Constitución señala que “La ley fijará las calidades, requisitos, inhabilidades e incompatibilidades de los gobernadores”.

El artículo 312 de la Constitución Política establece en el inciso segundo que “La ley determinará las calidades, inhabilidades e incompatibilidades de los concejales y la época de sesiones ordinarias de los concejos. Los concejales no tendrán la calidad de empleados públicos”.

Por último, como la Constitución no tiene norma expresa para el alcalde, se aplica la norma general consagrada en el artículo 293 de la Carta, el cual señala: “Sin perjuicio de lo establecido en la Constitución, la ley determinará las calidades, inhabilidades, incompatibilidades, fecha de posesión, períodos de sesiones, faltas absolutas o temporales, causas de destitución y formas de llenar las vacantes de los ciudadanos que sean elegidos por voto popular para el desempeño de funciones públicas en las entidades territoriales. La ley dictará también las demás disposiciones necesarias para su elección y desempeño de funciones”.

La Corte considera que en estas hipótesis la norma demandada está de acuerdo con las autorizaciones constitucionales antes referidas. No consagra medidas carentes de razonabilidad ni proporcionalidad porque en las elecciones territoriales la alternación de los períodos de los elegidos cada tres años no ofrece limitaciones injustificadas al ejercicio del derecho de participación política.¹²

¹² Ver, por ejemplo, las Sentencias –537 de 1993, M.P. Hernando Herrera Vergara; C-373 de 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz, y C-618 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

De acuerdo con lo expuesto, se declarará la exequibilidad condicionada del artículo 32 de la Ley 617, en el sentido que la incompatibilidad especial de 24 meses no se aplicará al gobernador que se inscriba como candidato a Senador, Representante a la Cámara o Presidente de la República, en cuanto ya la Constitución fijó expresamente en los artículos 179-2 y 197 un término de inhabilidad de 12 meses para acceder a tales posiciones”.

Concepto DAFP

¿Puede el gobernador o el alcalde formar parte de la Junta Directiva de una Empresa Social del Estado? Rad 12963/2003 (Radicación. EE 8971 de 07/11/2003)

“... a partir de la promulgación de la Ley 821 de 2003, que modificó el artículo 49 de la Ley 617 de 2000, los gobernadores, y alcaldes municipales y distritales, pueden delegar o ser miembros de juntas o concejos directivos de las entidades prestadoras de servicios de seguridad social en el respectivo departamento o municipio; por consiguiente, la junta o consejo directivo de una Empresa Social del Estado estará presidida por el jefe de la administración seccional o local (alcalde o gobernador) o su delegado.

Incompatibilidades de los Alcaldes Municipales

Fundamento Legal

- **Ley 617 de 2000.**

“Artículo 38. Incompatibilidades de los Alcaldes. Los alcaldes, así como los que los reemplacen en el ejercicio del cargo no podrán:

1. Celebrar en su interés particular por sí o por interpuesta persona o en representación de otro, contrato alguno con el respectivo municipio, con sus entidades públicas o privadas que manejen o administren recursos públicos provenientes del mismo.
2. Tomar parte en las actividades de los partidos sin perjuicio de ejercer el derecho al sufragio.
3. Intervenir en cualquier forma, fuera del ejercicio de sus funciones, en la celebración de contratos con la administración pública.

4. Intervenir, en nombre propio o ajeno, en procesos o asuntos, fuera del ejercicio de sus funciones, en los cuales tenga interés el municipio, distrito, o sus entidades descentralizadas.
5. Ser apoderado o gestor ante entidades o autoridades administrativas o jurisdiccionales, o que administren tributos.
6. Desempeñar simultáneamente otro cargo o empleo público o privado.
7. Inscribirse como candidato a cualquier cargo de elección popular durante el período para el cual fue elegido.

Parágrafo. Lo dispuesto en el presente artículo se entiende sin perjuicio de las excepciones a las incompatibilidades de que tratan los literales a, b, c, y d. del artículo 46 de la Ley 136 de 1994.

Artículo 39. Duración de las incompatibilidades del alcalde municipal distrital. Las incompatibilidades de los alcaldes municipales y distritales a que se refieren los numerales 1 y 4, tendrán vigencia durante el período constitucional y hasta doce (12) meses después del vencimiento del mismo o de la aceptación de la renuncia. En el caso de la incompatibilidad a que se refiere el numeral 7 tal término será de veinticuatro (24) meses en la respectiva circunscripción.

El mismo régimen de inhabilidades e incompatibilidades regirá para el Distrito Capital de Santafé de Bogotá, D.C.

Parágrafo. Para estos efectos la circunscripción nacional, coincide con cada una de las circunscripciones territoriales”.

“Artículo 47. Excepción al régimen de incompatibilidades. Se exceptúa del régimen de incompatibilidades establecido en el presente capítulo el ejercicio de la cátedra”.

- **Ley 136 de 1994.**

“Artículo 97. OTRAS PROHIBICIONES: Es prohibido a los alcaldes:

- 1). Inmiscuirse en asuntos de actos oficiales que no sean de su competencia.

2). Decretar en favor de cualquier persona o entidad, gratificaciones, indemnizaciones o pensiones que no estén destinadas a satisfacer créditos o derechos reconocidos con arreglo a la ley, los acuerdos y las decisiones jurisdiccionales.

3). Decretar por motivos políticos, actos de proscripción o persecución contra personas o corporaciones, o decretar insubsistencias masivas. Los retiros masivos de personal solamente podrán realizarse en los casos autorizados por la ley o cuando se ordene la supresión, fusión o restauración de entidades, con arreglo a los acuerdos que lo regulen”.

Jurisprudencia

✓ El Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Quinta, Consejera Ponente: María Nohemí Hernández Pinzón. Bogotá D.C., nueve (9) de febrero de dos mil seis (2006). Expedientes Acumulados 200304258 - 200304244 - 01200304249 - 01 Radicación Interna 3603.

Actor: Procuraduría Judicial 32 Antioquia.

Demandado: Alcalde Municipal La Pintada, Asunto Electoral - Fallo

Segunda Instancia, respecto de inhabilidad generada por condena por delitos contra el patrimonio del Estado a título de culpa, señaló lo siguiente:

“En ejercicio de la acción pública de nulidad electoral, tanto DORA ELENA BALVÍN AGUDELO como el Procurador Judicial 32 de Antioquia, solicitaron la nulidad del acto de elección del señor JAIR DE JESÚS CASTILLO como Alcalde del Municipio de La Pintada - Antioquia, por el período constitucional 2004-2007, porque en su opinión dicha persona soportaba la causal de inhabilidad prevista en el inciso 5° del artículo 122 de la Constitución Política, por haber sido condenado por el delito de Peculado Culposo, norma que en particular señala:

“Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, el servidor público que sea condenado por delitos contra el patrimonio del Estado, quedará inhabilitado para el desempeño de funciones públicas”.

Interpreta el accionante que al haber sido condenado el señor JAIR DE JESÚS CASTILLO por el punible de Peculado Culposo, ello se

enmarcaba dentro de la descripción de la norma anterior y que dicha condena, aunque ya se hubiera extinguido formalmente, se constituye en el evento intemporal requerido para la configuración de la inhabilidad. Pues bien, observa la Sala que el demandado no estaba inhabilitado para ser elegido Alcalde Municipal de La Pintada, por el período constitucional 2004-2007, según pasa a explicarse:

El desarrollo legislativo de la causal de inhabilidad constitucional que se cita, en punto de candidatos a cargos de elección popular, aunque no fue invocado con las demandas, está contenido en el artículo 37 numeral 1 de la Ley 617 de 2000, que modificó el artículo 95 de la Ley 136 de 1994, que enseña:

“Artículo 37.- Inhabilidades para ser alcalde. El artículo 95 de la Ley 136 de 1994, quedará así:

“Artículo 95. Inhabilidades para ser alcalde. No podrá ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado alcalde municipal o distrital:

1. Quien haya sido condenado en cualquier época por sentencia Judicial a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos; o haya perdido la investidura de congresista o, a partir de la vigencia de la presente ley, la de diputado o concejal; o excluido del ejercicio de una profesión; o se encuentre en interdicción para el ejercicio de funciones públicas¹³” (Resalta la Sala).

Como podrá advertirse, en la anterior norma se prevé que no podrá ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado alcalde municipal, “Quien haya sido condenado en cualquier época por sentencia -judicial a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos”, lo cual lleva a inferir que la formulación de esa excepción comprende a quienes hayan sido condenados por delitos políticos o culposos, y que dentro de estos, por no haberse hecho ninguna distinción, están contenidas todas las modalidades que en nuestro ordenamiento jurídico registra el delito cometido a título de culpa, incluidos los que se cometan contra el patrimonio del Estado, puesto que donde el legislador no distinguió al inter-

¹³ Esta norma fue declarada exequible por la Corte Constitucional con sentencia C-952 del 5 de septiembre de 2001, con ponencia del Magistrado Dr. Álvaro Tafur- Galvis.

prete le está prohibido hacerlo, máxime si se trata de un tema tan importante como es el ejercicio del derecho fundamental a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político (C.N. art. 40), puesto que todo aquello que tienda a restringir el ejercicio de ese derecho, en particular cuando se postule una persona para ser elegida a un cargo o corporación pública de elección popular, debe provenir de dictados expresos de la ley, ya que en este terreno del Derecho está desterrada toda posibilidad de interpretación analógica o extensiva.

*Recuérdese, además, que según lo previsto en los artículos 150 numeral 23 y 293 de la Constitución Política, tan solo el constituyente y el legislador cuentan con la facultad de fijar el régimen de inhabilidades para los cargos de elección popular, de donde se obtiene una razón adicional para no considerar causales de inhabilidad derivadas de interpretaciones extensivas o analógicas, en cuya dirección igualmente se orienta el principio de la capacidad electoral consagrado en el numeral 4 del artículo 1° del Código Electoral, que señala: “Todo ciudadano puede elegir y ser elegido mientras no exista norma expresa que le limite su derecho. **En consecuencia, las causales de inhabilidad y de incompatibilidad son de interpretación restringida**”. (Resalta la Sala).*

En este orden de ideas, el auténtico sentido y alcance de la inhabilidad consagrada en el artículo 122 inciso 5° de la Constitución Política de 1991, ha sido provisto por el legislador a través de las distintas leyes que han regulado la materia, panorama del que aflora que el delito culposo cometido contra el patrimonio del Estado no es sancionado con una inhabilidad intemporal sino referida al término que como medida accesorias fije la autoridad correspondiente.”

✓ **El Consejo de Estado en concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil, de abril 26 de 2001**, Consejero Ponente, Doctor Flavio Augusto Rodríguez Arce, en consulta radicada con el N° 1347 del 26 de abril de 2001, respecto a las incompatibilidades del **Alcalde** señaló:

*No sobra recordar que **está prohibido: a los gobernadores y alcaldes “desempeñar simultáneamente otro cargo o empleo público o privado (arts. 32.6 y 38.6); a los diputados, concejales y miembros de juntas administradoras locales “ser miembros de juntas o consejos directivos del sector central (sic) o descentra-***

lizado de cualquier nivel (sic) del respectivo departamento, o de instituciones que administren tributos, tasas o contribuciones procedentes del mismo” – los dos últimos conceptos se refieren a los diputados, y “ser representante legal, miembro de juntas o consejos directivos, auditor o revisor fiscal, empleado o contratista de empresas que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo departamento - municipio o distrito -” (arts. 34.3 y 5° Ley 617/00, 45.3 y 126.3 Ley 136/94, 41 y 44 Ley 617/00). Esto significa que la materia del inciso primero, en cuanto a estos servidores, está expresamente reglamentada.

7. Los restantes incisos del proyecto propuesto por el gobierno coinciden con los finalmente aprobados y que aparecen en el artículo 49, salvo al tercero al cual se agregó la prohibición de ser “contratistas de ninguna de las entidades mencionadas en este inciso directa o indirectamente”. El texto final aprobado eliminó el párrafo 1° del proyecto, referente a la nulidad de los nombramientos o designaciones hechos en contravención de lo dispuesto en el artículo propuesto.

8. Los gobernadores y alcaldes tampoco ven afectada su participación en los consejos seccionales o locales de los establecimientos públicos a que se refiere el artículo 75 de la Ley 489 de 1998, por tratarse de órganos directivos diferentes a los entes descentralizados del orden departamental.

Concepto DAFP

¿Puede el Alcalde del Municipio de Agua de Dios formar parte de la Junta Directiva del Sanatorio de Agua de Dios? Rad. 0087/2004 (Concepto del Departamento Administrativo de la Función Pública Radicación. 4552. de 27/05/2004).

“...a partir de la promulgación de la Ley 821 de 2003, que modificó el artículo 49 de la Ley 617 de 2000, los gobernadores, y alcaldes municipales y distritales, pueden delegar o ser miembros de juntas o concejos directivos de las entidades prestadoras de servicios de seguridad social en el respectivo departamento o municipio; por consiguiente, en la Junta Directiva del Sanatorio Agua de Dios puede formar parte el Alcalde municipal o su delegado”.

Incompatibilidades de los Concejales Municipales

Fundamento legal

- **Constitución Política.**

“**Artículo 261.** Artículo modificado por el artículo 2º. del Acto Legislativo N°. 3 de 1993. “(…)”

PARÁGRAFO 1º. Las inhabilidades e **incompatibilidades** previstas en la Constitución Nacional y las leyes, se extenderán en igual forma a quienes asuman las funciones de las faltas temporales durante el tiempo de su asistencia”.

- **Ley 136 de 1994.**

“**Artículo 45. INCOMPATIBILIDADES.** Los concejales no podrán:

1. <Artículo 3º de la Ley 177 de 1994 derogado por el artículo 96 de la Ley 617 de 2000>

2. Ser apoderado ante las entidades públicas del respectivo municipio o ante las personas que administren tributos procedentes del mismo, o celebrar con ellas, por sí o por interpuesta persona, contrato alguno, con las excepciones que más adelante se establecen.

3. Ser miembros de juntas o consejos directivos de los sectores central o descentralizado del respectivo municipio, o de instituciones que administren tributos procedentes del mismo.

4. Celebrar contratos o realizar gestiones con personas naturales o jurídicas de derecho privado que administren, manejen o inviertan fondos públicos procedentes del respectivo municipio o sean contratistas del mismo o reciban donaciones de este.

5. <Numeral adicionado por el artículo 41 de la Ley 617 de 2000. El texto es el siguiente:> Ser representantes legales, miembros de juntas o consejos directivos, auditores o revisores fiscales, empleados o contratistas de empresas que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo municipio.

PARÁGRAFO 1º. Se exceptúa del régimen de incompatibilidades el ejercicio de la cátedra.

PARÁGRAFO 2º. El funcionario público municipal que nombre a un concejal para un empleo o cargo público o celebre con él un contrato o acepte que actúe como gestor en nombre propio o de terceros, en contravención a lo dispuesto en el presente artículo, incurrirá en causal de mala conducta.

Artículo 46. EXCEPCIONES. Lo dispuesto en los artículos anteriores no obsta para que los concejales puedan ya directamente o por medio de apoderado, actuar en los siguientes asuntos.

a) En las diligencias o actuaciones administrativas y jurisdiccionales en las cuales conforme a la ley, ellos mismos, su cónyuge, sus padres o sus hijos, tengan interés;

b) Formular reclamos por el cobro de impuestos, contribuciones, tasas y de multas que graven a las mismas personas;

c) Usar los bienes y servicios que las entidades oficiales de cualquier clase ofrezcan al público, o condiciones comunes a todos los que lo soliciten;

c) <Literal adicionado por el artículo 42 de la Ley 617 de 2000. Usar los bienes y servicios que las entidades oficiales de cualquier clase, las prestadoras de servicios públicos domiciliarios y de seguridad social ofrezcan al público, bajo condiciones comunes a todos los que lo soliciten.

d) Ser apoderados o defensores en los procesos que se ventilen ante la Rama Jurisdiccional del Poder Público. Sin embargo, los concejales durante su período Constitucional no podrán ser apoderados ni peritos en los procesos de toda clase que tengan por objeto gestionar intereses fiscales o económicos del respectivo municipio, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del orden municipal y las sociedades de economía mixta en las cuales las mismas entidades tengan más del cincuenta por ciento (50%) del capital.

Artículo 47. DURACIÓN DE LAS INCOMPATIBILIDADES. <Artículo modificado por el artículo 43 de la Ley 617 de 2000. Las incompatibilidades de los concejales municipales y distritales, tendrán vigencia hasta la terminación del período constitucional respectivo. En caso de renuncia se mantendrán durante los seis (6) meses siguientes a su aceptación, si el lapso que faltare para el vencimiento del período fuere superior.

Quien fuere llamado a ocupar el cargo de concejal, quedará sometido al mismo régimen de incompatibilidades a partir de su posesión”.

- **Ley 617 de 2000**

“**Artículo 47. Excepción al régimen de incompatibilidades.** Se exceptúa del régimen de incompatibilidades establecido en el presente capítulo el ejercicio de la cátedra.”

Jurisprudencia

✓ **La Corte Constitucional en Sentencia C-307 de 1996**, Magistrado Ponente Dr. VLADIMIRO NARANJO MESA, se pronunció:

“... cabe advertir, que las incompatibilidades establecidas para los concejales y miembros de las juntas administradoras locales señaladas en la Ley 136 de 1994 - “por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios”-, hacen parte integral del régimen disciplinario único, pues lejos de ser contrarias a su espíritu, son complementarias, en cuanto desarrollan la incompatibilidad que en forma general se encuentra descrita en el literal acusado.

*Efectivamente, el artículo 45 y 46 de la Ley 136 se refiere en forma expresa a las incompatibilidades y excepciones de los concejales y el artículo 126 y 128 del mismo ordenamiento, a las incompatibilidades y excepciones de los miembros de las juntas administradoras locales. Así, si a estos servidores públicos les está prohibido aceptar o desempeñar cargo alguno en la administración pública, vincularse como trabajadores oficiales o contratistas, **ser apoderados ante las entidades públicas del respectivo municipio** (o ante quienes administren tributos procedentes del mismo para el caso*

*de los concejales), celebrar contratos o **realizar gestiones con funcionarios municipales**, así mismo, les está permitido directamente o por medio de apoderado, intervenir “**en las diligencias o actuaciones administrativas y jurisdiccionales en las cuales conforme a la ley, ellos mismos, su cónyuge, sus padres o sus hijos tengan legítimo interés**”, y “**ser apoderados o defensores en los procesos que se ventilen ante la Rama Jurisdiccional del Poder Público**”. (artículos 46 y 128 de la Ley 136 de 1994).*

*En este último caso, con una restricción adicional para los concejales, descrita en el artículo 46-d de la ley en mención, según la cual “**los concejales durante su período Constitucional no podrán ser apoderados ni peritos en los procesos de toda clase que tengan por objeto gestionar intereses fiscales o económicos del respectivo municipio, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del orden municipal y las sociedades de economía mixta en las cuales las mismas entidades tengan más del cincuenta por ciento (50%) del capital**”.*

*Así entonces, y a pesar de las restricciones anotadas, la norma acusada **no impide el ejercicio de la profesión de abogado ni el derecho al trabajo, como lo afirma el demandante, pues le permite actuar como litigante, como catedrático o ejercer en el ámbito privado, aunque evidentemente y por razón del cargo, encuentra limitada su esfera de actuación**. Esta limitación se encuentra justificada en el cumplimiento de los principios de moralidad, eficacia e imparcialidad señalados en el artículo 209 de la Constitución Política, que persiguen el cumplimiento de los fines y funciones del Estado en relación con las conductas de los servidores públicos que los puedan afectar o poner en peligro. (artículos 123 y 133 de la C.P.).*

En el caso bajo examen, es evidente que la norma acusada no rompe el principio de igualdad, no sólo porque quedó demostrado que los abogados sí pueden ejercer su profesión, aunque con las limitaciones establecidas, sino además, porque las incompatibilidades existen en razón del cargo que se desempeña y de la función que se asigna al servidor público, derivado de una especial condición de la que no gozan los particulares y que implica, por ende, unas especiales responsabilidades con el Estado y con la sociedad, que de manera alguna pueden ser desconocidas por la Constitución y la ley.

✓ **La Corte Constitucional en Sentencia N°. C-231 de 1995**, Magistrado Ponente: Dr. HERNANDO HERRERA VERGARA, respecto a la compatibilidad de los honorarios de los concejales con la cátedra, expresó:

“PERSONAL DE CÁTEDRA-Ejercicio simultáneo de cargos

El ejercicio de la cátedra simultáneamente con la función de concejal, no implica vulneración del ordenamiento constitucional, como se ha dejado expuesto, ello siempre y cuando que aquel que la ejerza, no lo haga vinculado a la entidad donde ejerce la docencia de tiempo completo o medio tiempo, pues conllevaría la imposibilidad de dedicación que exige su actividad como concejal, ni que además, coincidan las horas de cátedra con las de sesiones o labores propias de concejal, ya que en tal caso, se incurriría en la incompatibilidad a que se refieren tanto la Constitución como la Ley 136 de 1994”.

Concepto DAFP

**¿Puede un docente percibir simultáneamente su salario y honorarios como Concejal?
Rad. 2438/2004. (Radicación. EE2087 11/03/2004)**

“...los honorarios que reciben los concejales constituyen una asignación proveniente del tesoro público, de manera que al percibirse conjuntamente con cualquiera otra asignación proveniente del mismo tesoro público, de otras entidades del Estado, se configura la prohibición constitucional de que trata el artículo 128 de la Carta Fundamental, con la excepción de los casos determinados por la ley.

Los concejales podrán percibir otra asignación del erario público si la misma proviene de las excepciones establecidas en el artículo 19 de la Ley 4ª de 1992, como es el caso de los honorarios percibidos por los docentes que presten el servicio a una Institución de Educación del Estado, mediante el sistema de hora cátedra, siempre y cuando, las horas cátedra no coincidan con las sesiones o labores propias de concejal, ni su vinculación con la entidad donde ejerce la docencia sea de tiempo completo.

En este orden de ideas y para el caso objeto de consulta, ... al usted estar vinculado como docente de tiempo completo o de medio tiempo en una institución de educación superior, y recibir honorarios como Concejal del Municipio de Guachetá, estará inmerso en una incompatibilidad por percibir dos asignaciones del Tesoro Público”.

Concepto DAFP

**¿Puede un concejal de un municipio desarrollar funciones como Auxiliar de la Justicia?
Rad. 2702-2005 (Radicación. EE11301 de 14-dic-05).**

*“... si bien es cierto los auxiliares de la justicia no tienen el carácter de servidores públicos, solamente realizan oficios públicos por los cuales perciben honorarios, tal como lo señala el artículo 35 del acuerdo 1518 de 2002 del Consejo Superior de la Judicatura, los concejales durante su período Constitucional no podrán ser apoderados **ni peritos** en los procesos de toda clase que tengan por objeto gestionar intereses fiscales o económicos del respectivo municipio, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del orden municipal y las sociedades de economía mixta en las cuales las mismas entidades tengan más del cincuenta por ciento (50%) del capital.*

En cuanto al ejercicio de la abogacía por parte de los concejales, de acuerdo a pronunciamientos de la Corte Constitucional, dichos profesionales pueden ejercer su profesión como litigantes, ejercer en el ámbito privado, aunque evidentemente y por razón del cargo, no podrán ser apoderados ante las entidades públicas del respectivo municipio o ante las personas que administren tributos procedentes del mismo, o celebrar con ellas por sí o por interpuesta persona contrato alguno, ni tampoco realizar gestiones o celebrar contratos con personas naturales o jurídicas de derecho privado que administren, manejen o inviertan fondos públicos procedentes del respectivo municipio o sean contratistas del mismo o reciban donaciones de este”.

Incompatibilidades de los miembros de las Juntas Administradoras Locales

Fundamento Legal

- **Ley 136 de 1994.**

“Artículo 126. INCOMPATIBILIDADES: Los miembros de las Juntas Administradoras Locales no podrán:

- 1). Aceptar cargo alguno de los contemplados en el numeral dos de las incompatibilidades aquí señaladas, so pena de perder la investidura.
- 2). Celebrar contrato alguno en nombre propio o ajeno, con las entidades públicas del respectivo municipio, o ser apoderados ante las mismas, con las excepciones que adelante se establecen.
- 3). Ser miembros de juntas directivas o consejos directivos de los sectores central o descentralizado del respectivo municipio o de instituciones que administren tributos procedentes del mismo.

4). Ser representantes legales, miembros de juntas o consejos directivos, auditores o revisores fiscales, empleados o contratistas de empresas que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo municipio o distrito”. (Artículo 44 Ley 617 de 2000).

PARAGRAFO: El funcionario municipal que celebre con un miembro de la Junta Administradora Local un contrato o acepte que actúe como gestor en nombre propio o de terceros, en contravención a lo dispuesto en el presente artículo, incurrirá en causal de mala conducta”.

“Artículo 127. DURACIÓN DE LAS INCOMPATIBILIDADES. <Artículo modificado por el artículo 46 de la Ley 617 de 2000> Las incompatibilidades de los miembros de juntas administradoras locales municipales y distritales tendrán vigencia hasta la terminación del período constitucional respectivo. En caso de renuncia se mantendrán durante los seis (6) meses siguientes a su aceptación, si el lapso que faltare para el vencimiento del período fuere superior.

Quien fuere llamado a ocupar el cargo de miembro de junta administradora local, quedará sometido al mismo régimen de incompatibilidades a partir de su posesión.”

“Artículo 128. EXCEPCIONES. Lo dispuesto en los artículos anteriores no obsta para que se pueda, ya directamente o por medio de apoderado, actuar en los siguientes asuntos:

a) En las diligencias o actuaciones administrativas y jurisdiccionales en las cuales conforme a la ley, ellos mismos, su cónyuge, sus padres o sus hijos tengan legítimo interés;

b) Formular reclamos por cobro de impuestos, contribuciones, tasas y multas que gravan a las mismas personas;

c) <Literal modificado por el artículo 45 de la Ley 617 de 2000. Usar los bienes y servicios que las entidades oficiales de cualquier clase, las prestadoras de servicios públicos domiciliarios y de seguridad social ofrezcan al público, bajo condiciones comunes a todos los que lo soliciten.

d) Ser apoderados o defensores en los procesos que se ventilen ante la Rama Jurisdiccional del Poder Público”.

- **Ley 617 de 2000.**

“**Artículo 47. Excepción al régimen de incompatibilidades.** Se exceptúa del régimen de incompatibilidades establecido en el presente capítulo el ejercicio de la cátedra”.

Jurisprudencia

✓ **La Corte Constitucional en Sentencia C-307 de 1996**, Magistrado Ponente Dr. VLADIMIRO NARANJO MESA, se pronunció:

*“... cabe advertir, que las incompatibilidades establecidas para los concejales y **miembros de las juntas administradoras locales** señaladas en la Ley 136 de 1994 - “por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios”-, hacen parte integral del régimen disciplinario único, pues lejos de ser contrarias a su espíritu, son complementarias, en cuanto desarrollan la incompatibilidad que en forma general se encuentra descrita en el literal acusado.*

*Efectivamente, el artículo 45 y 46 de la Ley 136 se refiere en forma expresa a las incompatibilidades y excepciones de los concejales y el artículo 126 y 128 del mismo ordenamiento, a las incompatibilidades y excepciones de los miembros de las juntas administradoras locales. Así, si a estos servidores públicos les está prohibido aceptar o desempeñar cargo alguno en la administración pública, vincularse como trabajadores oficiales o contratistas, **ser apoderados ante las entidades públicas del respectivo municipio** (o ante quienes administren tributos procedentes del mismo para el caso de los concejales), **celebrar contratos o realizar gestiones con funcionarios municipales**, así mismo, les está permitido directamente o por medio de apoderado, intervenir “**en las diligencias o actuaciones administrativas y jurisdiccionales en las cuales conforme a la ley, ellos mismos, su cónyuge, sus padres o sus hijos tengan legítimo interés**”, y “**ser apoderados o defensores en los procesos que se ventilen ante la Rama Jurisdiccional del Poder Público.**”(artículos 46 y 128 de la Ley 136 de 1994).*

En este último caso, con una restricción adicional para los concejales, descrita en el artículo 46-d de la ley en mención, según la cual “los concejales durante su período Constitucional no podrán ser apoderados ni peritos en los procesos de toda clase que tengan por objeto gestionar intereses fiscales o económicos del respectivo municipio, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del orden municipal y las sociedades de economía mixta en las cuales las mismas entidades tengan más del cincuenta por ciento (50%) del capital”.

Así entonces, y a pesar de las restricciones anotadas, la norma acusada no impide el ejercicio de la profesión de abogado ni el derecho al trabajo, como lo afirma el demandante, pues le permite actuar como litigante, como catedrático o ejercer en el ámbito privado, aunque evidentemente y por razón del cargo, encuentra limitada su esfera de actuación. Esta limitación se encuentra justificada en el cumplimiento de los principios de moralidad, eficacia e imparcialidad señalados en el artículo 209 de la Constitución Política, que persiguen el cumplimiento de los fines y funciones del Estado en relación con las conductas de los servidores públicos que los puedan afectar o poner en peligro (artículos 123 y 133 de la C.P.).

En el caso bajo examen, es evidente que la norma acusada no rompe el principio de igualdad, no sólo porque quedó demostrado que los abogados sí pueden ejercer su profesión, aunque con las limitaciones establecidas, sino además, porque las incompatibilidades existen en razón del cargo que se desempeña y de la función que se asigna al servidor público, derivado de una especial condición de la que no gozan los particulares y que implica, por ende, unas especiales responsabilidades con el Estado y con la sociedad, que de manera alguna pueden ser desconocidas por la Constitución y la ley”. (Resaltado es nuestro)

Incompatibilidades de los Contralores Municipales

Fundamento Legal

- **Ley 136 de 1994.**

“**Artículo 164. INCOMPATIBILIDADES:** Los contralores municipales además de las incompatibilidades y prohibiciones previstas

en los artículos 96 y 97 de esta ley, en lo que les sea aplicable, no podrán desempeñar empleo oficial alguno en el respectivo municipio, ni ser inscrito como candidato a cargos de elección popular sino un año después de haber cesado en sus funciones”.

- **Ley 617 de 2000.**

“**Artículo 51. Extensión de las incompatibilidades de los contralores y personeros.** Las incompatibilidades de los contralores departamentales, distritales y municipales y de los personeros distritales y municipales tendrán vigencia durante el período para el cual fueron elegidos y hasta doce (12) meses posteriores al vencimiento del período respectivo o la aceptación de la renuncia”.

Incompatibilidades de los personeros municipales

Fundamento legal

- **Ley 136 de 1994.**

“**Artículo 175. INCOMPATIBILIDADES: Además de las incompatibilidades y prohibiciones previstas para los alcaldes en la presente ley en lo que corresponda a su investidura, los personeros no podrán:**

- a). Ejercer otro cargo público o privado diferente.
- b). Ejercer su profesión, con excepción de la cátedra universitaria.

PARÁGRAFO. Las incompatibilidades de que trata este artículo se entienden sin perjuicio de las actuaciones que deba cumplir el personero por razón del ejercicio de sus funciones”.

- **Ley 617 de 2000.**

“**Artículo 51. Extensión de las incompatibilidades de los contralores y personeros.** Las incompatibilidades de los contralores departamentales, distritales y municipales y de los personeros distritales y municipales tendrán vigencia durante el período para el cual fueron elegidos y hasta doce (12) meses posterior-

res al vencimiento del período respectivo o la aceptación de la renuncia”.

Jurisprudencia

✓ *La Corte Constitucional en Sentencia C-200 de 2001, respecto a las incompatibilidades del personero señaló:*

“Así las cosas, la Corte deberá determinar si la situación fáctica que origina el trato jurídico igual es susceptible de comparación. Dicho de otra forma, debe analizarse si, para efectos de la regulación de incompatibilidades, el acceso a los cargos de alcalde y personero son asuntos diferentes que exigen un trato disímil.

A primera vista podría considerarse que el actor acierta cuando afirma que las funciones del alcalde y personero son jurídicamente diferentes, pues no solo están insertos en órganos del poder público separados y autónomos (C.P. arts. 118 y 314) sino que una de las principales atribuciones constitucionales del personero municipal es la vigilancia de la conducta de las autoridades locales. A su vez, el jefe de la administración local debe desarrollar el programa de gobierno por el cual fue elegido popularmente (C.P. art. 259), mientras que la responsabilidad del personero escapa de los intereses mayoritarios y se ubica en la defensa del interés público (C.P. art. 118). Sin embargo, el actor se equivoca cuando compara el alcalde y el personero únicamente a partir del carácter funcional de los cargos, pues la regulación de incompatibilidades no pretende garantizar la capacidad y eficiencia en el ejercicio de las competencias, sino que busca preservar el “interés superior que puede verse afectado por una indebida acumulación de funciones o por la confluencia de intereses poco conciliables y capaces, en todo caso, de afectar la imparcialidad y la independencia que deben guiar las actuaciones de quien ejerce la autoridad en nombre del Estado”¹⁴. Por ende, si el objetivo constitucional de las incompatibilidades es la protección de la moralidad y transparencia públicas, el acceso a los cargos de alcalde y personero municipal pueden tratarse como iguales, puesto que las dos investiduras suponen el ejercicio de autoridad local y de la máxima responsabilidad social.

¹⁴ Sentencia C-181 de 1997. M.P. Fabio Morón Díaz.

Así las cosas, es válido constitucionalmente que el legislador equipare las causales de incompatibilidad para acceder a los cargos de alcalde y personero municipal si se tiene en consideración la finalidad propuesta con las restricciones para acceder y permanecer en la función pública. De hecho, la propia Constitución señala idénticos requisitos y condiciones para el desempeño de empleos estatales que pertenecen a diferentes órganos y Ramas del Poder Público. Entre muchos ejemplos, el artículo 280 de la Carta determina que “los agentes del Ministerio Público tendrán las mismas calidades, categorías... de los magistrados y jueces de mayor jerarquía ante quienes ejerzan el cargo” y, el artículo 266 superior dispone que el Registrador Nacional del Estado Civil deberá reunir las mismas calidades que se exige para ser magistrado de la Corte Suprema de Justicia. En consecuencia, el artículo 13 de la Constitución no impide que el legislador regule iguales causales de incompatibilidad para los personeros y alcaldes, pese a que desempeñan funciones diferentes.

10. Pero es mas, incluso si se concluyera que la naturaleza jurídica de las funciones ejecutivas y de control son totalmente disímiles de tal forma que no pueden equiparse desde ningún punto de vista, tampoco podría aceptarse la tesis del actor que sugiere la obligatoria regulación diferente de las incompatibilidades para desempeñar los cargos de alcalde y personero. En efecto, como lo ha dicho esta Corporación en múltiples oportunidades¹⁵, el derecho a la no discriminación no significa que la Constitución siempre exija un trato jurídico semejante para situaciones iguales o un trato diferente para supuestos fácticos disímiles. Por ende, se reitera, la hermenéutica correcta del artículo 13 de la Carta no conlleva a un igualitarismo jurídico ni prohíbe el trato diferente, simplemente exige justificación razonable y objetiva del trato disímil. Por consiguiente, similares condiciones para el ingreso y permanencia en la función pública pueden regularse razonada y proporcionalmente para diferentes cargos estatales.

11. Con base en lo anterior, la Corte deberá estudiar si las causales de incompatibilidad previstas para el alcalde y que se extienden al personero encuentran un sustento constitucional razonable y proporcional.

¹⁵ Entre muchas otras, pueden verse las sentencias C-221 de 1992, T-230 de 1994, C-223 de 1994, C-351 de 1995, T-835 de 2000 y T-1075 de 2000.

En primer lugar, la Corte precisa que, en el presente juicio de control abstracto de constitucionalidad, no le corresponde determinar las causales que corresponden a la investidura del personero municipal, por cuanto la interpretación concreta de la norma debe efectuarse por la jurisdicción de la legalidad competente. Así mismo, es necesario aclarar que, en esta oportunidad, la Corte no puede pronunciarse sobre la constitucionalidad de cada una de las causales consagradas en el artículo 96 de la Ley 136 de 1994, por cuanto no han sido acusadas por el demandante. Por lo tanto, sólo deberá estudiar la razonabilidad y proporcionalidad de la extensión de las incompatibilidades del alcalde al personero.

Pues bien, esta Corporación encuentra que la remisión de las incompatibilidades acusada tiene un objetivo constitucionalmente válido que se concreta en la búsqueda de la transparencia y moralidad de las actuaciones del Ministerio Público. También, es una garantía de imparcialidad e independencia inescindible a los órganos de control. Así mismo, estas incompatibilidades constituyen un instrumento necesario e idóneo para el logro de la finalidad que persigue la restricción, puesto que el ejercicio del Ministerio Público requiere de funcionarios, al igual que las alcaldías, altamente comprometidos con la defensa del interés público. Finalmente, la Corte no encuentra que la extensión de las causales del alcalde al personero sacrifique desproporcionadamente el derecho al acceso a la función pública de los aspirantes al ente de control, puesto que dentro de los fines primordiales del Estado se encuentran las necesidades de combatir la corrupción y la utilización de los bienes públicos para intereses individuales.”

Concepto DAFP

¿Puede un Personero Municipal formar parte de una Junta de Vigilancia de una Cooperativa sin ánimo de lucro? Rad. 5363/2002. (Radicación. EE4532 10/05/2002)

“... un Personero Municipal que es miembro de una Junta de Vigilancia de una Cooperativa de carácter privado, no estará inmerso en incompatibilidad ya que el hecho de integrar dicha junta, de acuerdo por lo expuesto, no implica el desempeño de un cargo o empleo privado, sino que se detenta una dignidad especial”.

Incompatibilidades miembros Juntas Directivas de Establecimientos Públicos, Empresas Industriales y Comerciales del Estado y Sociedades de Economía Mixta del Orden Territorial

Fundamento Legal

- **La Ley 734 de 2002**, Código Único Disciplinario, señala:

“Artículo 41. EXTENSIÓN DE LAS INHABILIDADES, INCOMPATIBILIDADES E IMPEDIMENTOS. Las inhabilidades, incompatibilidades e impedimentos señalados en la ley para los gerentes, directores, rectores, miembros de juntas directivas y funcionarios o servidores públicos de las empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, se hacen extensivos a las mismas autoridades de los niveles departamental, distrital y municipal”.

- **Decreto Ley 128 de 1976.**

“Artículo 10. DE LA PROHIBICIÓN DE PRESTAR SERVICIOS PROFESIONALES. Los miembros de las juntas o consejos, durante el ejercicio de sus funciones y dentro del año siguiente a su retiro, y los gerentes o directores, dentro del período últimamente señalado, no podrán prestar sus servicios profesionales en la entidad en la cual actúa o actuaron ni en las que hagan parte del sector administrativo al que aquella pertenece”.

“Artículo 14. DE LAS INCOMPATIBILIDADES DE LOS MIEMBROS DE LAS JUNTAS Y DE LOS GERENTES O DIRECTORES. Los miembros de las juntas o consejos directivos y los gerentes o directores no podrán, en relación con la entidad a la que prestan sus servicios y con las que hagan parte del sector administrativo al cual pertenece aquella.

a) Celebrar por sí o por interpuesta persona contrato alguno;

b) Gestionar negocios propios o ajenos, salvo cuando contra ellos se entablen acciones por dichas entidades o se trate de reclamos por el cobro de impuestos o tasas que se hagan a los mismos, a su cónyuge o a sus hijos menores, o del cobro de prestaciones y salarios propios.

Las prohibiciones contenidas en el presente artículo regirán durante el ejercicio de las funciones y dentro del año siguiente al retiro de la entidad.

Tampoco podrán las mismas personas intervenir, por ningún motivo y en ningún tiempo, en negocios que hubieren conocido o adelantado durante el desempeño de sus funciones.

No queda cobijado por las incompatibilidades de que trata el presente artículo el uso que se haga de los bienes o servicios que la respectiva entidad ofrezca al público bajo condiciones comunes a quienes los soliciten. Quienes como funcionarios o miembros de las juntas o consejos directivos de los organismos a que se refiere este artículo admitieren la intervención de cualquier persona afectada por las prohibiciones que en él se consagran, incurrirán en mala conducta y deberán ser sancionados de acuerdo con la ley”.

- **Ley 1105 de 2006.**

“**Artículo 5°.** El artículo 5° del Decreto-ley 254 de 2000 quedará así:

Artículo 5°. Del liquidador. El liquidador será de libre designación y remoción del Presidente de la República; estará sujeto al mismo régimen de requisitos para el desempeño del cargo, inhabilidades, **incompatibilidades**, responsabilidades y demás disposiciones previstas para el representante legal de la respectiva entidad pública en liquidación.

Sin perjuicio de lo anterior, podrá ser designado como liquidador quien se haya desempeñado como miembro de la junta directiva o gerente o representante legal de la respectiva entidad o en las que hagan parte del sector administrativo al que aquella pertenece”.

Jurisprudencia

✓ *El Consejo de Estado mediante sentencia del 24 de junio de 2004, de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Consejera Ponente: MARÍA NOHEMÍ HERNÁNDEZ PINZÓN respecto a las inhabilidades e incompatibilidades de los miembros de las Juntas Directivas, Gerentes y Directores de las empresas descentralizadas del Estado, expresó:*

“El régimen al que se refiere la citada disposición es el contenido en el Decreto 128 de 1976, expedido por el Presidente de la República en virtud de las facultades otorgadas por la Ley 28 de 1974.

En los artículos 10 y 14 señalados por el actor como violados, el decreto antes referido establece las siguientes prohibiciones e incompatibilidades para los miembros de las juntas directivas y representantes legales de las entidades descentralizadas:

“Artículo 10. DE LA PROHIBICIÓN DE PRESTAR SERVICIOS PROFESIONALES. Los miembros de las Juntas o Consejos, durante el ejercicio de sus funciones y dentro del año siguiente a su retiro, y los Gerentes o Directores, dentro del período últimamente señalado, no podrán prestar sus servicios profesionales en la entidad en la cual actúa o actuaron ni en las que hagan parte del sector administrativo al que aquella pertenece.

“(…)

“Artículo 14. DE LAS INCOMPATIBILIDADES DE LOS MIEMBROS DE LAS JUNTAS Y DE LOS GERENTES O DIRECTORES. Los miembros de las Juntas o Consejos Directivos y los Gerentes o Directores no podrán, en relación con la entidad a la que prestan sus servicios y con las que hagan parte del sector administrativo al cual pertenece aquella:

“a. Celebrar por sí o por interpuesta persona contrato alguno.

“b. Gestionar negocios propios o ajenos, salvo cuando contra ellos se entablen acciones por dichas entidades o se trate de reclamos por el cobro de impuestos o tasas que se hagan los mismos, a su cónyuge o a sus hijos menores, o del cobro de prestaciones y salarios propios.

“Las prohibiciones contenidas en el presente artículo regirán durante el ejercicio de las funciones y dentro del año siguiente al retiro de la entidad.

“Tampoco podrán las mismas personas intervenir, por ningún motivo y en ningún tiempo, en negocios que hubieren conocido o adelantado durante el desempeño de sus funciones.

“No queda cobijado por las incompatibilidades de que trata el presente artículo el uso que se haga de los bienes o servicios que la respectiva entidad ofrezca al público bajo condiciones comunes a quienes los soliciten.

“Quienes como funcionarios o miembros de las Juntas o Consejos Directivos de los organismos a que se refiere este artículo admitieren la intervención de cualquier persona afectada por las prohibiciones que en él se consagran, incurrirán en mala conducta y deberán ser sancionados de acuerdo con la ley”.

“En cuanto al artículo 10, el actor considera que este prohíbe a los gerentes o directores de las entidades descentralizadas “actuar nuevamente” en la misma entidad dentro del año siguiente al retiro, es decir, desempeñar dentro de ese período otro cargo en la entidad a la que estaban vinculados”.

“Para la Sala es inequívoco que la norma establece a los gerentes o directores la prohibición de prestar sus servicios profesionales en la entidad descentralizada a la que estuvieron vinculados, dentro del año siguiente al retiro.

Entendiendo que los servicios profesionales a los que se refiere la disposición en comento pueden ser prestados bien en virtud de una vinculación legal o reglamentaria, oral mediante una relación contractual, (...). (Resaltado nuestro).

Concepto DAFF

¿Un servidor público de la Unidad de Trabajo Legislativo de la Cámara de Representantes puede ser miembro de la Junta Directiva de una fundación privada sin ánimo de lucro? Rad. 10303-10326/2006 (Radicación. EE-6679 de 08-ago-06).

“...adelantada una revisión a las normas sobre la materia de inhabilidades e incompatibilidades aplicadas a los empleados públicos, ... no se encontró impedimento, para que un servidor público de la Cámara de Representantes forme parte de la Junta Directiva de una fundación privada sin ánimo de lucro de la misma localidad, siempre y cuando se haga fuera de la jornada laboral y no preste a título particular, servicios de asistencia o asesoría en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo de la entidad donde actualmente labora”.

Inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el estado

Fundamento Legal

- **Constitución Política:**

“Artículo 122.- “...”

Modificado Acto Legislativo 1 de 2004. *Art. 1º.* Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la Comisión de Delitos que afecten el patrimonio del Estado. Tampoco quien haya dado lugar, como servidor público, con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia judicial ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño”.

“Artículo 127. Incompatibilidades de los Servidores Públicos. Los servidores públicos no podrán celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales”.

- **Ley 80 de 1993.**

“Artículo 8º. DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES PARA CONTRATAR.

1º. Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales:

a) Las personas que se hallen inhabilitadas para contratar por la Constitución y las leyes.

b) Quienes participaron en las licitaciones o concursos o celebraron los contratos de que trata el literal anterior estando inhabilitados.

c) Quienes dieron lugar a la declaratoria de caducidad.

d) Quienes en sentencia judicial hayan sido condenados a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas y quienes hayan sido sancionados disciplinariamente con destitución.

e) Quienes sin justa causa se abstengan de suscribir el contrato estatal adjudicado.

f) Los servidores públicos.

g) Quienes sean cónyuges o compañeros permanentes y quienes se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con cualquier otra persona que formalmente haya presentado propuesta para una misma licitación o concurso.

h) Las sociedades distintas de las anónimas abiertas, en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios tenga parentesco en segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el representante legal o con cualquiera de los socios de una sociedad que formalmente haya presentado propuesta, para una misma licitación o concurso.

i) Los socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado la caducidad, así como las sociedades de personas de las que aquellos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria.

Las inhabilidades a que se refieren los literales c), d) e i) se extenderán por un término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de ejecutoria del acto que declaró la caducidad, o de la sentencia que impuso la pena, o del acto que dispuso la destitución; las previstas en los literales b) y e), se extenderán por un término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de ocurrencia del hecho de la participación en la licitación o concurso, o de la de celebración del contrato, o de la de expiración del plazo para su firma.

2°. Tampoco podrán participar en licitaciones o concursos ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva:

a) Quienes fueron miembros de la junta o consejo directivo o servidores públicos de la entidad contratante. Esta incompatibilidad solo comprende a quienes desempeñaron funciones en los niveles directivo, asesor o ejecutivo y se extiende por el término de un (1) año, contado a partir de la fecha del retiro.

b) Las personas que tengan vínculos de parentesco, hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil con los servidores públicos de los niveles directivo, asesor, ejecutivo o con los miembros de la junta o consejo directivo, o con las personas que ejerzan el control interno o fiscal de la entidad contratante. (Literal declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-429-97 del 4 de septiembre de 1997, Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero).

c) El cónyuge, compañero o compañera permanente del servidor público en los niveles directivo, asesor, ejecutivo, o de un miembro de la junta o consejo directivo, o de quien ejerza funciones de control interno o de control fiscal.

d) Las corporaciones, asociaciones, fundaciones y las sociedades anónimas que no tengan el carácter de abiertas, así como las sociedades de responsabilidad limitada y las demás sociedades de personas en las que el servidor público en los niveles directivo, asesor o ejecutivo, o el miembro de la junta o consejo directivo, o el cónyuge, compañero o compañera permanente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, afinidad o civil de cualquiera de ellos, tenga participación o desempeñe cargos de dirección o manejo.

e) Los miembros de las juntas o consejos directivos. Esta incompatibilidad solo se predica respecto de la entidad a la cual prestan sus servicios y de las del sector administrativo al que la misma esté adscrita o vinculada.

PARÁGRAFO 1°. La inhabilidad prevista en el literal d) del ordinal 2°. de este artículo no se aplicará en relación con las corporaciones, asociaciones, fundaciones y sociedades allí mencionadas, cuando por disposición legal o estatutaria el servidor público en los niveles referidos debe desempeñar en ellas cargos de dirección o manejo.

PARÁGRAFO 2°. Para los efectos previstos en este artículo, el Gobierno Nacional determinará qué debe entenderse por sociedades anónimas abiertas”.

“Artículo 9º. DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES SOBREVINIENTES. Si llegare a sobrevenir inhabilidad o incompatibilidad en el contratista, este cederá el contrato previa autorización escrita de la entidad contratante o, si ello no fuere posible, renunciará a su ejecución.

Cuando la inhabilidad o incompatibilidad sobrevenga en un proponente dentro de una licitación o concurso, se entenderá que renuncia a la participación en el proceso de selección y a los derechos surgidos del mismo.

Si la inhabilidad o incompatibilidad sobreviene en uno de los miembros de un consorcio o unión temporal, este cederá su participación a un tercero previa autorización escrita de la entidad contratante. En ningún caso podrá haber cesión del contrato entre quienes integran el consorcio o unión temporal”.

“Artículo 10. De las excepciones a las inhabilidades e incompatibilidades. No quedan cobijadas por las inhabilidades e incompatibilidades de que tratan los artículos anteriores, las personas que contraten por obligación legal o lo hagan para usar los bienes o servicios que las entidades a que se refiere el presente estatuto ofrezcan al público en condiciones comunes a quienes los soliciten, ni las personas jurídicas sin ánimo de lucro cuyos representantes legales hagan parte de las juntas o consejos directivos en virtud de su cargo o por mandato legal o estatutario, ni quienes celebren contratos en desarrollo de lo previsto en el artículo 60 de la Constitución Política”.

- **Ley 489 de 1998.**

“Artículo 113. INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Los representantes legales de las entidades privadas o de quienes hagan sus veces, encargadas del ejercicio de funciones administrativas están sometidos a las prohibiciones e incompatibilidades aplicables a los servidores públicos, en relación con la función conferida.

Los representantes legales y los miembros de las juntas directivas u órganos de decisión de las personas jurídicas privadas que hayan ejercido funciones administrativas, no podrán ser contratistas

ejecutores de las decisiones en cuya regulación y adopción hayan participado.”

Jurisprudencia

✓ **La Corte Constitucional en Sentencia C-429 de 1997**, Magistrado Ponente Dr. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, preceptúa:

“La inhabilidad para participar en licitaciones o concursos o para celebrar contratos estatales se predica de los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil con los empleados de los niveles directivo, asesor, ejecutivo o con los miembros de la junta o consejo directivo o con quienes ejercen el control interno o fiscal de la entidad contratante respectiva. Esto significa que para aplicar la correspondiente inhabilidad el operador jurídico debe dirigirse a las normas que definen los niveles de los empleos del poder público. Así, de acuerdo con el Decreto 1042 de 1978, los empleos de la Rama Ejecutiva se clasifican en distintos grupos. El nivel directivo “comprende los empleos a los cuales corresponden funciones de dirección general de los organismos principales de la Rama Ejecutiva del Poder Público, de formulación de políticas y de adopción de planes y programas para su ejecución”. En general se considera que los miembros de las juntas o consejos directivos de establecimientos públicos, sociedades comerciales del Estado, empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, pertenecen a esta categoría de empleos”.

✓ **El Consejo de Estado**, mediante concepto Radicación 1360 de julio 19 de 2001 de la Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero ponente: AUGUSTO TREJOS JARAMILLO, respecto a las excepciones de las inhabilidades e incompatibilidades en la contratación estatal, señala:

“El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, ley 80 de 1993, artículo 8°, dispone que son inhábiles para participar en concursos o licitaciones y para celebrar contratos con las entidades estatales: “a) Las personas que se hallen inhabilitadas para contratar por la Constitución y las leyes. (...) f) Los servidores públicos”. (...) Si bien el legislador ha previsto en forma taxativa las prohibiciones a los servidores públicos para contratar con entidades del Estado, también contempla algunas excepciones, entre

ellas, la adquisición de la propiedad accionaria del Estado, la adquisición por los congresistas de bienes y servicios que se ofrezcan en igualdad de condiciones a todos los ciudadanos y la genérica del artículo 10 de la ley 80 de 1993. Del contenido normativo de este precepto se deduce que la prohibición del artículo 127 constitucional, para el caso consultado, tiene aplicaciones restringidas, pues las inhabilidades e incompatibilidades de los artículos 8° y 9° de la ley 80 solo dejan de aplicarse cuando el objeto del contrato con la entidad estatal se remite al uso de bienes o servicios ofrecidos al público en condiciones comunes a quienes los soliciten. En cuanto a los servicios, baste referirse al uso de los denominados públicos domiciliarios prestados por las empresas públicas, los cuales son ofrecidos en general en condiciones comunes a quienes los requieren. Así, la unidad de medida, el valor de la tarifa, el cargo fijo, etc., son los mismos para todos los usuarios, eso sí teniendo en cuenta criterios de estratificación económica y social”.

✓ **La Corte Constitucional Sentencia C-221 de 1996**, respecto a las inhabilidades e incompatibilidades sobrevivientes, señaló:

“En nada se ofende el imperio de la Constitución por haberse establecido que el hecho de sobrevenir una causal de inhabilidad o incompatibilidad en cabeza de quien ya es contratista da lugar a la obligación de este de ceder el contrato previa autorización escrita de la entidad contratante, o a la de renunciar a su ejecución si aquello no fuere posible. Tampoco se vulnera la Carta por consagrar que quien participa en un proceso de licitación o concurso y resulta intempestivamente afectado por inhabilidades o incompatibilidades deba renunciar a dicha participación, ni se desconoce la normatividad superior por prever, como lo hace la norma, la cesión en favor de un tercero de la participación en el consorcio o unión temporal que licita o es contratista cuando la causa de inhabilidad o incompatibilidad se radica en uno de sus miembros. Si la Corte accediera a declarar la inconstitucionalidad solicitada, se tendría por consecuencia la desaparición de las reglas aplicables a los casos de inhabilidades o incompatibilidades sobrevivientes, sin motivo alguno para ella, ya que, por lo expuesto, ningún precepto de la Carta Política ha sido vulnerado, y, en cambio, sería posible una contratación que seguiría llevándose adelante pese a la existencia de tales situaciones jurídicas, con grave deterioro de la moralidad y la pureza de las correspondientes relaciones entre el Estado y los particulares”.

Concepto DAFP

¿La prima de un miembro de la Junta Directiva de una Empresa Social del Estado puede celebrar contrato de prestación de servicios con la misma entidad? Rad. 9854/2006 (Radicación. EE6464 de 26-Jul-06).

“La Ley 80 de 1993, es clara en establecer directamente que no podrá contratar con la respectiva entidad, la persona que se encuentra dentro del segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil con los miembros de la junta o consejo directivo de la entidad contratante; por consiguiente, ... quien se encuentre en cuarto grado de consanguinidad con un miembro de la Junta Directiva de una Empresa Social del Estado no está inhabilitada para celebrar contrato de prestación de servicios con la misma entidad”.

Concepto DAFP

¿Al desaparecer el Nivel ejecutivo de la estructura de las entidades del Estado, las personas que tengan vínculos de parentesco, hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil con los servidores públicos que desempeñaban cargos del nivel ejecutivo en una institución del Estado podrán celebrar contratos con la misma institución? Rad. 12964/2006. (Radicación. EE156 de 15-01-07).

“De acuerdo a lo anteriormente expuesto, teniendo en cuenta el fallo de la Corte Constitucional, el Gobierno Nacional tiene la facultad para suprimir los niveles jerárquicos que considere necesarios en su momento; por consiguiente, la supresión del nivel ejecutivo desde el punto de vista técnico, obedeció al modelo de organización en la Administración Pública que promoviendo una estructura horizontal y flexible, elimina lo estático de las jerarquías tradicionales. Estas tienden a ser más ágiles en la toma de decisiones, pues existe una mayor cercanía entre el nivel de decisión y el de ejecución y por ende se tiene mayor información oportuna y veraz.

En este orden de ideas, ... se considera que al desaparecer el Nivel Ejecutivo de las entidades del Estado, la inhabilidad establecida en el numeral 2 del artículo 8° de la Ley 80 de 1993, respecto a la celebración de contratos por aquellas personas que tienen vínculos de parentesco, con los servidores públicos que desempeñaban cargos del nivel ejecutivo en una institución del Estado con la cual se va a contratar, desaparece del ámbito jurídico al no existir el nivel ejecutivo en la estructura de las instituciones públicas”.

Algunas consideraciones sobre el Nuevo Código Disciplinario del Abogado Ley 1123 de 2007

Por Soraya Clavijo Ramírez*

Introducción

Varias cosas se han dicho por parte de la jurisprudencia y la doctrina en punto de la independencia y autonomía del Derecho Disciplinario frente al Derecho Penal y al Derecho Administrativo. El resultado de estos esfuerzos dirigidos a elaborar los contenidos propios de esta rama del derecho comenzaron a evidenciarse con la entrada en vigencia del primer Código Disciplinario Único (Ley 200 de 1995) y posteriormente se concretaron, con mayor solidez, con la promulgación de la Ley 734 de 2002 (Nuevo Código Disciplinario Único, en adelante, NCDU), cuerpo normativo que sin lugar a dudas sirvió como referente para la elaboración del Código Disciplinario del Abogado (Ley 1123 de 2007).

Ahora, si bien es cierto que la Ley 1123 de 2007 es una nueva evidencia de dicha autonomía, ello no significa que hasta ahora se haya abierto la posibilidad de aplicar los contenidos propios de la dogmática del derecho disciplinario en los procesos adelantados contra los abogados por incurrir en violaciones éticas en el ejercicio de su profesión, ni que vaya a darse un vuelco en la fundamentación que ya se venía utilizando para resolver esos asuntos; pues ello se venía haciendo tanto por algunas salas disciplinarias de los Consejos Seccionales y por el Superior de la Judicatura como por el Ministerio Público interviniente ante este último¹ a través de sus conceptos.

* Coordinadora del Grupo Ética del Viceprocurador General de la Nación.

¹ Competencia asignada al Viceprocurador en el artículo 17 numeral 10° del Decreto 262 de 2000.

Lo que debe destacarse es que la expedición de esta Ley constituye un hito importante comoquiera que además de reconocer legalmente lo que ya venía sucediendo en la práctica frente a la aplicación de la dogmática del derecho disciplinario, vino a facilitar la tarea del operador jurídico y a mejorar las posibilidades defensivas de sus destinatarios.

En efecto, mientras que antes, bajo el Decreto 196 de 1971, el juez disciplinario tenía la dificultad de aplicar los contenidos propios de esta rama del derecho toda vez que por expresa disposición legal los vacíos normativos tenían que ser llenados exclusivamente con las normas pertinentes del Código de Procedimiento Penal, ahora, ello le resultará más fácil si se tiene en cuenta que la nueva Ley admitió la aplicación de lo dispuesto en otros regímenes -entre ellos, por supuesto, el NCDU-, a través del principio de integración normativa, con la previsión de que su aplicación no contravenga la naturaleza del derecho disciplinario.

En lo que a la defensa de los destinatarios se refiere, ahora ellos tienen la certeza de que al exponer sus argumentos deben tener en cuenta la dogmática propia del derecho disciplinario y no los contenidos del derecho penal -como erróneamente y en algunos casos se hacía, lo que a su vez traía como consecuencia que dichos argumentos no fueran atendidos-².

Hechas las anteriores consideraciones, y antes de abordar el tema concreto de este escrito, resulta importante dejar por sentado que este trabajo no pretende agotar por completo el estudio de este nuevo régimen, sino tan sólo destacar algunos aspectos que considero importantes por su connotación frente a la premisa fundamental de independencia del derecho disciplinario con contenidos propios y por la novedad que representa en relación con la normatividad anterior.

Algunas consideraciones sobre la Ley 1123 de 2007

Lo primero que se debe decir es que la Ley 1123 de 2007 (Código Disciplinario del Abogado), no derogó totalmente el Decreto 196 de 1971 (Estatuto de los Abogados). En efecto, el último artículo de la nueva normatividad establece que sólo se deroga, en lo pertinente, el Decreto 196 de 1971 y demás normas que le sean contrarias.

² Sólo por nombrar dos ejemplos comunes: (i) alegaban la ausencia de vulneración a bienes jurídicos, cuando ya la doctrina y la jurisprudencia habían dicho que lo tutelado por el derecho disciplinario no eran bienes jurídicos sino deberes funcionales y profesionales; (ii) alegaban la inexistencia de un perjuicio material siendo que para la configuración del ilícito disciplinario no es necesaria la existencia de un resultado porque la realización de la conducta ya lleva implícita la vulneración al deber.

Ello encuentra su razón de ser en que el Decreto 196 de 1971 que es el Estatuto de los Abogados, no sólo establece el catálogo de deberes y el régimen disciplinario sino toda la reglamentación concerniente al ejercicio de la profesión³.

Por ello debe entenderse que, en términos generales, solo los Títulos V y VI fueron derogados y “sólo en lo pertinente”. Partiendo de esta premisa, la gran mayoría de las disposiciones de dicho Estatuto continúan vigentes.

Adicionalmente, debe destacarse que la Ley 1123 de 2007 consagró un régimen de transición según el cual los procesos que ya tuvieran auto de apertura de investigación, al entrar en vigencia esta Ley, continuarían tramitándose de conformidad con el procedimiento anterior.

Ahora bien, el Código Disciplinario del Abogado está dividido en tres Libros: la parte general, la parte especial y el procedimiento disciplinario. Puede adelantarse desde ahora que las novedades frente a la reglamentación anterior se encuentran fundamentalmente en los Libros Primero y Tercero, porque el Segundo -aunque con algunas faltas disciplinarias y deberes nuevos-, conserva la misma estructura del Decreto 196 de 1971, salvo por la inclusión del tema de las incompatibilidades que antes estaba regulado en el Título III dentro del ejercicio profesional.

Libro Primero - **PARTE GENERAL**

A continuación se harán algunos breves comentarios sobre algunos de los puntos que considero más importante destacar de esta parte general, los cuales versan sobre determinados principios rectores, los destinatarios del Código Disciplinario de los abogados, las modalidades de comisión de la falta disciplinaria y la prescripción de la acción disciplinaria.

Principios Rectores

Uno de los aspectos que llama la atención en este libro primero es la consagración de principios rectores, lo cual si bien es novedoso porque no existía

³ En el Título I (Disposiciones Generales), regula lo relacionado con la función social de la abogacía y la misión del abogado; el Título II (De la Inscripción), establece cómo se titula un abogado y cómo se hace su inscripción; el Título III (Del Ejercicio de la Profesión), establece las prohibiciones para ejercer la profesión, quién puede ejercerla, quién puede litigar sin ser abogado inscrito, los asuntos relacionados con la licencia provisional, las incompatibilidades y el ejercicio ilegal de la abogacía; el Título IV (Inspección y Vigilancia de la Profesión), -debe aclararse que muchas de las funciones establecidas en este título corresponden ahora al Consejo Superior de la Judicatura de conformidad con el artículo 256 de la Constitución Política, el artículo 75 de la Ley 270 de 1996, y el artículo 91 del Decreto 2150 de 1995-; el Título V (Deberes Profesionales del Abogado); y el Título VI (Régimen Disciplinario del Abogado), regula las faltas, sanciones, jurisdicción, competencia y procedimiento.

en el Decreto 196 de 1971, en realidad no es extraño dentro de nuestra cultura legislativa actual, especialmente en lo que toca con el derecho sancionador, prueba de lo cual son las similares regulaciones que sobre el tema traen también el Código Disciplinario Único y el Código Penal.

El Código Disciplinario del Abogado incorpora dieciséis principios rectores, entre otros, dignidad humana, legalidad, antijuridicidad, culpabilidad, favorabilidad, presunción de inocencia, *non bis in idem*, igualdad material, gratuidad de la acción disciplinaria, etc., los cuales son ampliamente conocidos y por ello los comentarios que frente a algunos de ellos se hará sólo tienen como fin destacar sus contenidos por ser propios del derecho disciplinario.

- El artículo 3 incorporó, con una redacción muy similar a la del artículo 4 del NCDU, el principio de legalidad estableciendo que el abogado sólo puede ser sancionado e investigado disciplinariamente por “comportamientos” descritos como falta en la ley vigente al momento de su realización. Ello enfatiza el hecho de que en el derecho disciplinario la norma apunta al desvalor de acto, como elemento fundamentador del injusto y no, al desvalor de resultado, lo cual tiene su razón de ser en que el objeto de la falta disciplinaria es la conducta, el “comportamiento”.

Puede entonces afirmarse que los tipos disciplinarios son normas con contenido ético, normas subjetivas de determinación que pretenden encauzar la conducta de los abogados hacia el cumplimiento de sus deberes profesionales, lo que explica que el análisis de relevancia esté centrado en sus “comportamientos” y no en los resultados que de estos se puedan derivar.

- En consonancia con lo anterior, debe decirse que la antijuridicidad quedó consagrada como principio rector en la medida en que sólo es posible incurrir en una falta disciplinaria, cuando la conducta desplegada por el abogado afecte, injustificadamente, los deberes profesionales consagrados en la Ley.

No sobra resaltar que el legislador, al replicar los contenidos establecidos en el NCDU, dejó pasar de largo la oportunidad de regular con mayor precisión un tema ya ampliamente decantado jurisprudencial y doctrinariamente, pues insistió en emplear el término de “antijuridicidad” cuando debió hablar de “ilicitud sustancial”, concepto en el que se encuentran fundidas la tipicidad y la antijuridicidad en atención a que “la tipicidad es la descripción de la infracción sustancial a un deber”⁴, lo que impide que el análisis de estos elementos -tanto en lo jurídico como en lo fáctico (constatación tempor-

⁴ Sobre el tema de la Ilícitud Sustancial se encuentran entre otros el artículo que con el mismo nombre publicó el Dr. Carlos Arturo Gómez Pavajeau en el Primer Volumen de la Obra Colectiva Lecciones de Derecho Disciplinario, pág. 17-38. 2006.

espacial de realización de la conducta y de la vulneración al deber) pueda adelantarse separadamente-.

- En cuanto al principio del debido proceso vale la pena destacar por ahora que, de la misma forma en que lo hizo el NCDU, la observancia de los trámites y ritos señalados en ella es tanto “formal” como “material” para enfatizar con ello en el respeto por las garantías, recogiendo, en últimas, lo establecido en el artículo 29 de la Constitución sobre el debido proceso como derecho fundamental.

- En relación con el principio de defensa vale la pena recordar que en el derecho disciplinario la defensa material prima sobre la técnica, a la inversa de lo que ocurre en el derecho penal, por cuanto no está en juego el *ius libertatis*, y por ello se admite que las garantías se apliquen matizadamente. Lo anterior deriva en el punto específico de que la persona puede asumir su propia defensa, lo cual se refleja en la redacción del artículo 12 que establece que el disciplinable tiene derecho a la defensa material, lo que por supuesto no obsta para que ella sea asumida por otro abogado, bien porque así lo desea el disciplinable o bien porque se le juzga como persona ausente.

- Por otra parte, el artículo 11 de la Ley 1123 de 2007 estableció que la función de la sanción disciplinaria es preventiva y correctiva, lo que encuentra sentido en que el fin del derecho disciplinario es, como ya se ha dicho, encauzar la conducta de sus destinatarios específicos hacia el cumplimiento de los deberes derivados de sus relaciones especiales de sujeción.

En ese sentido, el Consejo Superior de la Judicatura dijo lo siguiente: “(...) las sanciones éticas operan con una función progresiva de advertencia para el infractor, que si no ajusta su comportamiento profesional a los precisos derroteros éticos que se le han prefijado, puede verse afectado con la privación temporal y hasta definitiva del ejercicio de la abogacía”⁵.

En este sentido también ha dicho la doctrina que la sanción disciplinaria produce un efecto de advertencia, con clara incidencia en el ámbito de la culpabilidad, señala que los modelos de comportamiento aprehendidos en los deberes implican una determinación de la conducta conforme a ellos, lo cual persigue fundamentalmente que se introyecten como valores fundamentales de la especial misión que a ellos se les ha asignado en un Estado

⁵ Consejo Superior de la Judicatura, Sentencia de marzo 17 de 1994, radicación No. 1802/289, M.P. MIRYAM DONATO DE MONTOYA.

Social y Democrático de Derecho; queda asegurada así la función social que compete a los profesionales miembros de las profesiones intervenidas⁶.

- Ahora bien, la redacción del artículo 15 en punto del principio de interpretación del Código Disciplinario de los Abogados, permite concluir, al igual que en el NCDU, que el proceso disciplinario está afiliado a las teorías pluralistas dentro de la teoría general del proceso, porque además de tener como función (i) la realización del *ius puniendi*, -función única de la teoría monista-, tiene otras como: (ii) la consecución de la justicia, que desde el punto de vista constitucional se traduce en el reconocimiento efectivo, material y real de los derechos que le asisten a las personas y permite el surgimiento de los criterios de razonabilidad; (iii) la efectividad del derecho sustantivo, como quiera que el proceso y la ley son un instrumento para llevar a cabo la parte general del estatuto disciplinario. Es aquí donde cobra importancia el que haya una estructura y un concepto de falta, así como una consecuencia que es la sanción; (iv) la búsqueda de la verdad material porque el proceso debe avanzar en un grado satisfactorio de conocimiento de la verdad, por cuanto al recibirse la ***noticia criminis*** existe apenas una probabilidad mínima de que la conducta contraria al deber exista y pueda derivarse alguna responsabilidad, luego, con la formulación de los cargos, la probabilidad es máxima porque no sólo debe estar demostrada la ocurrencia de la falta, sino además existir prueba que comprometa la responsabilidad del implicado, y posteriormente, ya al momento de proferir sentencia sancionatoria, debe tenerse certeza sobre la existencia de la falta y la responsabilidad del implicado, pues de lo contrario debe aplicarse el principio de presunción de inocencia o el de *in dubio pro disciplinable*; y (v) el cumplimiento de los derechos y garantías debidos a las personas que en él intervienen, finalidad que no sólo atañe a los sujetos procesales sino también al quejoso.

- Por último, en cuanto al principio de integración normativa no sobra reiterar que la aplicación de las disposiciones previstas en los tratados internacionales sobre derechos humanos y deontología de los abogados, y lo dispuesto en el NCDU, procedimiento penal y civil está sujeta a que no sea desconocida la naturaleza del derecho disciplinario.

Sujetos Disciplinables

Otro de los temas regulados en la parte general es el atinente a los sujetos disciplinables. No sobra recordar que en el Decreto 196 de 1971, que fue expedido antes de entrar en vigencia la Constitución Política de 1991, los tipos disciplinarios eran de conducta abierta porque si bien estaban dirigidos a

⁶ GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo, "Dogmática del Derecho Disciplinario", Bogotá, 2004, pag. 231 y 232.

un sujeto activo cualificado -quien tuviera la calidad de abogado-, no estaba sometida a ninguna circunstancia de tiempo, modo o lugar. Con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 cambiaron las cosas porque la comisión de las conductas descritas en los tipos disciplinarios quedó sujeta a que el comportamiento tuviera lugar en el ejercicio de la profesión de abogado, quedando así, estos transformados en tipos de conducta cerrada.

Lo anterior se ve perfectamente reflejado en el numeral 3o. del artículo 256 ibídem, según el cual, corresponde al Consejo Superior de la Judicatura o a los Consejos Seccionales, “[e]xaminar la conducta y sancionar las faltas (...) de los abogados en el ejercicio de su profesión”, condición que constituyó una limitación a la punibilidad porque dejó por fuera muchas conductas realizadas por ellos pero por fuera del ejercicio profesional.

Por todo esto, el legislador en la Ley 1123 de 2007 dispuso que sus destinatarios son “los abogados en ejercicio de su profesión que cumplan con la misión de asesorar, patrocinar y asistir a las personas naturales o jurídicas, tanto de derecho privado como de derecho público, en la ordenación y desenvolvimiento de sus relaciones jurídicas así se encuentren excluidos o suspendidos del ejercicio de la profesión y que actúen con licencia provisional”.

Así mismo, y con el fin de zanjar otra discusión que en la práctica venía presentándose, el mismo artículo dispuso que también quedaban cobijados bajo este régimen los abogados que desempeñaran funciones públicas relacionadas con dicho ejercicio, así como los curadores *ad litem*. Igualmente los abogados que en representación de una firma o asociación de abogados suscribieran contratos de prestación de servicios profesionales a cualquier título.

De la acción y omisión

En relación con las formas de realización del comportamiento se evidencia una inexplicable preocupación por parte del legislador en establecer dentro de los regímenes disciplinarios que las faltas disciplinarias puedan ser cometidas tanto por acción como por omisión, y digo inexplicable porque ello resulta innecesario. En efecto, tal diferenciación no reviste mayor importancia toda vez que la esencia de la falta disciplinaria es la infracción a un deber, como lo ha reconocido la ley, la jurisprudencia y la doctrina, entonces resulta evidente que los deberes son susceptibles de ser desconocidos tanto por acción como por omisión, sin que ello modifique esencialmente la estructura de la falta.

Prescripción

Frente al tema de la prescripción basta señalar que el legislador tomó como término de prescripción de la acción disciplinaria en el nuevo Código Disciplinario del Abogado, el establecido en el artículo 17 de la Ley 20 de 1972, disposición que modificó el artículo 88 del Decreto 196 de 1971, esto es, cinco años contados, para las faltas instantáneas, desde el día de su consumación, y para las de carácter permanente o continuado desde la realización del último acto ejecutivo de las mismas⁷.

Se incluyó la renuncia a la prescripción de la acción disciplinaria, caso en el cual la acción sólo podrá proseguirse por un término máximo de dos años que se contarán a partir de la presentación personal de la solicitud, vencido el cual, si no se ha proferido y ejecutoriado la decisión definitiva sólo procede declarar la prescripción.

Libro Segundo - *PARTE ESPECIAL*

Deberes y faltas disciplinarias

Como ya se dijo, la estructura de este libro -que primero contiene el catálogo de deberes y luego la descripción de las faltas en particular-, es igual a la que tenía el Decreto 196 de 1971 en sus Títulos V y VI, con la única diferencia de que en esta nueva Ley quedó también incorporado el régimen de incompatibilidades, comoquiera que cualquier violación de las disposiciones legales que establece dicho régimen para el ejercicio de la profesión quedó contemplada como hipótesis fáctica de configuración de una falta disciplinaria.

Cabe destacar que los deberes profesionales del abogado consagrados en el artículo 47 del Decreto 196 de 1971 y ahora en el 28 de la Ley 1123 de 2007, no sólo son la esencia sobre la cual se edifica la ilicitud sustancial en materia disciplinaria, sino que cumplen un claro cometido sistemático que no es otro que el de orientar al operador jurídico en el proceso de adecuación típica, suministrándole los contornos y límites de lo típico y atípico, y sobre

⁷ Sobre el tema relacionado con el momento en que comienza a correr el término de prescripción en las conductas de carácter permanente puede consultarse el artículo "El deber como referente para determinar el agotamiento de la falta disciplinaria" publicado en el Primer Volumen de la Obra Colectiva Lecciones de Derecho Disciplinario, pág. 39-51. 2006, por la misma autora de este escrito.

todo, los criterios para dilucidar posibles problemas que se presenten en torno al concurso aparente de tipos⁸.

Al respecto vale la pena reiterar que, el derecho disciplinario aplicable a los abogados se estructura y fundamenta a partir de la infracción a los deberes, y su consagración legal, en concreto, la encontramos en la descripción de las conductas efectuada en los artículos 30 a 39 de la Ley 1123 de 2007, conocidos como tipos disciplinarios. Estas disposiciones desarrollan de manera concreta las infracciones punibles a los deberes profesionales del abogado consagrados en el artículo 28 *ibidem*.

El hecho de que los deberes profesionales son la fuente que da vida a la ilicitud sustancial en el derecho disciplinario, se hace evidente al constatar que los artículos que contienen los tipos disciplinarios coinciden con alguno de los deberes profesionales consignados en el catálogo del artículo 28. Lo anterior se aprecia más claramente cuando se mira el encabezamiento de los artículos que realizan las descripciones típicas. A manera de ejemplo pueden citarse los siguientes:

- ✓ Artículo 30. "Constituyen faltas contra la dignidad de la profesión"; coincide con la primera parte del numeral 5o. del artículo 28: "Conservar la dignidad de la profesión";
- ✓ Artículo 31. "Son faltas contra el decoro profesional"; coincide con el deber profesional consagrado en la segunda parte del numeral 5o. del artículo 28: "Conservar el decoro de la profesión";
- ✓ Artículo 32. "Constituyen faltas contra el debido respeto a la administración de justicia" ; coincide con el deber profesional consagrado en el numeral 7o. del artículo 28: "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";
- ✓ Artículo 33. "Son faltas contra la recta y leal administración de justicia" coincide con el deber profesional consagrado en el numeral 6o. del artículo 28 "Colaborar legalmente en la recta administración de justicia";

⁸ Consejo Superior de la Judicatura, Auto de octubre 27 de 1993, radicación No. 1623-254. M.P. Edgardo José Maya Villazón.

- ✓ Artículo 34. "Constituyen faltas de lealtad con el cliente"; coincide con el numeral 8o. del artículo 28 : "Obrar con absoluta lealtad en sus relaciones con los profesionales";
- ✓ Artículo 35. "Constituyen faltas a la honradez del abogado"; coincide con el deber profesional consagrado en la segunda parte del numeral 8 del artículo 28 : "Obrar con absoluta honradez en sus relaciones con los clientes";
- ✓ Artículo 36. Constituyen faltas a la lealtad profesional"; coincide con el deber profesional consagrado en el numeral 11 del artículo 28: "Proceder lealmente con sus colegas";
- ✓ Artículo 37. "Incorre en falta a la debida diligencia profesional" coincide con el deber profesional consignado en el numeral 10; del artículo 28: "Atender con celosa diligencia sus encargos profesionales".

Esta relación de correspondencia entre deber y falta demuestra que los deberes profesionales del abogado, consignados en el artículo 28 de la Ley 1123 de 2007, estructuran y fundamentan los respectivos tipos disciplinarios y sirven como parámetro de interpretación en la labor de delimitación de las conductas punibles, descartando las que no lo son, al momento de realizar el proceso de adecuación típica por parte del juez disciplinario.

Por otra parte, al observar el catálogo de los deberes y de las faltas disciplinarias se hace patente que el legislador, antes que introducir cambios profundos a lo ya existente lo que hizo fue agregar algunos nuevos deberes y faltas -que en la mayoría de los casos ya se encontraban tutelados, en materia de deberes, o descritos, en materia de faltas, sólo que de manera más genérica-. En general, puede decirse que la intención fue individualizar algunos deberes, regular con mayor detalle las conductas más graves o reiteradas y mejorar la redacción de aquellas frente a las cuales existía algún tipo de dificultad en su interpretación o al momento de adelantar los procesos de adecuación típica.

A manera de ejemplo puede mencionarse: (i) dentro del deber del abogado de atender con celosa diligencia sus encargos profesionales, se entendían incluidos -aunque no lo dijera específicamente el Decreto 196 de 1971-, el de actualizar sus conocimientos, el de aceptar y desempeñar las defensas oficiosas en que fuera designado y el de controlar a sus abogados suplentes y dependientes judiciales, entre otros. La Ley 1123 de 2007 lo que hizo fue consagrar independientemente del deber de diligencia profesional los demás mencionados. (ii) Dentro del deber de colaborar legalmente con la

recta y cumplida administración de justicia podían entenderse incluidos, en la anterior regulación, el de prevenir litigios innecesarios, inocuos o fraudulentos, el de incurrir en actuaciones temerarias, el de exhortar a los testigos a decir la verdad, mientras que en la nueva estos últimos fueron incorporados autónomamente.

Como deberes realmente novedosos pueden destacarse el relativo a la defensa y la promoción de los Derechos Humanos, el de tener un domicilio profesional y el de facilitar los mecanismos alternativos de solución de conflictos, pues, se itera, los mayoría de los restantes encontraban tutela dentro de los ya existentes en el Decreto 196 de 1971⁹.

Frente a la consagración de las faltas disciplinarias la situación se asemeja a lo ya explicado. Muchos de los tipos disciplinarios descritos en el Decreto 196 de 1971 eran de conducta abierta, lo cual es usual dentro de esta rama del derecho, comoquiera que no sería posible describir cada una de las conductas prohibidas para los abogados porque la lista de faltas sería interminable, razón por la cual el legislador lo que hace es incorporar las conductas determinables y de las de mayor ocurrencia, y, para las demás, consigna descripciones más amplias o generales dentro de las cuales puedan adecuarse diversas hipótesis fácticas.

Por supuesto, dicha técnica legislativa se mantiene en la Ley 1123 de 2007, y aunque fueron incorporadas conductas realmente novedosas como infringir el deber relacionado con el domicilio profesional (numeral 13 artículo 33 Ley 1123 de 2007), en la mayoría de los casos lo que se observa es que el legislador se dio a la tarea de incorporar nuevos tipos disciplinarios -que en realidad ya existían como conductas punibles a través de los tipos abiertos-, solo que ahora cuentan con descripciones independientes.

Solo por citar en ejemplo puede mencionarse el supuesto de hecho, según el cual, el abogado se hace entregar y recibe del secuestro los bienes sujetos a medidas cautelares, conducta con la cual está quebrantando de manera manifiesta el sentido de la figura del secuestro, que no es otro diferente a mantener en un plano de igualdad a las partes frente a los bienes objeto de litigio, para lo cual estos son entregados a un tercero imparcial y ajeno a la controversia.

⁹ Aparte de los dos ya mencionados: (iii) conservar la dignidad y el decoro de la profesión, (iv) observar y exigir mesura y respeto en sus relaciones con los funcionarios, colaboradores y auxiliares de la justicia, (v) obrar con lealtad y honradez en sus relaciones con los clientes, (vi) guardar el secreto profesional y (vii) proceder lealmente con los colegas.

Esta conducta era constitutiva de la falta contemplada en el numeral 1o. del artículo 52 del Decreto 196 de 1971, la cual señalaba que se atenta contra la lealtad debida a la administración de justicia cuando se presenta “el abuso de las vías de derecho o su empleo en forma contraria a su finalidad”.

En el Código Disciplinario del Abogado se creó un tipo independiente para describir esta conducta, según el cual, son faltas contra la recta y leal administración de justicia y los fines del Estado “Aconsejar, patrocinar o intervenir en cualquier acto que comporte el desplazamiento de las funciones propias de los auxiliares de la justicia. También incurre en esta falta el abogado que de cualquier modo acceda a los bienes materia de litigio o involucrados en este mientras se encuentre en curso” (numeral 7o. artículo 33 de la Ley 1123 de 2007).

Por supuesto, el tipo abierto se mantiene en el numeral 8o. *ibidem* comoquiera que son muchas las maneras en que un abogado puede abusar de las vías de derecho o emplearlas en forma contraria a su finalidad solo que, en el ejemplo propuesto, al legislador le pareció prudente hacerlo de manera independiente dada la frecuente realización de esta conducta.

Sanciones

La tendencia en la Ley 1123 de 2007 fue la de imponer sanciones más severas, por ello desapareció la amonestación, entendida como la reprensión privada que se hacía al infractor de la falta. Se mantuvieron la censura y la exclusión, y el tope máximo de la suspensión se aumentó hasta tres años. Se incluyó una suspensión especial, que puede ser de 6 meses a 5 años, cuando la conducta sea realizada como apoderado o contraparte de una entidad pública. Se incluyó la multa, con la previsión de que esta podía imponerse autónomamente o en concurrencia con las sanciones de suspensión y exclusión atendiendo a la gravedad de la falta.

En cuanto a los criterios de graduación de la sanción se agregaron a los ya existentes (modalidad y circunstancias de comisión de la falta y los motivos determinantes del comportamiento), la trascendencia social de la conducta y el perjuicio causado. Respecto a este último criterio debe destacarse que su constatación o ausencia no incide en la configuración del ilícito ni de la falta disciplinaria y su existencia solo se tiene en cuenta como condición objetiva de punibilidad.

Como criterios de atenuación punitiva fueron incluidos: la confesión antes de cargos -porque indudablemente ella evita un desgaste innecesario a la

administración de justicia-, y el resarcimiento del daño por iniciativa propia, -en aplicación al criterio de reparación al afectado-.

Como criterios de agravación se incluyeron: la afectación de derechos humanos y fundamentales, la atribución de responsabilidad infundada a un tercero, el concurso, la reincidencia, el aprovechamiento de las circunstancias de ignorancia, necesidad o inexperiencia del afectado y la utilización de los dineros recibidos en virtud del encargo.

Vale la pena detenerse en la utilización de los dineros recibidos en virtud del encargo para hacer las siguientes consideraciones:

- El Decreto 196 de 1971 consagraba como faltas disciplinarias contra la honradez del abogado, entre otras, las señaladas en los numerales 3o. y 4o. del artículo 54 relacionadas con la retención y utilización de dineros, bienes o documentos suministrados para las gestiones, o los recibidos de otras personas por cuenta del cliente.
- La consagración de las conductas de retención y utilización en dos numerales distintos trajo algunos problemas al momento de realizar su adecuación típica por parte de los Consejos Seccionales de la Judicatura en la medida en que el legislador marcó su diferencia, ateniéndose únicamente al significado ontológico de cada uno de estos verbos rectores, sin incorporar elementos adicionales para matizarlas o concretarlas.
- Ante dicho problema, la Viceprocuraduría, como representante del Ministerio Público, consideró que debía entenderse que cuando la norma hablaba de “retener” significaba mantener por cierto tiempo los documentos o dinero, y que cuando hablaba de “utilización” era porque existía apropiación u otro destino.

Así mismo consideró que para determinar ante cuál de tales conductas típicas se estaba presente, resultaba necesario acudir a los elementos probatorios que reposaban dentro del plenario, porque siendo la prueba el único basamento válido para proferir una resolución judicial, no resultaba coherente con los principios de legalidad, presunción de inocencia y necesidad de la prueba, tomar cualquier tipo de decisión alejada de ella, y por lo mismo, debía entenderse que para tipificar la conducta como retención, resultaba suficiente establecer que el abogado efectivamente había recibido los bienes y no los había entregado inmediatamente a su legítimo destinatario; mientras que para tipificar la conducta como utilización, se requería, adicionalmente, que existiera prueba inequívoca de que los mismos habían salido de su órbita de custodia, hecho que trasuntaba la apropiación de los mismos.

➤ Ajenos a tal postura, en múltiples oportunidades, los Consejos Seccionales de la Judicatura adecuaron las conductas indistintamente y terminaron por imputar “utilización” aunque dentro del expediente sólo obrara prueba que ofreciera certeza sobre la “retención”, empleando como criterio el mero paso del tiempo, lo que generó inseguridad jurídica y llevó a administrar justicia arbitrariamente, pues terminó en manos del operador jurídico la potestad de determinar después de cuánto tiempo de haberse retenido el dinero podía predicarse la utilización del mismo.

Ante tal panorama, se llegó al absurdo de que a partir de pruebas idénticas se adoptaron soluciones diversas, porque mientras para algunos operadores era claro que si no había prueba demostrativa de la utilización debía imputarse retención, para otros la existencia de un periodo prolongado de tiempo durante el cual perduraba la retención era suficiente para suponer que los bienes habían sido utilizados, suposición en todo caso desprovista de piezas probatorias objetivas que permitiera tener certeza sobre su ocurrencia.

➤ Por todo lo anterior, y con el fin de evitar y corregir las situaciones que se venían presentando, el legislador, en la Ley 1123 de 2007, optó por refundir estas dos conductas en una sola para establecer como contrario a la honradez del abogado “[n]o entregar a quien corresponda y a la menor brevedad posible dineros, bienes o documentos recibidos en virtud de la gestión profesional, (...)” (Artículo 35 numeral 4o.).

Adicionalmente -como ya se dijo-, en el artículo 45 literal C numeral 4o. *ibidem*, estableció como criterio de agravación de la sanción: “La utilización en provecho propio o de un tercero de los dineros, bienes o documentos que hubiere recibido en virtud del encargo encomendado”.

➤ La nueva regulación pretendió evitar el conflicto mencionado comoquiera que la conducta de “no entregar” evidentemente es susceptible de ser cometida tanto por la “retención” como por la “utilización” que de los valores y objetos referidos haga el abogado, y por lo mismo, debe entenderse que estas dos conductas aún son punibles, solo que ahora establecer si se cometió la una o la otra no es relevante para adelantar el proceso de adecuación típica -pues en cualquier caso se tratará de la “no entrega”-, sino para graduar la sanción.

➤ Desafortunadamente algunos Consejos Seccionales de la Judicatura no están dando el alcance mencionado a la nueva reglamentación, y en una equivocada interpretación de la misma han entendido que la conducta de

“utilización” pasó a ser exclusivamente un criterio de agravación en la graduación de la sanción y que desapareció como falta disciplinaria.

Resulta importante hacer hincapié en esto último, porque además de que tal interpretación no se deriva de la redacción legislativa, ni corresponde con el espíritu de la ley, su aplicación abriría paso a la mayor impunidad, cualquiera que terminaría por legitimar la realización de una conducta tan grave como la “utilización” por parte de los abogados en contravía de su deber de honradez con el cliente.

Libro Tercero - ***PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO***

Teoría del proceso

En relación con este tema lo primero que debemos hacer es diferenciar dos conceptos: el de sistema procesal y el de esquema procesal.

Sin querer profundizar en las diferentes teorías y conceptos que a lo largo de la historia se han elaborado respecto a estos dos conceptos, simplemente debo manifestar que: El sistema procesal es un conjunto de características que determinan el enjuiciamiento de una persona, y corresponde con un momento histórico determinado, de manera tal que si se habla de sistema inquisitivo nos ubicamos en la época de la inquisición, y si se habla del sistema acusatorio lo hacemos en el sistema inglés del siglo XVIII o norteamericano del siglo XX. Por su parte, el esquema procesal es un modelo teórico que puede ser acusatorio o inquisitivo y para su conformación se extraen algunas características predominantes en cada uno de los sistemas aunque como tal no se asocia con ellos.

Son varias las características que identifican uno y otro sistema, pero de todas ellas las que determinan que un procedimiento sea de esquema acusatorio o inquisitivo son las siguientes:

1. Separación o no de la función de investigación y juzgamiento.
2. Derecho de contradicción en el que interviene o no el juez.
3. Que el juez sea parte o un tercero.

Partiendo de las anteriores consideraciones se puede concluir que el proceso disciplinario en Colombia, incluido, por supuesto, el de los abogados, es de esquema de tendencia inquisitiva por las siguientes razones:

- No hay división de funciones de investigación y juzgamiento. Es el mismo funcionario quien adelanta todo el proceso desde que se recibe la *noticia criminis* hasta que se concluye con una decisión definitiva.
- El operador jurídico interviene en la controversia porque determina si las pruebas solicitadas son o no conducentes y porque además puede decretar pruebas oficiosamente.
- El operador jurídico no es un tercero sino parte en la controversia, es más, es la contraparte del implicado. Él debe buscar fundamentalmente establecer la realidad y existencia de unos hechos, para lo que debe darse a la tarea de confrontar las pruebas de cargos con las de descargos a fin de obtener los elementos de juicio que le permitan concluir, en últimas, si una persona puede o no ser declarada disciplinariamente responsable.

Ahora bien, en cuanto a la estructura misma del proceso se debe concluir que es mixto porque además tiene algunas características del esquema acusatorio tales como la oralidad (que fue consagrada en el trámite de primera instancia de la Ley 1123 de 2007), su connotación de proceso y juicio público, y la libertad probatoria.

Procedimiento formal

Lo primero que debe decirse es que el derecho a sancionar, esto es el ejercicio del *ius puniendi*, depende de la cabal realización del debido proceso, lo que implica la previa existencia de un régimen normativo que contemple todos los extremos de las potenciales actuaciones y procedimientos, esto es, un estatuto rector que establezca y regule los principios, las hipótesis jurídicas y sus consecuencias, los actos y etapas, los medios probatorios, los recursos, las instancias correspondientes, y por supuesto, la autoridad competente para conocer y decidir sobre los pedimentos y excepciones. El debido proceso debe comprender todos estos aspectos¹⁰, y sólo es posible la imposición de sanciones en la medida en que este se observe.

En la Ley 1123 de 2007 se encuentra la regulación de todos esos aspectos en el libro tercero, pues en su orden establece los principios rectores del proceso disciplinario, las normas sobre competencia, lo relacionado con los impedimentos y recusaciones, las notificaciones y comunicaciones, los recursos y la ejecutoria de las providencias, las pruebas, las nulidades y el trámite procesal.

¹⁰ C 107 de 2004

A continuación se harán tan sólo algunas anotaciones muy puntuales respecto de la actuación procesal propiamente dicha, comoquiera que su consagración, específicamente la del trámite de primera instancia es una de las principales novedades de la Ley 1123 de 2007 frente a la regulación del Decreto 196 de 1971, y también frente al proceso ordinario de la Ley 734 de 2002, pues curiosamente, no se asemeja a este sino a los procedimientos especiales consagrados en el NCDU, de manera tal que sus principios de forma, en especial el de la oralidad, el de concentración y el de celeridad, pueden predicarse también del Código Disciplinario del Abogado.

El trámite de primera instancia se caracteriza por ser expedito y verbal, pues aunque existen algunas actuaciones que se desarrollan por escrito, el procedimiento se adelanta en dos audiencias. Estas están precedidas por un trámite preliminar cuya finalidad es exclusivamente establecer la condición de disciplinable del denunciado, esto es, su calidad de abogado, por lo que una vez acreditado dicho requisito de procedibilidad debe proferirse el auto de apertura del proceso disciplinario en el que fija el día y la hora para realizar la audiencia de pruebas y calificación provisional.

La eficacia de dicho auto de apertura está sometida a que se surta su notificación personal, garantizando, de paso, el cumplimiento del principio de publicidad. En efecto, el legislador dispuso que a partir de dicho auto la actuación disciplinaria debía ser conocida por todos los intervinientes, esto es, por el investigado, su defensor y por el Ministerio Público. Debe tenerse en cuenta que si bien el quejoso no ostenta tal calidad, tiene las facultades de ampliar la queja, aportar pruebas e impugnar las decisiones que ponen fin a la actuación, por ello también debe ser citado a la audiencia.

Llegado el día y la hora para la audiencia de pruebas y calificación provisional, se presenta la queja o el informe, y a continuación se permite al sujeto disciplinable rendir versión libre, si ese es su deseo, también el defensor puede referirse sobre los hechos imputados; ambos tienen la facultad de solicitar o aportar pruebas, petición que deberá resolverse allí mismo, si se accede a su práctica, son decretadas junto con las pruebas de oficio que se consideren necesarias.

La audiencia puede ser suspendida máximo por 30 días para la práctica de las pruebas, cuando su naturaleza así lo exija; una vez evacuadas, aquella se reanuda y se procede a calificar la actuación con la terminación de la actuación, decisión susceptible de ser apelada, o con la formulación de cargos que deberá contener la imputación en sus extremos fáctico y jurídico, y la

modalidad de la conducta. Luego de su formulación sobreviene una nueva etapa probatoria.

En cuanto a los cargos, debe resaltarse que en su contra no proceden recursos; sin embargo, y dado que ellos son de naturaleza provisional, se admite la posibilidad de que puedan ser modificados después de que se agoten las etapas probatorias¹¹. Si ello ocurre, se debe garantizar al implicado sus derechos de defensa y contradicción, y por lo tanto este podrá solicitar o aportar nuevas pruebas y presentar las explicaciones que considere necesarias.

La segunda audiencia es la de juzgamiento; en ella, establece la Ley que, luego de practicadas las pruebas pendientes, debe darse la palabra al representante del Ministerio Público -si concurre- y luego, al disciplinable y a su defensor. A pesar de que la norma es clara en establecer que dicho uso de la palabra se otorga “por un breve lapso y evitando prolongaciones indebidas”, debe entenderse que esta limitación debe circunscribirse exclusivamente a que las intervenciones no se extiendan a hechos diferentes a aquellos que constituyen el objeto de la imputación, pero no a que estas puedan limitarse temporalmente al implicado y/o a su abogado, pues ciertamente ello podría vulnerar el derecho de defensa¹².

Terminada dicha audiencia el funcionario tiene cinco días para registrar el proyecto de fallo, y la Sala otros cinco días para proferir sentencia que debe contener: la identidad del investigado, un resumen de los hechos, el análisis de las pruebas, la valoración jurídica de los cargos y de los argumentos defensivos presentados, la calificación de la falta, la culpabilidad y las razones de la absolución o sanción, caso este último en el cual deben exponerse los criterios tenidos en cuenta para su graduación.

¹¹ En punto de la modificación del pliego de cargos, la Corte Constitucional en su sentencia C-1076 de 2002, refirió frente al artículo 165 del CDU, que ello es posible porque la finalidad del proceso es buscar la verdad real y por ello se debe contar con la posibilidad de que el funcionario o corporación a cuyo cargo se encuentra la decisión final pueda modificar, parcial o totalmente, las apreciaciones sobre las cuales dio inicio al proceso.

Así mismo señaló la Corte, en la sentencia C-491 de 1996, que si las diligencias iniciales dentro del proceso daban lugar a pensar algo que en el curso del mismo se demuestra equivocado o susceptibles de ser corregido, la obligación del juez al adoptar la decisión de mérito es la de declarar el equivoco o la inexactitud, dilucidando el punto y resolviendo de conformidad con lo averiguado, sin que en ello se vea comprometida la defensa de la persona sometida a juicio, quien accede a la justicia precisamente para que se defina su situación, fundada en la verdad real y no apenas en calificaciones formales ajenas a ella.

¹² Dentro del proceso especial que se adelanta ante el Procurador General de la Nación, la Corte Constitucional en la sentencia C- 982-02, señaló que él puede solicitar que las intervenciones se limiten a los asuntos relacionados con la actuación pero que no puede limitar temporalmente la exposición de los argumentos.

Por último, en cuanto al trámite de la segunda instancia, la norma sólo reguló la actuación que debe surtirse después de que el proceso ingresa al Despacho para proferir el fallo, evidenciándose un vacío legislativo porque no se dispuso cuál es el procedimiento que debe surtirse antes de que ello suceda; tal vacío, sin embargo puede ser llenado, acudiendo a lo dispuesto en los artículos 82 y 83 del Decreto 196 de 1991 (modificados por el artículo 2^a del Decreto 1064 de 1980), pues no puede dejarse de lado que este Estatuto sólo fue derogado “en lo pertinente”.

Así las cosas, el trámite será el siguiente: una vez repartido el asunto, debe ordenarse que el expediente pase en traslado por cinco días al Ministerio Público para que emita concepto y en seguida fijarse en lista, por igual término, para que los interesados puedan formular sus alegaciones por escrito, antes de que se profiera la decisión.

Para terminar, debo reiterar que este escrito constituye apenas una aproximación al Código Disciplinario del Abogado, y pretende simplemente resaltar, de una parte, algunos de sus aspectos más novedosos; y de la otra, aquellos que de manera más evidente ponen de presente la innegable existencia del derecho disciplinario como rama autónoma, independiente y con contenidos propios.



LIBRO TERCERO
PROCESAL DISCIPLINARIO

La prueba ilegítima en la jurisprudencia

Por Carlos Arturo Gómez Pavajeau*

Eminentes procesalistas han dicho que las normas del procedimiento son el sismógrafo a través del cual se determina el grado de respeto por las reglas formales y principios materiales de un Estado Social y Democrático de Derecho.

Compartimos plenamente tal diagnóstico, empero, el mismo descansa en gran medida en la teoría y debe ser perfeccionado, toda vez que el examen se limita a la extensividad de las afectaciones a los derechos fundamentales y no a la intensividad. Es un sismógrafo, podríamos decir, que no ha entrado en la era digital, pues para predicar el establecimiento de un real diagnóstico se hace necesario que se profundice de lo cuantitativo a lo cualitativo y de lo teórico a la praxis judicial; en fin, de lo formal a lo material.

Ello sólo se logra con los principios y reglas probatorias propias del Estado Constitucional de Derecho puestas en actualidad y dinamizadas en la ecuación teoría y praxis judicial, toda vez que, como magistralmente lo ha expuesto la jurisprudencia civil respecto de las pruebas, “se estima que son el alma y nervio del *processus*”, en tanto se constituyen en “instrumento dinámico de cardinal e insospechada valía”¹.

* Viceprocurador General de la Nación. Profesor de Derecho Penal y Disciplinario de la Universidad Externado de Colombia.

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de junio 29 de 2007, M.P. CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO, radicación 05001-31-10-006-2000-00751-01.

Pero también es evidente que la eficacia que demanda el carácter intervencionista del Estado se encuentra limitado por su noción liberal:

... es claro que aunque es cierto que la búsqueda de la verdad fáctica es un objetivo constitucional que no puede abandonarse por las autoridades que tienen a su cargo esa labor, también lo es que, a lo largo de la historia y en desarrollo de la política criminal, los Estados han diseñado diferentes modelos o técnicas para la averiguación de lo sucedido, puesto que, dentro del marco de la sociedad democrática, se trata de conciliar la tensión existente entre el respeto por las libertades y derechos ciudadanos y la efectividad del derecho penal que, en sentido estricto, no es más que el reflejo del ejercicio legítimo del *ius punendi* del Estado.

En el diseño de modelos procesales que buscan reconstruir los hechos y hacer coincidir la verdad fáctica con la verdad probada en el proceso, los Estados han utilizado fórmulas que oscilan entre la visión autoritaria de la justicia que autoriza a encontrar la verdad a toda costa, hasta la de los Estados democráticos en los cuales la verdad jurídica es una garantía que concilia la defensa de los derechos del procesado y de la víctima, de tal suerte que la verdad, que hace justicia, está referida a aquella que logra constatar hechos a partir de la prueba obtenida con las garantías propias del Estado Constitucional.

Este modelo de justicia penal en el que el Estado pretende obtener la verdad con las garantías de libertad es el adoptado en la Constitución de 1991, pues sin lugar a dudas la verdad en el proceso penal no puede alcanzarse a cualquier precio ni en todos los momentos y circunstancias históricas. Así, no puede desconocerse que la constitucionalización de las garantías procesales en el proceso penal es un mecanismo imperativo y necesario para concretar el valor superior del reconocimiento y realización de la justicia en el ordenamiento jurídico. De esta forma y, refiriéndose a la rigurosidad de las formalidades en el proceso penal para la protección de los derechos de los implicados, se ha concluido que *“se distorsiona la verdad por medio de numerosas garantías jurídicas, como por ejemplo las prohibiciones de prueba, que se imponen en el camino de la indagación de toda la verdad. Ellas nos obligan a no tomar conocimiento de partes de la realidad y a dejarlas a un lado en la*

búsqueda de la verdad. También esto resulta en una verdad formal” (Klaus Volk)².

Es el grado de cumplimiento de dichos principios y reglas lo que permite no sólo la operatividad del sismógrafo sino del aparato complejo que cuente, mida, pese y pondere valorativamente todo el *clima global* de respeto por los derechos y garantías fundamentales: allí radica la pretensión de este trabajo.

Así es como se determina si el Estado combate a los corruptos o delincuentes con las armas del Estado de Derecho o con sus mismas armas: legitimidad versus ilegitimidad o ilegitimidad versus ilegitimidad es el dilema fundamental.

Por ello el artículo 6 de la Ley 734 de 2002 expresa categóricamente, a través de un principio rector, que condiciona y dirige la legitimidad de la actuación procesal y la interpretación de las reglas probatorias:

El sujeto disciplinable deberá ser investigado por funcionario competente y *con observancia formal y material* de las normas que determinen la ritualidad del proceso, en los términos de este código y de la ley que establezca la estructura de la Procuraduría General de la Nación (resaltado fuera de texto).

Si así son las cosas es obvio que “quien intervenga en la actuación disciplinaria será tratado con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano” y, si bien en la interpretación y aplicación de la ley disciplinaria debe atenderse la búsqueda de la verdad material, no debe desconocerse que ello sólo puede lograrse en el marco de la Constitución y los tratados sobre derechos humanos, esto es, en “el cumplimiento de los derechos y garantías debidos a las personas” (artículos 8º, 20 y 21 *ibidem*).

El eminente constitucionalista RODOLFO ARANGO ha conceptualizado que *“quien intercepta ilegalmente una comunicación viola derechos constitucionales y comete un delito, quien la usa también es un delincuente”³.*

1. Cláusulas constitucionales sobre reserva judicial en la afectación de derechos fundamentales

² Corte Constitucional, sentencia C-396 de mayo 23 de 2007, M.P. MARCO GERARDO MONROY CABRA. Fundamentos jurídicos 13 y 14.

³ Diario “El Tiempo”, página 14, de mayo 16 de 2007.

La Carta Política consagra una serie de barreras jurídicas a través de las cuales se protegen los derechos fundamentales.

Es así como establece que toda interceptación de una comunicación o interferencia en la intimidad de una persona, efectuada sin orden de autoridad competente, para el efecto juez de la República, es inconstitucional. El artículo 15 de la Carta Política, que consagra la reserva judicial absoluta en tales materias⁴, así lo confirma, lo cual la hace nula de pleno derecho a la luz del artículo 29 *ibídem* y de la jurisprudencia.

El artículo 14, inciso 1º, de la Ley 906 de 2004 señala que “toda persona tiene derecho al respeto de su intimidad. Nadie podrá ser molestado en su vida privada”.

La protección de las comunicaciones no tiene excepciones, pues si no distinguen las normas de la Carta Política y la jurisprudencia constitucional, no le es dable hacerlo a la ley o al intérprete. Así lo dispone el artículo 235 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 15 de la Ley 1142 de 2007, al señalar que se protegen “las comunicaciones telefónicas, radiotelefónicas y similares que utilicen el espectro electromagnético”, las cuales sólo se podrán interferir por orden judicial de autoridad competente. Tal norma, en lo mencionado, conserva la estructura anterior y original; por tanto tal garantía siempre ha tenido existencia en nuestro medio.

También debe precisarse que el artículo 15 se complementa con el artículo 28 de la Carta Política, al expresar este que “nadie puede ser molestado”, sintetizando el llamado “derecho a ser dejado en paz”, producto de la integración de las dos normas⁵, pero suministrándole un alcance mayor.

En un Estado de Derecho rigen principios y reglas según los cuales “se limita y controla el poder estatal y se protegen y realizan los derechos del individuo”; por tanto, el debido proceso “es exigente en materia de legalidad, ya que no solamente pretende que el servidor público cumpla las funciones asignadas, sino que además lo haga en la forma que lo determina el ordenamiento jurídico”: “La verdad no se ha de investigar a cualquier precio, sino protegiendo a la persona con su dignidad, su personalidad y su desarrollo;

⁴ Ver entre otras sentencias de la Corte Constitucional la C-822 de 2005, M.P. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, Fundamento jurídico 5.1; C-1092 de 2003, M.P. ÁLVARO TAFUR GALVIS y C-336 de 2007, M.P. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, Fundamentos jurídicos 7º y 25.

⁵ Corte Constitucional, sentencia T-787 de 2004, M.P. RODRIGO ESCOBAR GIL.

es por ello que existe una estrecha relación entre el derecho procesal y el derecho constitucional”⁶.

El artículo 9 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia señala que “es deber de los funcionarios judiciales respetar, garantizar y velar por la salvaguarda de los derechos de quienes intervienen en el proceso”.

2. Facultades del Procurador General de la Nación para afectar constitucionalmente derechos fundamentales

De la jurisprudencia constitucional se desprende que los anteriores principios y reglas son aplicables a la justicia disciplinaria, incluso cuando su forma es la del acto administrativo, toda vez que, al remitirse el principio de integración consagrado en el artículo 21 de la Ley 734 de 2002 al sistema procesal penal, lo cual ha reiterado la Corte Constitucional⁷, se produce la jurisdiccionalización del proceso disciplinario y tal como se ha afirmado, nos encontramos ante la verificación de que “*las autoridades disciplinarias despliegan una actividad con contenidos materiales propios de la función de administrar justicia*”⁸, esto es, se trata de “*una actuación administrativa en la que materialmente se cumple la función de administrar justicia*”⁹.

Así debe precisarse que la expresión reserva judicial absoluta, en los términos de la jurisprudencia constitucional, hace referencia a la noción de juez competente.

Empero, en materia disciplinaria, las expresiones constitucionales “orden judicial” (artículo 15) y “autoridad judicial competente” (artículo 28) comprenden facultades propias del Procurador General de la Nación, quien, al amparo del artículo 116 inciso 3º de la Carta Política, puede tener facultades jurisdiccionales, puesto que administra justicia disciplinaria en sentido material:

“Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas ...”.

El párrafo del artículo 277 de la misma es enfático en preceptuar que la Procuraduría General de la Nación tendrá, para efectos de sus funciones, atribuciones de Policía Judicial.

⁶ Corte Constitucional, sentencia T-521 de 1992, M.P. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

⁷ Corte Constitucional, sentencia C-107 de febrero 10 de 2004, M.P. JAIME ARAUJO RENTERÍA.

⁸ Corte Constitucional, sentencia C-014 de 2004, Fundamento Jurídico No. 11, M.P. CÓR DOBA TRIVIÑO.

⁹ Corte Constitucional, sentencia SU-901 de 2005, Fundamento Jurídico No. 4, M.P. CÓR DOBA TRIVIÑO.

El artículo 135 de la Ley 200 de 1995 disponía que “el Procurador General de la Nación tendrá atribuciones jurisdiccionales para el ejercicio de las funciones de Policía Judicial que la Constitución le confiere” y, en consecuencia, “podrá dictar las providencias necesarias para el aseguramiento y práctica de pruebas”. El artículo 137 *ibídem*, sobre la **INTANGIBILIDAD DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES**, demandaba que las pruebas se practicaran “con acatamiento estricto de las garantías constitucionales y legales”.

La Corte Constitucional señaló en torno a la constitucionalidad de esta norma¹⁰:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 277 de la Carta, “El Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados o agentes, tendrá las siguientes funciones:

1. Vigilar el cumplimiento de la Constitución, las leyes, las decisiones judiciales y los actos administrativos.
2. Proteger los derechos humanos y asegurar su efectividad, con el auxilio del defensor del Pueblo.
3. Defender los intereses de la sociedad.
4. Defender los intereses colectivos, en especial el ambiente.
5. Velar por el ejercicio diligente y eficiente de las funciones administrativas.
6. Ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley.
7. Intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario, en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales.
8. Rendir anualmente informe de su gestión al Congreso.
9. Exigir a los funcionarios públicos y a los particulares la información que considere necesaria.
10. Las demás que determine la ley.

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia C-244 de mayo 30 de 1996, M.P. CARLOS GAVIRIA DÍAZ.

Para el cumplimiento de sus funciones la Procuraduría tendrá atribuciones de policía judicial, y podrá interponer las acciones que considere necesarias.” (Lo subrayado no es del texto)

Por otra parte, el artículo 117 de la Ley Suprema le asigna al Ministerio Público “la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas”.

Obsérvese que es la misma Constitución la que le otorga a la Procuraduría General de la Nación, esto es, al Procurador General y a sus agentes y delegados, la facultad de ejercer funciones de Policía Judicial. Las que, según la norma impugnada, se dirigen exclusivamente a dictar las providencias necesarias para el aseguramiento y práctica de pruebas, tanto en la etapa de indagación preliminar como durante la investigación disciplinaria.

Con fundamento en estas disposiciones cabe preguntar ¿qué funciones, que ordinariamente cumplen los cuerpos u organismos de policía judicial, puede ejecutar la Procuraduría General de la Nación, para efectos del aseguramiento y práctica de pruebas en los procesos disciplinarios? Para responder esta pregunta, es necesario recordar que dicho cuerpo especializado en materia penal cumple, entre otras funciones, la de practicar capturas, allanamientos, interceptación de comunicaciones, registro de correspondencia, vigilancia electrónica, etc., previa orden escrita de la autoridad judicial competente.

Entonces, como para el aseguramiento de pruebas en procesos disciplinarios, se podrían cumplir actos como el registro de correspondencia, la interceptación de teléfonos, la vigilancia electrónica, etc., los cuales están íntimamente relacionados con la restricción de ciertos derechos fundamentales, es indispensable que sean ordenados por autoridad judicial; de ahí que se le haya atribuido a la Procuraduría, en la norma que es objeto de acusación, funciones jurisdiccionales, en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 116 del Estatuto Superior que prescribe: “Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos”. Requisitos que se cumplen en el caso que se examina, pues la Procuraduría General de la Nación, a pesar de ser un organismo de control, independiente y autónomo, es de carácter administrativo, y se le atribuyen funciones jurisdiccionales para un asunto concreto, como es la

expedición de las providencias necesarias para el aseguramiento y práctica de pruebas, en la indagación preliminar al igual que en la investigación disciplinaria.

El artículo 175 de la Ley 734 de 2002 reprodujo, esencialmente, el contenido de su norma homóloga que aparecía en la Ley 200 de 1995.

La Corte Constitucional reiteró la constitucionalidad de dicha norma por sentencia C-1121 de noviembre 1º de 2005, M.P. HUMBERTO SIERRA PORTO, rememorando lo dicho en la sentencia C-244 de 2006, agregando, de manera clara y diáfana, que “la expedición del Acto Legislativo 03 de 2002 no modificó las atribuciones de policía judicial que el artículo 277 constitucional confiere a la Procuraduría General de la Nación, razón por la cual no se ha producido un cambio del contexto normativo constitucional que justifique apartarse del precedente sentado por esta Corporación”.

El Consejo de Estado¹¹, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia¹² y la Fiscalía General de la Nación¹³ así lo han reconocido.

3. Concepto de prueba inconstitucional e ilegal: su ilegitimidad

La jurisprudencia viene distinguiendo entre pruebas inconstitucionales o ilícitas y pruebas ilegales o irregulares, según sea el rango normativo de los preceptos infringidos en la producción o aducción de la prueba:

Grosso modo, la prueba es “ilícita”, en efecto, cuando pretermite o conculca específicas garantías o derechos de estirpe fundamental. Como lo pone de presente la doctrina especializada, la prueba ilícita, más específicamente, “...es aquella cuya fuente probatoria está contaminada por la vulneración de un derecho fundamental o aquella cuyo medio probatorio ha sido practicado con idéntica infracción de un derecho fundamental. En consecuencia, ... el concepto de prueba ilícita se asocia a la violación de los citados derechos fundamentales” (Joan Picó I Junoy), hasta el punto que algunos prefieren denominar a esta prueba como inconstitucional (Vid: Corte Constitucional, sentencia SU-159-02).

¹¹ Presidencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, auto de abril 29 de 2005, M.P. GERMÁN RODRÍGUEZ VILLAMIZAR, radicación 11001031500020040121200.

¹² Sala de Casación Penal, sentencia de julio 18 de 2002, M.P. ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN, radicación 12.689.

¹³ Resoluciones de marzo 22 de 2005 de la Unidad Segunda de Patrimonio Económico de Bogotá, sumario 773165 y de agosto 15 de 2006 de la Unidad de Fiscalía ante el Tribunal de Bogotá, radicación 773165.

La prueba es ilegal o irregular, por el contrario, cuando no pretermite un precepto constitucional fundamental sino uno de índole legal, en sentido amplio, de suerte que será la tipología normativa objeto de infracción, en esta tesitura, la llamada a determinar si se está ante una u otra clase de prueba, sobre todo a partir de la noción de derechos o garantías fundamentales. Si es la Carta Política la quebrantada, particularmente uno o varios derechos de la mencionada estirpe, la prueba se tildará de ilícita, mientras que si la vulnerada es una norma legal relativa a otra temática o contenido, se calificará de ilegal o irregular.

La diferencia reinante entre este tipo de probanzas, útil es relievarlo, no sólo es dogmática y referida a su fuente preceptiva y a su específico contenido, habida cuenta de que tiene asignadas trascendentes y disímiles consecuencias en la órbita jurídico-probatoria, según autorizada opinión. Tanto que, *ad exemplum*, se señala que la prueba ilícita, en línea de principio, no es pasible de valoración judicial, comoquiera que carece de eficacia demostrativa –desde luego, con algunas puntales excepciones a partir de la adopción del criterio o postulado de la proporcionalidad-, al paso que la ilegal o irregular sí lo será, aspecto este, por lo demás, no pacífico en el derecho comparado¹⁴.

Pensamos que tal apreciación debe necesaria e imprescindiblemente recibir ajustes precisos en tanto abriga, por su inexactitud, una vocación de expansión que terminará en la praxis judicial por generalizarse, convirtiendo lo excepcional en norma.

Lo primero que debe manifestarse es que la prueba inconstitucional no debe ser valorada. De todos modos, como la jurisprudencia ha abierto posibilidad alternativa, ello sólo debería proceder en casos verdaderamente excepcionales, cuando se presente una tensión en concreto entre principios constitucionales¹⁵ que resulte irresoluble sino es acudiendo a una ponderación de derechos entre sujetos donde uno de ellos se encuentra al margen de la juridicidad.

Los casos excepcionales conocidos por la jurisprudencia nos pueden suministrar elementos materiales para ello. Se ha dicho:

¹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de junio 29 de 2007, M.P. CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO, radicación 05001-31-10-006-2000-00751-01.

¹⁵ La aparente contrariedad entre principios constitucionales no lleva a la invalidación de uno de ellos, sino a una tensión donde no queda invalidado el principio que exprese un peso relativamente menor: ALEXI ROBERT. Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica en Revista Doxa 5, p. 141.

...surge claro que el denunciante estaba grabando su propia voz, para lo cual no necesitaba autorización judicial, y si bien lo hizo con desconocimiento por parte de sus interlocutores, los acusados, como estaba motivado por el proceder indecoroso puesto de presente con antelación por el señor XXX, su comportamiento se legitima, dado que era lógico suponer que iba a ser víctima de un delito, evento en el cual la vía por la que optó se torna en un válido mecanismo de defensa de sus intereses, máxime que en la clase de delitos porque se procede, el funcionario que “vende” su labor actúa al amparo de la clandestinidad, eludiendo la posibilidad de dejar rastros. En este contexto, se cumplen los presupuestos que la Corporación tiene señalados para concluir en la legalidad de la grabación que, de su propia voz y por propia iniciativa, obtiene la víctima de un delito.

Valga la oportunidad para que la Sala actualice el planteamiento expuesto en sentencia del 16 de marzo de 1988 (...), cuando consideró la posibilidad legal que tiene la víctima para preconstituir -con la ayuda de la tecnología a su alcance-, la prueba del delito.

Al efecto debe decirse que con la actual refiguración constitucional del Estado como Social de Derecho -fundado en el respeto por la dignidad humana-, la libertad y autonomía individuales cobran especial relevancia al punto de garantizarse a la persona natural el ejercicio de sus facultades “sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico” (art. 16 C.N.).

Siendo ello así, mal podría esgrimirse impedimento alguno o exigir autorización judicial para que las personas graben su propia voz o su imagen, o intercepten su línea telefónica, si estas actividades no se hallan expresamente prohibidas. Este aserto resulta avalado si se tiene en cuenta que quien así actúa es precisamente el afectado con la conducta ilícita, y por ende, eventualmente vulneradora de sus derechos fundamentales, por lo que su proceder se constituye en un natural reflejo defensivo.

Pero el derecho a la autonomía individual, aquí referido, no es absoluto. Una de sus limitaciones es el derecho a la intimidad ajena, también de rango constitucional fundamental, emanado del de la dignidad humana e íntimamente ligado al libre desarrollo de la personalidad, por virtud del cual no pueden ser intervenidos los actos de la esfera privada de las personas, siendo exclusivamente estas quienes pueden decidir su divulgación sin que ello implique su renuncia, pues se trata de un derecho indisponible¹⁶.

¹⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 30 de noviembre de 2001, radicación 13.948.

En otra oportunidad se dijo:

Por ello, por vía excepcional, con relación al específico tópico de la necesidad de esclarecer o evitar un delito, la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal ha reiterado legítima la grabación de las conversaciones privadas de la víctima, cuando a través de esa operación técnica se puede preconstituir prueba con la finalidad de denunciar o enervar un hecho que se presume delictivo ...

El derecho fundamental a la *intimidad* consagrado en el artículo 15 de la Constitución Política, se concreta en que “*la correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables*” y en que “*sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley*”.

Los titulares de ese derecho son el productor de la comunicación y su interlocutor, quienes a menudo ocuparán uno y otro lugar, porque la comunicación se construye en una dialéctica de intervenciones mutuas, con mensajes y respuestas que se generan alternativamente.

Cuando está de por medio un delito, y se precisa preconstituir prueba, ante la urgencia de asegurar la evidencia, la conversación “privada” entre la víctima y el implicado en la actividad delictiva, bien puede dejar de ser “privada” en términos jurídicos, cuando la víctima accede a que su conversación sea grabada, filmada o registrada en medios técnicos, con fines investigativos y procesales.

Se precisa entonces ponderar tales derechos desde la perspectiva del mejor efecto constitucional posible.

En ese ejercicio es razonable privilegiar el derecho de la víctima, puesto que al establecer la verdad, dentro de un marco de justicia material, utilizando para ello las voces y las imágenes así grabadas, se logran los fines constitucionales atribuidos al proceso penal en mayor medida, que si se optara por la solución contraria; es decir, si se concediera preponderancia a la *intimidad* del implicado como derecho absoluto o intangible, mientras la autoridad judicial no disponga lo contrario¹⁷.

¹⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de febrero 9 de 2006, radicación 19.219. Reiteró la sentencia de junio 29 de 2005, radicación 19.227.

Se precisó, tajantemente, para evitar muy seguramente que las excepciones siguieran proliferando que:

Por ello conviene advertir que, cuando no se trate de grabar la propia voz, o recoger documentalmente la propia imagen, ni de interceptar la línea telefónica que se tiene, sino de registrar comunicaciones o imágenes privadas de otras personas, es necesario que se obre en cumplimiento de una orden emanada de autoridad judicial competente, en cuanto ello implica invadir la órbita de intimidad personal ajena, también protegida como derecho constitucional fundamental (art. 15), como se dejó dicho¹⁸.

Como se puede ver, de manera nítida e incontrovertible, sólo podría ser valorada una prueba inconstitucional cuando nos encontremos ante una colisión de derechos fundamentales de dos o más personas, que se grabe la voz o la imagen de los participantes en una conversación o encuentro, que ello sea con autorización de quien resulta ser víctima de un delito o el titular o administrador del medio de comunicación intervenido y que lo que la intervención refleje afecte a los victimarios.

En realidad, desde el punto de vista jurídico más riguroso, allí no existe ilegitimidad de la prueba y por lo tanto no puede decirse que nos encontremos ante una prueba inconstitucional, puesto que la colisión de bienes constitucionales individuales, trasuntada en una tensión de principios constitucionales, se ha relativizado dándole preponderancia al principio y/o derecho que ampara a un sujeto que se encuentra en *mejor posición jurídica* en tanto el otro u otros se han colocado con su propio comportamiento al margen del ordenamiento jurídico.

La víctima, que como tal aparece como la parte débil de una acción antijurídica de otro, debe, necesaria e imprescindiblemente, ser amparada por la juridicidad; la misma autoriza legítimamente que su comunicación o interacción social sea intervenida por medios técnicos o tecnológicos y el victimario, que también en principio está amparado por un mismo principio y/o derecho constitucionales, se ha colocado al margen del derecho.

Es, sin duda alguna, la misma situación jurídica que se presenta en la legítima defensa de la vida y cuando se sacrifica igual derecho fundamental. Quien se defiende –reactor- y el agresor gozan de igual dignidad y del derecho a la vida, empero, por ser antijurídico el acto que se realiza por parte del

¹⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 30 de noviembre de 2001, radicación 13.948.

actor y no teniendo el Estado el medio adecuado en el momento oportuno para solventar el peligro, la tensión se resuelve a favor de quien se encuentra dentro de los márgenes de la legitimidad. Como decía CARRARA respecto de la legítima defensa, el individuo recobra, en la situación concreta, su derecho natural a solventar individualmente las situaciones de peligro en que se encuentra.

En realidad, probatoriamente, allí lo que se presenta es una prueba compleja, donde la víctima da cuenta con su testimonio de la situación antijurídica vivida y la respalda con el medio tecnológico.

Tales presupuestos convierten dichos eventos en algo verdaderamente peculiar y como tal, como lo ha dicho la jurisprudencia, podrían ser admitidos: “esa línea de pensamiento excepcional está afincada en que las conversaciones provengan de la persona afectada con la conducta presuntamente ilícita y del sujeto agente de la misma, así como que el autor de la respectiva grabación haya sido uno de ellos y que haya procedido de tal manera, precisamente, con fines de preconstituir la prueba del punible o de establecer su inocencia”¹⁹.

El gran problema surge cuando jurisprudencialmente las situaciones excepcionales se van sumando, como ya parece que es la tendencia de los tribunales de justicia:

... podrá concluirse la viabilidad de apreciar una prueba que, en principio o *prima facie*, luzca como ilícita, ponderación que, en cada asunto en particular, corresponderá realizar y justificar a los jueces, para lo cual, *ex abundante cautela*, habrán de examinar si en la específica controversia en que se aduzca el respectivo elemento demostrativo está seriamente comprometido el interés general, o el orden público, o el derecho de un menor, preferente por mandato del artículo 44 de la Carta Política, etc., al igual que la específica forma como se obtuvo el mismo, los derechos superiores conculcados, el titular de estos, la existencia de otras pruebas que sirvan al propósito de comprobar similares hechos a cuya acreditación apunta el medio irregular, entre otras circunstancias. De allí que, en la hora de ahora, no se torne admisible y tampoco conveniente la rigidez pregonada por algunos, debido a que en esta materia no rige un principio inmutable y, por contera, absoluto. Muy por el contrario, reconociendo el carácter general de la proscripción en cita, se posibilita su excepción, conforme a las circunstancias, razón por la

¹⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de junio 29 de 2007, M.P. CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO, radicación 05001-31-10-006-2000-00751-01.

cual no es procedente un rechazo totalizador, *a fuer que a priori*, toda vez que habrá casos de casos, en los que pueda tornarse apropiada y procedente una respuesta disímil²⁰.

Así entonces, los altos tribunales de justicia y las diferentes salas que los componen, citándose unos a otros, como antecedentes sobre la apreciación excepcional de lo que afirman es una prueba inconstitucional, irán construyendo un catálogo de constelaciones que desembocarán en la perversión del instituto de la nulidad de pleno derecho de la prueba.

De allí que la intervención de la Corte Constitucional en estas materias debe ser necesaria, pues como órgano de cierre²¹, en cuanto a la interpretación de la Carta Política, debe establecer finalmente cuál de varias interpretaciones es la que más se ajusta a esta. Muy claramente se ha dicho que “si bien el juez de la causa es quien le fija el alcance a la norma que aplica, no puede hacerlo en oposición a los valores, principios y derechos constitucionales, de manera que, debiendo seleccionar entre dos o más entendimientos posibles, debe forzosamente acoger aquel que se ajuste a la Carta Política”²².

En cuanto a la expresión prueba ilegal también se nos antoja que resulta inexacta, habida cuenta de que necesariamente habría que distinguirse entre quebrantamiento de la legalidad que desarrolla disposiciones constitucionales, las cuales deben recibir un tratamiento igual que la situación anterior, y quebrantamientos legales que no comportan una infracción directa de la Carta Política.

No hacer tal distinción llevaría a dos equívocos que se deben evitar: a) Que todo lo que tiene origen constitucional y se ha desarrollado legalmente y no sea observado originaría una *ilegalidad*, abriéndose paso entonces la posibilidad de burlar las disposiciones de la Carta Política; b) Las regulaciones legales atinentes a los ritos, como hacen parte del debido proceso y este se constituye en un derecho fundamental, implicaría que todo desconocimiento del rito, por nimio que fuere, originaría una *ilicitud* con las consecuencias ya planteadas.

De allí que, entonces, los ritos que no dan cuenta directamente de derechos y garantías constitucionales y sean quebrantados, deben someterse al juicio que demandan los principios que gobiernan materialmente las ineficacias

²⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de junio 29 de 2007, M.P. CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO, radicación 05001-31-10-006-2000-00751-01.

²¹ Organización de los Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Informe 57/07, caso 12.448, SERGIO EMILIO CADENA ANTOLINEZ, Colombia. Aprobado por la Comisión en su sesión 1717 celebrada el 25 de julio de 2007.

²² Corte Constitucional, sentencia T-086 de febrero 8 de 2007, M.P. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. Fundamento Jurídico 4.1.4. cita 70.

procesales (artículos 310 de la Ley 600 de 2000 y 143 parágrafo de la Ley 734 de 2002).

Esos principios, por virtud de la llamada constitucionalización del proceso penal, no son otros diferentes a principios constitucionales dinamizados legalmente, que se constituyen en parámetros para enjuiciar las irregularidades desde la perspectiva de la trascendencia y según la cual no toda irregularidad adquiere la categoría de ineficacia por virtud de lo dispuesto en el artículo 228 de la Carta Política –prevalencia del derecho sustancial-:

El orden justo y el debido proceso

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 esta 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 entraña mengua del derecho de intervenir en el proceso en que 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 CP.), 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 ostensiblemente²³.

Más recientemente ha precisado la jurisprudencia constitucional:

Principios aplicables a la declaración de nulidades procesales en materia penal.

Los principios rectores de la nulidad de cara al sistema procesal penal que imperó a partir de la Constitución de 1991 y hasta la

²³ Corte Constitucional, sentencia T-267 de 2000, M.P. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO. Fundamento Jurídico 1.

entrada en vigencia del sistema penal acusatorio, pueden resumirse en dos paradigmas esenciales: El primero, entendido como lo que la doctrina ha llamado el *principio de elasticidad de las formas*, y el segundo, el respeto al *principio de lealtad de los sujetos procesales* al demandar la invalidez de las actuaciones judiciales; este último específicamente consagrado en el artículo 17 del C. de P.P. (Ley 600 de 2000) y 18 del Decreto 2700 de 1991, otrora vigente. La doctrina y la jurisprudencia han recogido de manera recurrente estos principios de la siguiente manera: i) *de especificidad*, ii) *de trascendencia*, iii) *de protección*, iv) *de convalidación*, v) *de instrumentalización de las formas*, vi) *de ejecutoria material*, vii) *de la seguridad jurídica*, y, viii) *de la naturaleza residual*.

El artículo 308 del Decreto 2700 de 1991²⁴, norma aplicable al caso en estudio, tomando en cuenta la época de los hechos, que en similar sentido fue plasmado en el artículo 310 de la Ley 600 de 2000, en donde se articulan la gran mayoría de los principios antes enunciados, los cuales deben apreciarse de manera concurrente, contiene en su numeral 2º *el Principio de Trascendencia*, en virtud del cual la *nulidad* no puede solicitarse simplemente en defensa de la ley, es indispensable demostrar que la irregularidad sustancial “*afecta garantías de los sujetos procesales, o desconoce las bases fundamentales de la instrucción y el juzgamiento*”.

Se ha considerado que no es aceptable la concepción de que el perjuicio consista en la afectación del “*derecho a la defensa*”, puesto que ello significaría que las nulidades solo han sido establecidas en beneficio del procesado. Así lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia al conformar una clara línea jurisprudencial en torno a dicho principio:

²⁴ 1º) 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.

2º) 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.

3º) 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.

4º) Los actos irregulares pueden convalidarse por el consentimiento del perjudicado, siempre que se observen las garantías constitucionales.

5º) Sólo puede decretarse cuando no exista otro medio procesal para subsanar la irregularidad sustancial.

6º) No podrá declararse ninguna nulidad distinta a las señaladas en el artículo 304 de este Código.

“La preservación del trámite apreciado como sustancial e insustituible está concebida a favor y en perjuicio de todos. No hay motivo, tampoco, para preguntarse, ante la violación de un precepto de esta magnitud, por la clase de perjuicio que ha generado. Sería tanto como aceptar que el legislador trascendentaliza el sometimiento a ciertos preceptos de trámite, porque sí, sin que los mismos representen en su desconocimiento la inevitable causación de un daño para quienes tienen que ejercitar sus facultades valiéndose de sus normas.

Cuando la declaratoria de nulidad supralegal se tenga como garantía propia y exclusiva del procesado, se estará admitiendo que éste puede desentenderse, hasta fraudulentamente de la regularidad básica del procedimiento porque siempre podrá invocar el vicio anulatorio en su favor si las decisiones finales le son adversas y oponerse de modo eficaz a todo intento de enmienda que dimane de las otras partes.

Por el contrario, cuando esta facultad se extiende a todos, se estará introduciendo un factor de lealtad tan fecundo que movilizará los esfuerzos de quienes intervienen en el proceso para hacer de este un trámite siempre válido, soporte de la sentencia absolutoria o de condenación”²⁵.

Por otra parte, en providencia más reciente, la misma Corporación sostuvo:

“Realmente lo que la Corte tiene establecido es que en virtud del principio de trascendencia que rige en materia de nulidades (no hay nulidad sin daño), su declaratoria solo es posible si la irregularidad que se demanda realmente afecta las garantías de los sujetos procesales o, dado el caso, si desconoce las bases fundamentales de la actuación o del juzgamiento, pero no que ella no proceda cuando haya prueba afirmativa de la responsabilidad del acusado, como se sugiere en el concepto. La declaratoria de nulidad debe tener un motivo suficiente, no se deriva de alguna informalidad en sí misma considerada, sino que es preciso distinguir entre el contenido material de la defensa y el contenido material de la pretensión defensiva. Además toda nulidad supone perjuicio real para la garantía y si esta no se produce, no es posible demandar la invalidez de la actuación. De allí que sea importante demostrar las

²⁵

Sala Penal. Casación del 9 de septiembre de 1976. M.P. Gustavo Gómez Velásquez. Gaceta Judicial, T. 152 2393 segunda parte, pág. 563.

*consecuencias del yerro, como reiteradamente lo ha sostenido la jurisprudencia de la Sala*²⁶

En cuanto al ***principio de protección***, derivado del numeral 3º. del mismo artículo 308, conforme al cual *no puede invocar la nulidad el sujeto procesal que haya coadyuvado con su conducta a la configuración del acto irregular*, existe uniformidad de criterios jurisprudenciales y doctrinarios en cuanto a que no resulta viable o posible aceptar que el sujeto procesal quien haya actuado deslealmente o haya generado el acto irregular pueda plantear la invalidez del proceso; no obstante que tal principio no puede aplicarse en ausencia de defensa técnica como sí en ausencia de defensa material, pues no existe discusión sobre la potestad del sindicado de marginarse del proceso²⁷, mientras que no sucede lo mismo con la defensa profesional, a la cual no puede renunciar. Por consiguiente, si por descuido o estrategia defensiva deja de acudir al proceso, no dará lugar a una declaración de nulidad.

Así lo expresó esta Corporación en la sentencia T-003 de 2001,²⁸ al resolver en forma negativa la acción de tutela presentada por un condenado por el ilícito de hurto, quien alegaba la declaratoria de nulidad por cuanto no le fueron notificadas personalmente algunas decisiones, siendo enviadas las comunicaciones a una dirección existente en el proceso y no al centro de reclusión en el cual se encontraba:

«Uno de los criterios más importantes para determinar en qué casos hay violación del derecho a la defensa, es el llamado principio de protección, en virtud del cual, quien con su comportamiento desleal da lugar a un acto irregular, no puede invocar una violación al debido proceso.

Cuando una persona es vinculada al proceso penal, surgen inmediatamente para él ciertas cargas de lealtad y diligencia, y tiene la obligación de orientar sus actuaciones con base en la buena fe. Por esta razón, una vez tenga conocimiento de la imputación, debe brindar información cierta y actualizada, sobre el lugar en el cual debe ser informado de las decisiones.

²⁶ Auto de la Sala de Casación Penal. Corte Suprema de Justicia, 12 de marzo de 2001, proceso 14728. M.P. Jorge Córdoba Poveda.

²⁷ Artículo 337, inciso 2º. del C.P.P. si “la persona se niega a rendir indagatoria, se tendrá por vinculada procesalmente y el funcionario le advertirá que su actitud la podrá privar de este medio de defensa”.

²⁸ M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

La obligación de notificar personalmente, tiene por finalidad facilitar el ejercicio del derecho a la defensa material; es decir, la defensa ejercida directamente por el imputado. Sin embargo, la forma como se ejerce goza de un amplio campo de discrecionalidad, y el silencio o la no comparecencia personal, pueden ser estrategias válidas de defensa.

Por las razones anteriores, si la persona conoce la existencia de la investigación y no cumple con la carga de informar sobre un lugar cierto donde le puedan comunicar los actos procesales, no existe violación del derecho fundamental de defensa”.

En jurisprudencia más reciente, la Corte Constitucional, al resolver una acción de tutela instaurada por un procesado, vinculado a la investigación mediante declaración de persona ausente y quien pedía protección de su derecho fundamental al debido proceso, alegando inactividad de su defensor de oficio; en la sentencia T- 068 de 2005, se refirió a la defensa técnica, respecto de cuyo concurso, la jurisprudencia y la doctrina son más rigurosas, que no sucede en relación con la defensa material, la cual aquí se cuestiona, para decir que no todas las falencias o deficiencias de aquella podían traducirse en una vía de hecho judicial:

“Ahora bien, de acuerdo con los presupuestos fácticos que determinan la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, la jurisprudencia constitucional viene sosteniendo que, en principio, las fallas o deficiencias en la defensa técnica del procesado no constituyen una vía de hecho judicial. A juicio de la Corte, en cuanto no existe una relación de necesidad entre una y otra, las posibles faltas en la asistencia letrada solo habilitan al afectado para reclamar su protección judicial y ejercer los recursos ordinarios y extraordinarios preestablecidos en el proceso, sin que tal habilitación se extienda por sí misma al amparo constitucional”.

Sobre este particular, se dijo en la Sentencia T-654 de 1998 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), lo siguiente:

“En las condiciones anotadas, para considerar si una determinada sentencia judicial constituye una vía de hecho, no basta con demostrar que existieron fallas en la defensa técnica del procesado. Esta última cuestión servirá, sí, para alegar vulneración de los derechos de quien es sujeto de la acción judicial y ejercer los recursos ordinarios o extraordinarios del caso, pero no habilita, por sí misma, la procedencia de la acción de tutela”.

Esta posición fue reiterada, entre otras, en la Sentencia T-784 de 2000 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa) (...)»²⁹

De otra parte, debemos acompañar los anteriores postulados con el ***principio de instrumentalidad de las formas***, derivado del numeral 1º. del artículo 308 del C. de P.P. según el cual “*no se declarará la invalidez de un acto cuando cumpla la finalidad para la cual estaba destinado*”, lo cual se traduce en que las formas se han estatuido para satisfacer los fines del proceso y, por ende, si a pesar de algunas irregularidades se cumple con su objeto, no podrá desembocarse en la declaración de invalidez. “*La misión de las nulidades no es el aseguramiento por sí de la observancia de las formas procesales, sino el cumplimiento de los fines a ellas confiados por la ley*”.³⁰

De manera que, para establecer si se afecta de nulidad el proceso por violación del derecho de defensa es imperioso analizar los postulados antes esgrimidos, sin que pueda considerarse justificadamente que se ha transgredido este derecho fundamental, cuando el procesado quien lo alega ha obrado de manera desleal, o se encuentra claramente demostrada la inobservancia del principio de trascendencia, puesto que no obstante, omitiéndose las irregularidades alegadas, el desenlace de las actuaciones tachadas hubiese sido el mismo³¹.

Lógicamente, con la primera lectura de estas líneas surgiría la inquietud del por qué se aplican a las pruebas reglas propias de las nulidades, aspecto meramente gramatical, puesto que no debe olvidarse que en uno y otro caso el tema central es el de las ineficacias procesales y, por otro lado, no resulta ello extraño si el problema de la ineficacia de las pruebas está denominado constitucionalmente como “nulidad de pleno derecho” (artículo 29 de la Carta Política).

Es más, la jurisprudencia penal utiliza la expresión de irregularidades sustanciales en la formación y aducción de la prueba, lo cual conlleva a la inexistencia del acto probatorio, con lo cual queda claro que el juicio de trascendencia en materia de irregularidades probatorias es algo necesario e imprescindible cuando se trata de dilucidar si las mismas hacen tránsito y mérito hacia la ineficacia –ilegitimidad legal–:

²⁹ M.P. Rodrigo Escobar Gil.

³⁰ Maurino, Alberto Luis. Nulidades Procesales, Buenos Aires, Astrea, 1982, Págs. 36 a 38

³¹ Corte Constitucional, sentencia T-1055 de 2006, M.P. JAIME ARAÚJO RENTERÍA. Fundamento jurídico 3.

... la sanción correspondiente a las irregularidades sustanciales en el proceso de formación de las pruebas es la inexistencia jurídica de las mismas ...³²

Desde la perspectiva del Derecho Disciplinario se tiene que el artículo 117 de la Ley 200 de 1995 disponía que “toda providencia disciplinaria debe fundarse en pruebas legalmente producidas y allegadas o aportadas al proceso”.

La Ley 200 de 1995, artículo 128, consagraba la **INEXISTENCIA DE LA PRUEBA**, disponiendo que “la prueba recaudada sin el lleno de las formalidades sustanciales o en forma tal que afecte los derechos fundamentales del disciplinado, se tendrá como inexistente”.

El artículo 117 y la primera parte del 128 dan cuenta de la ilegitimidad de la prueba por razones de legalidad y la segunda parte de este por razones de constitucionalidad.

Tal sistemática también fue seguida por el artículo 128 de la Ley 734 de 2002, toda vez que señala que toda decisión interlocutoria o fallo “deben fundarse en pruebas legalmente producidas y aportadas al proceso”.

El artículo 140 *ibidem*, al contemplar la *inexistencia procesal*, indica que “la prueba recaudada sin el lleno de las formalidades sustanciales o con desconocimiento de los derechos fundamentales del procesado, se tendrá como inexistente”³³.

El artículo 128 y la primera parte del 140 dan cuenta de la ilegitimidad por razones legales; la segunda parte de este perfila la ilegitimidad por razones constitucionales.

La ilegitimidad por razones legales aparece muy claramente expuesta en el artículo 232 de la Ley 600 de 2000, al señalar que “toda providencia debe fundarse en pruebas legal, regular y oportunamente allegadas a la actuación”.

³² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de casación de febrero 4 de 2004, radicación 12.833, M.P. ÉDGAR LOMBANA TRUJILLO.

³³ La jurisprudencia penal, más acorde con lo dispuesto en el Código Disciplinario que con lo señalado en el Código de Procedimiento Penal, ha dicho que “la sanción correspondiente a las irregularidades sustanciales en el proceso de formación de las pruebas es la inexistencia jurídica de las mismas”; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de casación de febrero 4 de 2004, radicación 12.833, M.P. ÉDGAR LOMBANA TRUJILLO.

Los defectos de rito originan la ilegitimidad fundada en la ilegalidad de la prueba, cuyo reconocimiento tiene que ver con el examen de validez formal de la prueba, que, en todo caso, debe ser dejada de lado cuando se trate de fundar probatoriamente una decisión de la justicia.

Prueba inconstitucional es “aquella prueba que en agresión directa a los preceptos constitucionales, ha sido incluida en el proceso en desconocimiento y afrenta de derechos fundamentales”; esto es, “aquella que afecta el debido proceso por vulneración de derechos fundamentales de contenido sustancial”³⁴.

Uno de los eventos que tiene más ocurrencia en materia de prueba inconstitucional tiene que ver con la violación del derecho a la intimidad. La jurisprudencia constitucional ha dicho sobre la prueba inconstitucional en esta materia que “la intimidad personal es el área restringida inherente a toda persona o familia, que solamente puede ser penetrada por extraños con el consentimiento de su titular o mediando orden dictada por autoridad competente, en ejercicio de sus funciones y de conformidad con la Constitución y la ley”³⁵. Reiterando lo anterior precisó que tal disposición constitucional comprende todas las formas de comunicación personal, “advirtiendo al efecto que las mismas son inviolables y que su registro únicamente procede cuando existe orden de autoridad judicial, con las formalidades establecidas en la ley”³⁶.

Lo anterior es obvio, por ello la Corte Constitucional ha dicho que “las decisiones con capacidad de afectación de derechos fundamentales” son expresión de “***facultades típicamente jurisdiccionales***”: en consecuencia, en todos los “eventos en que, para el aseguramiento de los elementos materiales probatorios, se requieran medidas adicionales que impliquen afectación de derechos fundamentales deberá mediar autorización (es decir, control ***previo***) por parte del juez de control de garantías”. Ya con anterioridad³⁷ se había dicho con meridiana claridad que cualquier facultad restrictiva de derechos fundamentales debe estar “sometida al control judicial o control de garantías”³⁸.

La prueba judicial se debe ordenar, practicar e incorporar al instructivo “con escrupuloso acatamiento de las cautelas que la propia Constitución ha establecido para la protección de los derechos fundamentales especialmente

³⁴ Corte Constitucional, sentencia T-233 de 2007, M.P. MARCO GERARDO MONROY CABRA. Fundamento jurídico 7.1.

³⁵ Corte Constitucional, sentencia T-696 de 1996, M.P. FABIO MORÓN DÍAZ.

³⁶ Corte Constitucional, sentencia T-233 de 2007, M.P. MARCO GERARDO MONROY CABRA.

³⁷ Corte Constitucional, sentencia C-1092 de 2003, M.P. ÁLVARO TAFUR GALVIS.

³⁸ Corte Constitucional, sentencia C-336 de 2007, M.P. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, Fundamentos jurídicos 4º, 5º y 7º.

expuestos a su afectación, vulneración o mengua en el contexto de la investigación criminal”³⁹.

La Corte Constitucional es enfática: “es la *afectación de derechos fundamentales* la que obliga al Fiscal a solicitar de manera expresa y específica la autorización judicial previa”⁴⁰, lo cual es reiterado de manera categórica cuando se dice que “como principio general, toda medida de investigación que implique afectación de derechos fundamentales debe estar *precedida* de autorización del juez de control de garantías”⁴¹.

Y si ello es así respecto de la Fiscalía General de la Nación, que de todos modos es una autoridad judicial por cuanto, según la Carta Política, hace parte de la *RAMA JUDICIAL* de conformidad con el Título VIII Capítulo 6º artículos 249 a 253, con mayor razón respecto a las facultades de otras autoridades –exceptuando al Procurador General de la Nación– y la actividad de particulares.

Los efectos de ineficacia de las pruebas que violan el debido proceso y especialmente aquellas que ofenden el derecho constitucional a la intimidad fueron puestos de presente desde hace mucho tiempo por la Corte Constitucional cuando señaló que el derecho a la intimidad otorga a las personas “la garantía de no ser escuchadas ... si no lo quieren, impide también que las conversaciones íntimas puedan ser grabadas subrepticamente, a espaldas de todos o algunos de los partícipes, especialmente si lo que se pretende es divulgarlas o convertirlas en pruebas judiciales”⁴². En consecuencia, reiterando lo anterior, se dijo recientemente que atender valorativamente dichas pruebas por parte de una autoridad judicial implica incurrir en “inconstitucionalidad manifiesta” habida cuenta que tal prueba es nula de pleno derecho⁴³.

Tal inconstitucionalidad manifiesta lo es por violentar el derecho fundamental a la intimidad y por “violación de las normas legales sobre aducción de la prueba” al efectuarse “sin intermediación de autoridad judicial competente”, lo que implica que se excluya formalmente del proceso⁴⁴. La exclusión

³⁹ Corte Constitucional, sentencia C-336 de 2007, M.P. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, Fundamentos jurídicos 18, 19, 25 y 27.

⁴⁰ Corte Constitucional, sentencia C-822 de 2005, M.P. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.

⁴¹ Corte Constitucional, sentencia C-336 de 2007, M.P. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, Fundamentos jurídicos 9º y 10º.

⁴² Corte Constitucional, sentencia T-003 de 1997, M.P. JORGE ARANGO MEJÍA.

⁴³ Corte Constitucional, sentencia T-233 de 2007, M.P. MARCO GERARDO MONROY CABRA.

⁴⁴ Corte Constitucional, sentencia T-233 de 2007, M.P. MARCO GERARDO MONROY CABRA.

cobija principalmente a las pruebas inconstitucionales, las que se tornan en pruebas ilícitas, especialmente cuando se desconoce el derecho constitucional fundamental a la intimidad⁴⁵, pues implican “una agresión directa a los preceptos constitucionales” y si se incluyen en el proceso se produce una “afrenta de derechos fundamentales”; esto es, como prueba inconstitucional “afecta el debido proceso por vulneración de derechos fundamentales de contenido sustancial”⁴⁶.

4. Efectos jurídicos de la prueba ilegítima: la teoría del “cesto de manzanas podridas”. Excepciones o teoría intermedia

La prueba ilegítima carece de aptitud jurídica para producir efectos jurídicos, por tanto no puede ser tenida en cuenta por la justicia al momento de valorar el acervo probatorio.

De la Constitución, la ley y la jurisprudencia constitucional sobre la materia se desprende que toda autoridad debe respetar escrupulosamente aquella sentencia sobre la cual descansa la legitimidad de un Estado de Derecho:

La verdad no se ha de investigar a cualquier precio, sino protegiendo a todos los sujetos procesales en sus derechos fundamentales. De ahí, la estrecha relación entre el derecho procesal y el derecho constitucional⁴⁷.

Más recientemente ha dicho:

En este aspecto, resulta interesante la advertencia del penalista alemán Claus Roxin, cuando decía que si bien el Estado tiene el deber de esclarecer los hechos, esa obligación “no rige en forma ilimitada”, pues está restringida por un número de prohibiciones en la producción de la prueba. Así, decía:

“La averiguación de la verdad no es un valor absoluto en el procedimiento penal; antes bien, el propio proceso penal está impregnado por las jerarquías éticas y jurídicas de nuestro Estado... ‘no es un principio de la StPO que la verdad deba ser averiguada a cualquier precio’” Página 191. *Deja en claro que la averiguación de los hechos está limitada, en forma especial, por los derechos fundamentales y derechos humanos*”⁴⁸.

⁴⁵ Corte Constitucional, sentencia SU-159 de 2002, M.P. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.

⁴⁶ Corte Constitucional, sentencia T-233 de 2007, M.P. MARCO GERARDO MONROY CABRA.

⁴⁷ Corte Constitucional, sentencia T-453 de 2005, M.P. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, Fundamento jurídico 6.1.

⁴⁸ Roxin, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Editores del Puerto. Buenos Aires. 2000. Página 190.

Así las cosas, es evidente que la visión del proceso penal en la Constitución no se agota en la búsqueda de la verdad, pues el concepto de justicia en la averiguación o aproximación a la misma, está condicionada al respeto de las garantías mínimas que deben ser protegidas por el juez y se exigen de todas las autoridades y en todas las situaciones, pues ni siquiera en estados de excepción pueden suspenderse (artículo 214, numeral 2º, de la Carta). De esta forma puede concluirse que la búsqueda de la verdad en el proceso penal está subordinada al respeto por la dignidad humana, a la eficacia de los derechos fundamentales y al cumplimiento de un conjunto de principios rectores y reglas probatorias que racionalizan su consecución en el proceso⁴⁹.

La jurisprudencia civil últimamente ha incursionado en la discusión señalando:

... el derecho de probar o a la prueba y de contradecir las demostraciones ajenas, consagrado en la primera parte de la disposición constitucional aquí comentada (art. 29 C.N.), aun cuando se torna capital, se itera, tiene límites y por ello no puede ser ejercido arbitraria, inconsulta o ilimitadamente, con claro desconocimiento del ordenamiento jurídico, o soslayando caras garantías de carácter fundamental, puesto que está sometido al debido proceso, en sentido amplio, de forma tal que cuando para la obtención de un medio de convicción se vulnera o erosiona dicho derecho fundamental, el respectivo elemento de juicio, *in radice*, queda afectado por la sanción de nulidad constitucional (*ex constitutionis*), que en el mismo precepto explícitamente se establece, en muestra fehaciente de la relevancia que se le asigna a la prueba cabalmente obtenida (prueba inmaculada), epicentro del proceso, conforme se acotó.

Al fin y al cabo, en un estado social de derecho, con todo lo que significa, ni las partes, ni el *iudex* están autorizados a obtener la prueba y correlativamente la '*verdad*', no importa cuál sea su costo, justificando para ello la adopción de cualquier mecanismo, herramienta, metodología o estratagema, sin interesar su origen, alcances y consecuencias, motivo por el cual el derecho probatorio, con sindéresis y animado por la preservación del equilibrio y la eticidad del proceso, ha introducido límites y precisas reglas probáticas, corroborando de esta manera que el precitado derecho a la prueba no es absoluto y, por tanto, conoce límites y fronteras.

⁴⁹ Corte Constitucional, sentencia C-396 de mayo 23 de 2007, M.P. MARCO GERARDO MONROY CABRA. Fundamento jurídico 14.

Admitir lo contrario, sería propiciar la anarquía, el desorden, la ley del más fuerte y el estímulo a la incorporación de las más oscuras, siniestras y deleznable prácticas atentatorias de las más elementales garantías ciudadanas. De allí el especial celo del constituyente y del legislador contemporáneo para evitar que, con el pretexto de la desenfrenada y obsesiva búsqueda de la referida ‘verdad’, todo se tolere, todo se justifique, todo se excuse, todo se torne viable, amén de inmaculado.

Por consiguiente, en los tiempos que corren, signados por el devoto respeto de los derechos fundamentales, por la conservación racional de un orden justo y por la humanización del proceso y de los procedimientos, ya no resulta de recibo, por extrema –y hasta provocadora– aquella máxima que a la sazón rezaba que, “quien quiere el fin, se entiende que quiere también los medios, sin los cuales el fin no puede lograrse” (*qui vult finem, velle etiam creditur media, sine quibus finis obtineri nequit*)⁵⁰.

Veamos:

4.1. La tradición jurisprudencial

La inconstitucionalidad de las pruebas en cuya práctica se hayan desconocido derechos fundamentales no es un tema nuevo surgido a partir de la expedición de la Ley 906 de 2004, sino que, desde 1991, los efectos directos de las normas constitucionales (artículo 4 de la Carta Política) así lo imponían tal como lo ha reconocido la Corte Constitucional en sentencia C-210 de 2007, M.P. MARCO GERARDO MONROY CABRA, Fundamento jurídico 29:

“El artículo 29, inciso final, de la Carta consagra expresamente una regla de exclusión de las pruebas practicadas con violación del debido proceso. Así lo señala en su inciso final cuando afirma que “[e]s nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”.

El aparte citado establece el remedio constitucional para evitar que los derechos de quienes participan en actuaciones judiciales o administrativas, sean afectados por la admisión de pruebas practica-

⁵⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de junio 29 de 2007, M.P. CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO, radicación 05001-31-10-006-2000-00751-01.

das de manera contraria al debido proceso ... Esta regla constitucional contiene dos elementos:

Las fuentes de exclusión. El artículo 29 señala de manera general que la prueba obtenida con violación del debido proceso es nula de pleno derecho. Esta disposición ha sido desarrollada por el legislador penal para indicar dos grandes fuentes jurídicas de exclusión de las pruebas: la prueba inconstitucional y la prueba ilícita. La primera se refiere a la que ha sido obtenida violando derechos fundamentales y la segunda guarda relación con la adoptada mediante actuaciones ilícitas que representan una violación de las garantías del investigado, acusado o juzgado. En cuanto al debido proceso, el legislador ha consagrado condiciones particulares para la práctica de pruebas y requisitos sustanciales específicos para cada tipo de prueba, cuyo cumplimiento debe ser examinado por el funcionario judicial al momento de evaluar si una determinada prueba es o no ilícita.

La sanción. Según la norma constitucional citada, la prueba obtenida de esa manera es nula de pleno derecho. El desarrollo que el legislador penal le ha dado a dicha disposición ha sido el de señalar como consecuencias de la obtención de pruebas contrarias al debido proceso o violatorias de los derechos fundamentales, el rechazo de la prueba (artículo 250, Decreto 2700 de 1991) y su exclusión del acervo probatorio por invalidez (artículos 304 y 308, Decreto 2700 de 1991). Uno de los mecanismos de exclusión es el previsto en el artículo 250, Decreto 2700 de 1991, que establece que el funcionario judicial “rechazará mediante providencia las legalmente prohibidas o ineficaces.” En este sentido también son pertinentes los artículos 161, 246, 247, 254, y 441 del Decreto 2700 de 1991. En todo caso, lo fundamental es que la prueba no puede ser valorada ni usada cuando se adoptan decisiones encaminadas a demostrar la responsabilidad”⁵¹.

“Con el fin de determinar cuándo existe una violación del debido proceso que tenga como consecuencia la exclusión de una prueba, es necesario tener en cuenta, al menos, las siguientes tres consideraciones.

En primer lugar, es importante examinar si se trata de una irregularidad menor que no afecta el debido proceso. En ese evento la prueba no tiene que ser obligatoriamente excluida. Según esta consideración, se está ante una ilegalidad que compromete el debido proceso, bien sea cuando se han afectado las reglas sustantivas que

⁵¹ Sentencia SU-159 de 2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

protegen la integridad del sistema judicial o que buscan impedir que se tomen decisiones arbitrarias, o bien sea cuando han sido desconocidas formalidades esenciales que aseguran la confiabilidad de la prueba y su valor para demostrar la verdad real dentro del proceso penal. La regla general de exclusión, además de disuadir a los investigadores de caer en la tentación de violar el debido proceso, cumple diversas funciones, como garantizar la integridad de la administración de justicia, la realización de la justicia en el caso concreto, el ejercicio del derecho de defensa, el respeto al Estado de Derecho y el goce efectivo de los derechos constitucionales fundamentales y, por lo tanto, las irregularidades menores o los errores inofensivos que no tienen el potencial de sacrificar estos principios y derechos constitucionales no han de provocar la exclusión de las pruebas. El mandato constitucional de exclusión cobija a las pruebas obtenidas de manera inconstitucional o con violación de reglas legales que por su importancia tornan a una prueba en ilícita.

En segundo lugar, es necesario considerar el alcance del concepto de debido proceso al cual alude la norma constitucional, esto es, si se refiere exclusivamente a las reglas procesales o si también incluye las que regulan la limitación de cualquier derecho fundamental, como la intimidad, el secreto profesional y la libertad de conciencia. En Colombia, se ha dicho que el concepto de debido proceso es sustancial, esto es, comprende las formalidades y etapas que garantizan la efectividad de los derechos de las personas y las protegen de la arbitrariedad de las autoridades⁵², tanto en el desarrollo de un proceso judicial o administrativo como, además, frente a cualquier actuación que implique la afectación de derechos constitucionales fundamentales.

En tercer lugar, es necesario tener en cuenta que el derecho penal en un Estado social de derecho, también busca un adecuado funcionamiento de la justicia y, obviamente, no funciona bien la justicia que conduce a la impunidad o a un fallo arbitrario, es decir, que carece de la virtud de garantizar efectivamente los derechos, principios y fines constitucionales desarrollados por la legislación penal. Por ello, la decisión de excluir una prueba incide no sólo en el respeto a las garantías de imparcialidad, debido proceso y derecho de defensa, sino, además, en el goce efectivo de otros derechos

⁵² Sobre este punto, ver, por ejemplo, Corte Constitucional, las Sentencias T 442/94 (M.P. Antonio Barrera Carbonell); T-285/95 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa); T-416/95 (M.P. Jorge Arango Mejía); T-207/95 (M.P. Hernando Herrera Vergara); T- 329/96 (José Gregorio Hernández Galindo); T-055/97 (Eduardo Cifuentes Muñoz), Corte Constitucional, sentencia C-412 de 1993, (Magistrado ponente, doctor Eduardo Cifuentes Muñoz).

constitucionales tales como la vida, la integridad y la libertad, protegidos por el legislador mediante la sanción de quienes violen el Código Penal.

En cuarto lugar, el mandato constitucional de exclusión de las pruebas obtenidas con violación del debido proceso exige que el funcionario judicial de manera expresa determine que la prueba viciada no puede continuar formando parte del expediente. Si bien la Carta señala que dicha prueba es “nula de pleno derecho”, de los antecedentes en la Asamblea Constituyente y de la finalidad de la norma constitucional, se infiere que los derechos y principios constitucionales son efectivamente garantizados cuando hay una decisión explícita de exclusión que ofrezca certeza sobre las pruebas que no podrán usarse en el proceso y que no pueden ser fundamento ni de la acusación ni de la sentencia. La exclusión de la prueba viciada exige que esta no forme parte de la convicción, de tal manera que el funcionario no puede considerarla. Las cuestiones relativas a la manera como debe realizarse desde el punto de vista material la exclusión de la prueba viciada, al instrumento procesal para exigir su exclusión y a la situación del funcionario judicial que haya mantenido la prueba viciada, así como otras sobre esta materia, se encuentran dentro del ámbito de la potestad de configuración del legislador. Cuando este decida ejercerla en el futuro, habrá de hacerlo obviamente de conformidad con la Constitución⁵³.

Pero también señaló en la misma línea jurisprudencial que “***la prueba nula no se puede tener como válida para ningún efecto***” (Sentencia C-210 de 2007, M.P. MARCO GERARDO MONROY CABRA, Fundamento jurídico 27):

El artículo 23 de la Ley 906 de 2004, el cual se encuentra ubicado en el Título Preliminar “Principios rectores y garantías procesales” de la Ley 906 de 2004, y por ende, se trata de una disposición que inspira todo el trámite del nuevo proceso penal de tendencia acusatoria, y regula la **cláusula general de exclusión**, al disponer que [T]oda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal. Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que solo puedan explicarse en razón de su existencia.

⁵³ Corte Constitucional, sentencia SU-159 de 2002, M.P. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.

De entrada advierte la Corte, que esta norma general no se opone al artículo 29 Superior, y por el contrario lo reafirma, al disponer la nulidad de pleno derecho de la prueba y su exclusión cuando ha sido obtenida con violación de las garantías fundamentales, así como las que sean consecuencia de las pruebas excluidas; es decir, se refiere a la nulidad de pleno derecho y la exclusión del proceso de la prueba obtenida contrariando la Constitución, la que según lo considerado por la Corte, es una fuente de exclusión de la prueba de conformidad con el artículo 29 Superior.

En este orden de ideas, la Corte considera que el artículo 23 de la Ley 906 de 2004, se ajusta al artículo 29 Superior, razón por la cual lo declarará exequible por el cargo analizado⁵⁴.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha dicho que “se entiende por *prueba ilícita* la que se obtiene con vulneración de los derechos fundamentales de las personas, entre ellos la dignidad, el debido proceso, la intimidad, la no autoincriminación, la solidaridad íntima; y aquellas en cuya producción o práctica o aducción se somete a las personas a torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes, sea cual fuere el género o la especie de la prueba así obtenida”⁵⁵.

4.2. Deber del administrador de justicia de excluir del acervo probatorio la prueba ilegítima

Excluir la prueba ilícita del proceso es un deber constitucional y no una facultad dispositiva del funcionario judicial:

... el inciso 5° del artículo 29 de la Constitución que consagra, en forma categórica y definitiva, la nulidad de la prueba obtenida con violación del debido proceso. De ahí que, es cierto que los elementos probatorios o evidencias físicas obtenidas ilícitamente no tienen vocación probatoria porque no pueden surtir efectos jurídicos, pues la violación de los derechos y garantías individuales no puede ser el fundamento de ninguna decisión judicial condenatoria.

Ahora, la cláusula de exclusión de la prueba ilícita, cuya finalidad no es otra que la de proteger el sistema jurídico y los derechos y libertades ciudadanas, fue consagrada de manera general en el artículo 23 de la Ley 906 de 2004, como una obligación para el juez

⁵⁴ Corte Constitucional, sentencia C-591 de 2005, M.P. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.
⁵⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de marzo 2 de 2005, radicado No. 18.103, M.P. ÉDGAR LOMBANA TRUJILLO.

competente que involucra no sólo la declaración de nulidad de la prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales, las que sean consecuencia de aquellas o las que sólo pueden explicarse en razón de su existencia, sino también su exclusión de la actuación procesal...

En tal virtud, aparece claro que una vez evaluada por el juez la ilicitud o ilegalidad de la prueba, la Constitución señaló un efecto jurídico claro para aquella que ha sido obtenida con violación del debido proceso: su invalidez y, en consecuencia, su inmediata exclusión de la investigación o del proceso penal, pues se trata de suprimir las actuaciones que nunca nacieron a la vida jurídica y restablecer las cosas al estado anterior a la violación de la Constitución. Así, la prueba ilícita no produce ningún efecto jurídico y menos puede demostrar hechos relevantes en el proceso debido penal ...

Esta Corporación se pronunció en el sentido de advertir que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 29 de la Constitución, ningún elemento material probatorio o evidencia física obtenida en diligencia ilegal o inconstitucional puede producir efectos jurídicos en cualquier etapa procesal en el que se presente, pues eso no sólo constituye flagrante violación del debido proceso sino un mecanismo de arbitrariedad y abuso del poder estatal. Al respecto dijo:

“De conformidad con el artículo 29 Superior, cuando se efectúe un allanamiento o registro, con fundamento en una orden viciada, por carencia de alguno de los requisitos esenciales previstos para el efecto, es decir, con violación del debido proceso, por tratarse de una diligencia afectada de invalidez, todo elemento probatorio y evidencia física que allí se encuentre y sea obtenida en la misma queda contaminada, carece de validez y debe ser excluido de la actuación, y no solamente aquellas que dependen directa y exclusivamente.

Ahora bien, si en la diligencia inválida, de acuerdo a lo considerado anteriormente, se encontraren elementos o evidencias materiales no vinculadas con el proceso pero que ameriten otra investigación penal, implicará el deber del funcionario que realiza la diligencia de ponerlos a disposición de la autoridad competente para el efecto, para que sean tenidos como evidencia material pero no como prueba de responsabilidad.

*(...) para la Corte es claro que, en virtud del artículo 29 constitucional, se debe excluir **cualquier clase de prueba**, bien sea directa o derivada, que haya sido obtenida con violación de las garantías procesales y los derechos fundamentales. En tal sentido, los criterios que señala el artículo 455 de la Ley 906 de 2004 para efectos de aplicar la regla de exclusión se ajustan a la Constitución por cuanto, lejos de autorizar la admisión de pruebas derivadas ilegales o inconstitucionales, apuntan todos ellos a considerar como admisibles únicamente determinadas pruebas derivadas que provengan de una fuente separada, independiente y autónoma, o cuyo vínculo con la prueba primaria inconstitucional o ilegal sea tan tenue que puede considerarse que ya se ha roto”⁵⁶.*

De esta manera, si un juez ha declarado la invalidez de la diligencia de registro y allanamiento adelantada por orden de un fiscal, porque la encontró ilegal o inconstitucional, todo aquello que de ella se deriva debe carecer de valor y, en tal virtud, no puede generar consecuencias válidas para la investigación o para el proceso penal, pues de lo contrario se derivarían efectos jurídicos de la ilegalidad y se daría valor a la prueba obtenida con violación del debido proceso. Por ello, resulta inconstitucional que la norma parcialmente acusada otorgue efectos jurídicos, aunque sólo sea para fines de impugnación, a materiales probatorios y evidencia física que fueron excluidos de la actuación penal porque se recaudaron en diligencias de registro y allanamiento declaradas inválidas por el juez competente.

En este orden de ideas, como se advierte, la prueba ilícita debe ser retirada de todo el proceso penal de tal forma que no quede vestigio alguno de su contenido, por lo que la cláusula de exclusión de las evidencias o materiales probatorios obtenidos en allanamientos y registros nulos no sólo consiste en la expulsión material de esos elementos sino también en el retiro definitivo de aquellos en la mente del juez. Dicho de otro modo, la prueba ilícita debe excluirse del proceso y de la operación intelectual que hace el juez, pues a él corresponde despojarse de su conocimiento e impedir la valoración que de pruebas inconstitucionales pueda hacer el juez de segunda instancia. Debe evitarse, entonces, la contaminación del proceso penal y del proceso volitivo del juez, por lo que no resulta admisible que la prueba ilícita sea evaluada en segunda instancia. De esta forma, para la Sala es claro que la expresión acusada es inconstitucional.

⁵⁶ Sentencia C-591 de 2005.

33. Con todo, podría decirse que la exclusión de todos los efectos de las evidencias o elementos materiales probatorios encontrados en diligencias de allanamiento y registro declaradas nulas, desconoce la obligación del Estado de descubrir la verdad, hacer efectiva la ley y reparar los daños causados por el delito, por lo que podría resultar válido establecer su validez para efectos de la impugnación.

Definitivamente la Sala no comparte ese argumento, pues no podría admitirse en el proceso penal democrático que las pruebas ilícitas e ilegales constituyan la fuente de atribución de responsabilidad penal ni que el Estado se beneficie de un hecho contrario a las reglas mínimas de convivencia que salvaguarda la Constitución. Por ello, el Estado no puede administrar justicia con base en la violación del debido proceso del indiciado o imputado. Entonces, ninguna evidencia, elemento probatorio o prueba ilícita tiene vocación para ser valorada en ninguna etapa del proceso penal.

Plenamente concordante con lo anterior la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha dicho que “en nuestro ordenamiento jurídico, las pruebas inconstitucionales, están sometidas a la regla de exclusión, bajo el sistema de nulidad de pleno derecho sin que al respecto exista discrecionalidad judicial, como ocurre en el derecho comparado, ni *sin que se pueda alegar, como excepción, la prevalencia del interés general*, puesto que tratándose de derechos fundamentales, inherentes a la dignidad humana, la prioridad del interés general no puede ser interpretada de tal manera que ella justifique la violación de los derechos fundamentales”⁵⁷ (Resaltado fuera de texto). Incluso la prueba tiene que desecharse muy a pesar de su convalidación por parte del procesado⁵⁸.

4.3. Excepciones o teoría intermedia

Podríamos hablar de dos excepciones a la tesis mayoritariamente aceptada del “cesto con manzanas podridas”, esto es, de aquella teoría que deja incólume la validez formal del procedimiento muy a pesar de la existencia de una prueba ilegítima.

4.3.1. La prueba ilegítima como única, principal o fundamental

La prueba ilegítima cuando es única, principal o fundamental y las pruebas derivadas de estas son igualmente nulas, lo que hace que la afectación se extienda a la validez del procedimiento al ser tenida o tenidas en cuenta:

⁵⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de abril 6 de 2005, radicado No. 21.483, M.P. MAURO SOLARTE PORTILLA.

⁵⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-233 de 2007, M. P. MARCO GERARDO MONROY CABRA

... la prueba obtenida con violación al debido proceso es nula de pleno derecho, pero no por ello es nulo de pleno derecho el proceso en el que se inserta ... el proceso sí puede quedar viciado de nulidad si el defecto probatorio consiste en haberse valorado una prueba ilegal o inconstitucional que incide decisivamente en la decisión adoptada por el juez⁵⁹.

La Corte Constitucional ha dicho sobre el tema:

En esa medida, las grabaciones de imagen o de voz realizadas en ámbitos privados de la persona, con destino a ser publicadas o sin ese propósito, constituyen violación del derecho a la intimidad personal, si las mismas no han sido autorizadas directamente por el titular del derecho y, además, en caso extremo, si no han sido autorizadas expresa y previamente por autoridad judicial competente. El resultado de la recolección de la imagen o la voz sin la debida autorización del titular implica, sin más, el quebrantamiento de su órbita de privacidad y, por tanto, la vulneración del derecho a la intimidad del sujeto⁶⁰.

Finalmente, frente a la consideración de la Sala Penal según la cual la grabación que se hizo valer en el proceso fue convalidada por el imputado al haber admitido en la indagatoria que la reunión videograbada era la que sostuvo en Yopal, esta Sala debe precisar que la nulidad de pleno derecho que establece la Constitución como consecuencia de haberse recaudado la prueba con violación de derechos fundamentales impide considerarla válidamente en el proceso, así el demandante admita que esa prueba consigna hechos que se le endilgan en el proceso penal.

La Corte Constitucional reitera en este punto que la inconstitucionalidad de la prueba impide considerarla válidamente en el proceso penal, pese a su convalidación por parte del procesado.

En este punto debe ponerse de relieve que la frase utilizada por la Carta es la de “nulidad de pleno derecho”, expresión que indica la improcedencia de la convalidación por afectación absoluta o radical de la validez del acto.

En este punto vale la pena recordar que la nulidad de pleno derecho de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales encuentra sustento en un principio ético del Estado de Derecho que impide que el Estado imponga una sanción por la comisión de un

⁵⁹ Corte Constitucional, sentencia T-233 de 2007, M.P. MARCO GERARDO MONROY CABRA.
⁶⁰ Corte Constitucional, sentencia T-003 de 1997, M.P. JORGE ARANGO MEJÍA.

delito sobre la base de la comisión de otro, esto es, sobre la base de la obtención de una prueba que, por ser violatoria de derechos fundamentales, es contraria al régimen jurídico.

Como lo ilícito no genera derechos para los sujetos jurídicos, el Estado no puede aprovecharse de hechos ilícitos para justificar el ejercicio de sus competencias. El *ius punendi* del Estado se eleva sobre la pretensión de legalidad de sus actos, por lo que la legitimidad de sus fines depende de la legitimidad de sus medios. De allí que sea contrario al Estado de Derecho –Estado de la legitimidad y la regla jurídica– que, con fundamento en un elemento injurídico, se persiga la imposición de una consecuencia jurídica. La contradicción en los términos impide la realización legítima del fin estatal y obliga a la administración de justicia a expulsar del proceso judicial toda herramienta tachada de ilicitud⁶¹. (Resaltado fuera de texto)

Como se puede ver, salvo en el último evento mencionado, la jurisprudencia constitucional ha consagrado la teoría conocida como “el cesto con manzanas podridas”, según la cual solo se afectan aquellas pruebas derivadas y no todas y el proceso.

La concepción jurídica sobre la ilicitud de la prueba es una postura institucional asumida en procesos disciplinarios por la Procuraduría General de la Nación y constatable históricamente a través de las actas de elaboración del actual Código de Procedimiento Penal.

En efecto, en estudio presentado a la Comisión Constitucional que elaboró el Proyecto de Ley de Código de Procedimiento Penal –Ley 906 de 2004–, puede verificarse la concepción oficial de la entidad sobre el asunto, suscrito por el Viceprocurador como miembro de la subcomisión redactora y en múltiples oportunidades como miembro de la Comisión Constitucional en reemplazo del Procurador General de la Nación, de lo cual se dejó constancia en el acta No. 010 de marzo 21 de 2003. Sobre los efectos de la prueba ilegítima pueden consultarse las Actas Nos. 008 y 010 de marzo 7 y 21 de 2003, donde consta las discusiones de la Comisión Redactora Constitucional sobre el tema de la prueba ilícita, en las cuales se verifica que la concepción que tiene la Procuraduría General de la Nación sobre el tópico coincide con ellas.

En el estudio referenciado, presentado por la Procuraduría General de la Nación en la Comisión Constitucional Redactora, sobre el tema de la prueba

⁶¹ Corte Constitucional, sentencia T-233 de 2007, M.P. MARCO GERARDO MONROY CABRA.

ilícita se determinó la diferencia entre ilicitud legal e *ilicitud constitucional*, siendo esta de mayor rango. La ilicitud constitucional se refiere, como es obvio, a toda interceptación ilícita de una comunicación privada cualquiera que sea el medio utilizado –línea convencional, digital, radiotelefónica etc–

Las únicas pruebas que pueden ser tenidas en cuenta, cuando se requiere orden de autoridad judicial competente y no se obtuvo, son las denominadas por descubrimiento inevitable.

Por ser ilícita desde el punto de vista constitucional resulta “*nula de pleno derecho*” (artículo 29 de la Carta Política). Por ello resulta insubsanable, ni siquiera entran en juego consideraciones aplicables a la teoría de la nulidad como lo son “*los principios que orientan la declaratoria de las nulidades y su convalidación*” (artículos 143 parágrafo de la Ley 734 de 2002 y 310 de la Ley 600 de 2000).

De allí que, en materia disciplinaria, la prueba afectada por violación al debido proceso es inexistente. El artículo 140 de la Ley 734 de 2002, al contemplar la *inexistencia procesal*, indica que “la prueba recaudada sin el lleno de las formalidades sustanciales o con desconocimiento de los derechos fundamentales del procesado, se tendrá como inexistente”.

La diferencia entre nulidad e inexistencia es radical, pues esta no puede generar ningún efecto legal.

Por ello el artículo 132 de la Ley 734 de 2002 dice tajantemente que “*no se atenderán las practicadas ilegalmente*”.

Pero además, son las anteriores reglas propias del proceso disciplinario, en las cuales no juegan consideraciones penalísticas contrarias a su sentido prístino, pues ello sería tanto como desconocer el contenido del artículo 130 ibídem, inciso 1º, cuando manda que las normas del C. de P.P. sobre pruebas sólo son aplicables “*en cuanto sean compatibles con la naturaleza y reglas del derecho disciplinario*”.

Esto implica que el juez debe expulsar del acervo probatorio la prueba ilegítima y como consecuencia de ello abstenerse de valorarla; excepcionalmente, cuando la prueba sea única, principal o fundamental afectará la validez del procedimiento.

4.3.2. La prueba ilegítima por graves violaciones a los derechos humanos

Pero también el procedimiento se afecta cuando el quebrantamiento de las reglas para la recepción o incorporación de la prueba afectan derechos fun-

damentales y su vulneración acarrea gravísimos reproches constitucionales y en el ámbito del sistema internacional de los Derechos Humanos:

La Corte considera, que 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 sí 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 transmite 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. En efecto, tradicionalmente en derecho colombiano se ha entendido que la aplicación de la regla de exclusión no invalida todo el proceso, 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 humana⁶².

5. La teoría de “los frutos del árbol envenenado” en la jurisprudencia del Consejo de Estado

Empero, en junio 22 de 2006, el Consejo de Estado Sala Contenciosa Administrativa, Sección Segunda, Subsección “A”, por sentencia consagró la teoría de “los frutos del árbol envenenado”, según la cual, ante una prueba ilícita, no sólo se vician todas las demás sino también el proceso, pues ni siquiera se puede averiguar con base en ella. Se dijo:

La Sala advierte en primer lugar que no se presta a la menor duda de que la aludida conversación telefónica calificada por el Procurador como genuina y su contenido como cierto, de conformidad con

⁶² Corte Constitucional, sentencia C-591 de 2005, M.P. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.

unas reglas “previstas” en no se sabe qué estatuto, no es de recibo en aplicación de las reglas esas sí previstas en la Constitución Política (artículo 29 in fine), según las cuales “Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.” Ahora bien, para la Sala es evidente que el Procurador partió del supuesto de que la grabación de la conversación telefónica fue ilegal, amén de que en el expediente no obra la autorización judicial que la habría legitimado. Por consiguiente, a la luz del claro mandato constitucional transcrito, dicha grabación es nula de pleno derecho, lo cual significa que ni puede ser genuina, ni cierto su contenido, porque si pudieren verificarse esas cualidades por el operador jurídico, no se estaría enfrente de una nulidad absoluta o de pleno derecho, sino de una nulidad relativa o parcial, que permitiría algún efecto jurídico. La nulidad absoluta o de pleno derecho con que la Constitución Política sanciona a la prueba obtenida con violación del debido proceso, sin más condiciones, vale decir, **independientemente de que ella sea auténtica o su contenido cierto, impide tratar de averiguar, como lo hizo el Procurador, por su autenticidad o certeza, y cuando tal averiguación se llevó a cabo**, lo que hizo dicho funcionario no fue más que **infringir directamente dicho mandato constitucional**.

Ya en el cuerpo de la providencia expresa:

Al punto, la Sala advierte en primer lugar que no se presta a la menor duda de que la aludida conversación telefónica calificada por el Procurador como genuina y su contenido como cierto, de conformidad con unas reglas “previstas” en no se sabe qué estatuto, no es de recibo en aplicación de las reglas esas sí previstas en la Constitución Política (artículo 29 in fine), según las cuales

“Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.” (negrilla fuera de texto).

Ahora bien, para la Sala es evidente que el Procurador partió del supuesto de que la grabación de la conversación telefónica fue ilegal, amén de que en el expediente no obra la autorización judicial que la habría legitimado.

Por consiguiente, a la luz del claro mandato constitucional transcrito, dicha grabación es nula de pleno derecho, lo cual significa que ni puede ser genuina, ni cierto su contenido, porque si pudieren verificarse esas cualidades por el operador jurídico, no se estaría

enfrente de una nulidad absoluta o de pleno derecho, sino de una nulidad relativa o parcial, que permitiría algún efecto jurídico.

La nulidad absoluta o de pleno derecho con que la Constitución Política sanciona a la prueba obtenida con violación del debido proceso, sin más condiciones, vale decir, independientemente de que ella sea auténtica o su contenido cierto, impide tratar de averiguar, como lo hizo el Procurador, por su autenticidad o certeza, y cuando tal averiguación se llevó a cabo, lo que hizo dicho funcionario no fue más que infringir directamente dicho mandato constitucional, tratando de legitimar su conducta con las argucias de que se habló anteriormente, así se las hubieran aplicado a un gran número de procesados disciplinariamente.

Tampoco permite la Constitución Política en la norma transcrita, la convalidación de la prueba obtenida en esas condiciones, como para poder invocar que uno de los afectados la aceptó en su comunicado de prensa, fuera de que en todo caso no fue el actor.

Por consiguiente, al haber tenido el Procurador como soporte para formular el cargo disciplinario al demandante, una prueba nula de pleno de derecho, quebrantó de manera ostensible y grosera el inciso final del artículo 29 de la Constitución Política, arriba transcrito.

6. Conclusiones

Las jurisprudencias expuestas son vinculantes y de irrestricto acatamiento, puesto que han sido pronunciadas por la Corte Constitucional en el ámbito de su función de guarda de la Constitución, de intérprete auténtico de ella y de órgano con atribución de establecer cuál de las varias interpretaciones que ofrece una disposición normativa es la que más se ajusta o aviene a la Carta Política.

Lo único certero es que la consecución de la verdad no justifica la utilización de cualquier procedimiento:

Ejemplos claros de limitaciones constitucionales al derecho a la verdad y al deber del Estado de buscarla para proferir una sentencia justa, se encuentran en los artículos 29, 31, 32 y 33 de la Carta, según los cuales solo pueden ser apreciados los hechos y circunstancias que rodean el caso con las garantías propias del derecho penal en los Estados constitucionales y democráticos, los que si bien es cierto constituyen un avance cierto y determinante en la dignificación del derecho penal y en la civilización de los Estados en la

lucha contra la impunidad, también lo es que inclina la balanza en la tensión entre eficientismo y garantismo, a favor de la búsqueda de la verdad con plena eficacia de los derechos y libertades del procesado. En efecto, cuando la validez y eficacia de la prueba, que pretende desentrañar la verdad de lo sucedido, depende del cumplimiento de las formas del juicio penal y de los requisitos previstos en la Constitución y la ley, so pena de que sea nula de pleno derecho, resulta evidente que las garantías constitucionales del derecho penal limitan la labor estatal de búsqueda de la verdad. Igualmente ocurre en los casos en los que, a pesar de que muy probablemente se conozca la verdad de lo sucedido, el ordenamiento jurídico exime de autoincriminarse o, en aquellas situaciones en las que el juez considera proporcional al hecho verdadero una condena de mayor magnitud que se impide en beneficio del apelante único, o en casos en los que a pesar de haberse encontrado elementos probatorios fundamentales, no pueden ser valorados porque se adquirieron con violación del debido proceso⁶³.

En cuanto a las decisiones de la Corte Suprema de Justicia las mismas en principio son compatibles con lo decidido por la Corte Constitucional y en tal medida resultan obligatorias, no obstante, el intérprete debe manejar con especial cuidado las excepciones que progresivamente se vienen aumentando.

Por otro lado la jurisprudencia del Consejo de Estado, que es el órgano competente constitucionalmente para juzgar la legalidad de los actos administrativos, ha fijado otra posición más extrema, debiéndose acatar lo enseñado por la Corte Constitucional.

Muy claramente, insistimos, la Corte Constitucional ha dicho que “si bien el juez de la causa es quien le fija el alcance a la norma que aplica, no puede hacerlo en oposición a los valores, principios y derechos constitucionales, de manera que, debiendo seleccionar entre dos o más entendimientos posibles, debe forzosamente acoger aquel que se ajuste a la Carta Política”⁶⁴.

⁶³ Corte Constitucional, sentencia C-396 de mayo 23 de 2007, M.P. MARCO GERARDO MONROY CABRA. Fundamento jurídico 14.

⁶⁴ Corte Constitucional, sentencia T-086 de febrero 8 de 2007, M.P. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, Fundamento jurídico 4.1.4. cita No. 70.

Diligencias reservadas y proceso disciplinario

Por Francisco Farfán Molina*

1. Las facultades jurisdiccionales del Procurador General

Las facultades de Policía Judicial Disciplinaria que la ley otorga a la Procuraduría General, sólo podrán ser ejercidas, a la luz del Código Disciplinario vigente, con apoyo en la delegación que el Jefe del Ministerio Público confiera a cualquier funcionario en casos especiales. El Director Nacional de Investigaciones Especiales, también titular de la función, podrá igualmente delegar el ejercicio de ellas en funcionarios de su dependencia. Las atribuciones jurisdiccionales para el ejercicio de las funciones de Policía Judicial, en cambio, no son delegables, y es el Procurador quien de manera directa y exclusiva debe adoptar las providencias en tal sentido, comisionando a la Policía Judicial de la Dirección de Investigaciones Especiales, para el cumplimiento de las diligencias reservadas que se decreten u ordenen al amparo de dichas competencias.

En tal sentido, para la práctica de aquellas pruebas que tengan carácter reservado, y puedan atentar contra los derechos de los ciudadanos, debe solicitarse la autorización expresa del Procurador General, ya que requieren orden judicial expresa como garantía mínima de legalidad para su realización. Todo en razón a que en materia disciplinaria, las menciones a “funcionarios” y “órdenes judiciales” que se hagan en las normas del Código de Procedimiento Penal que regulan las actuaciones de la Policía Judicial,

* Director Nacional de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación (2001-2004); Procurador Delegado para Moralidad Pública (E); Procurador Delegado ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

deben ser interpretadas como referidas al Procurador General, en razón de su cargo e investidura.

En otros términos, todas aquellas diligencias de carácter reservado que representen una injerencia en los derechos fundamentales de los ciudadanos, y en especial en su derecho a la intimidad (allanamiento, registro, retención de correspondencia postal o telegráfica, interceptación de comunicaciones, seguimiento pasivo y labores encubiertas), que se lleven a cabo en el marco del proceso disciplinario, y en ejercicio de las atribuciones jurisdiccionales concedidas al Procurador General de la Nación para el aseguramiento y práctica de pruebas, deberán ser ordenadas y decretadas expresamente y de manera exclusiva por el jefe del Ministerio Público, ya que requieren orden judicial expresa para su realización, y es esta una competencia indelegable.

A la luz del artículo 116, numeral 3 de la Constitución Política de Colombia, “excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo, no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos”.

La citada disposición Constitucional se encuentra sistemáticamente ubicada en el capítulo que regula la estructura del Estado, y en particular, donde se enumeran los órganos que administran justicia. De conformidad con el señalado texto, además de las altas Cortes, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales, Jueces, la Justicia Penal Militar y el Congreso, que ejerce determinadas funciones judiciales, algunas autoridades administrativas podrán ser destinatarias de funciones jurisdiccionales en materias precisas, y en virtud de la ley.

Es de anotar que con respecto al tema bajo estudio, el legislador y la Corte Constitucional han entendido que las “facultades jurisdiccionales conferidas al Procurador General”, lo dota de competencias para ordenar diligencias y pruebas que limiten derechos fundamentales.

En la misma línea, y como respaldo al argumento planteado, cabe anotar que cuando se sostiene que el Fiscal General de la Nación está investido de facultades jurisdiccionales para la investigación de los delitos, ello no significa nada distinto a que tiene asignadas competencias constitucionales y legales para ordenar la práctica de pruebas y actuaciones que están sujetas a reserva judicial, tales como los allanamientos y registros domiciliarios, la interceptación de comunicaciones, registro de correspondencia, labores encubiertas, capturas etc., en todas las cuales se sacrifica un derecho fun-

damental, tras un juicio de ponderación que determina la prevalencia, para el caso específico, del interés público en la persecución y sanción de las conductas delictivas, interés que ha entrado en colisión con los derechos que resultan finalmente afectados (intimidad, inviolabilidad de domicilio, y secreto de las comunicaciones, entre otros).

2. Desarrollo legal mediante los artículos 135 de la ley 200 de 1995 y 148, numeral 3 de la ley 734 de 2002.

En atención a que la Carta Política condiciona el ejercicio de las funciones jurisdiccionales de autoridades administrativas a la existencia de una ley (artículo 116, numeral 3) que la autorice en materias precisas, el Código Disciplinario Único de 1995 (Ley 200), dispone en su artículo 135 que “el Procurador General de la Nación tendrá atribuciones Jurisdiccionales para el ejercicio de las funciones de Policía Judicial que la Constitución le confiere”.

Agrega el texto que en desarrollo de sus funciones jurisdiccionales “podrá dictar las providencias necesarias para el aseguramiento y práctica de pruebas, en la indagación preliminar y/o en la investigación disciplinaria que adelanten los funcionarios competentes de la Procuraduría General de la Nación”.

No cabe duda entonces que las facultades jurisdiccionales del Procurador serán ejercidas en el marco de los procesos disciplinarios, como recurso valioso para la búsqueda, recaudo y aseguramiento de la prueba, cuando resulte indispensable que la Policía Judicial Disciplinaria practique pruebas y diligencias sujetas por la Constitución o la ley a reserva judicial, esto es, las que implican afectación de los derechos fundamentales del investigado.

La ley 200 de 1995 otorgó a los funcionarios de la Procuraduría General de la Nación facultades para ejercer funciones de Policía Judicial en desarrollo de los procesos disciplinarios, cuando estas resultaren necesarias y conducentes, con lo cual la titularidad de esta función no se encontraba legalmente circunscrita a una dependencia específica de la Procuraduría, aunque la ley 201 del mismo año hiciera referencia a la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales como la unidad que desarrollaba tales actividades, justamente porque su estructura fue creada para tales efectos.

No obstante lo anterior, las facultades jurisdiccionales sí estaban referidas única y exclusivamente a la figura del Procurador General, cuyas facultades

y poderes para dictar las providencias que dispongan el aseguramiento de la prueba mediante diligencias restrictivas de derechos fundamentales, es por su esencia indelegable.

Este punto es aún más diáfano en la regulación de la Policía Judicial Disciplinaria contenida en la ley 734 de 2002, donde las funciones objeto de estudio no podrán ser ejercidas por cualquier investigador del Ministerio Público en virtud de la ley, sino con arreglo a la delegación que para tal efecto reciban del Procurador General de la Nación o del Director Nacional de Investigaciones Especiales, únicos funcionarios a quienes la ley 734 de 2002 otorga la titularidad de dichas atribuciones. (Artículos 148, numerales 1 y 2, ley 734 de 2002).

Quien hubiere sido delegado, anota la referida disposición legal, “podrá proferir las decisiones que se requieran para el aseguramiento y práctica de pruebas dentro del proceso disciplinario, con lo cual no cabe duda que el escenario para la aplicación de las mismas es la actuación que tiene como objetivo el control disciplinario de las conductas de los servidores públicos, y no un proceso de carácter penal.

Con respecto a las funciones jurisdiccionales para el ejercicio de las atribuciones de Policía Judicial, el artículo 148, numeral 3 de la ley 734 de 2002, se las confiere al Procurador General, en los mismos términos y condiciones con que aparecía regulado el tema en la ley 200 de 1995, es decir, como facultad indelegable que le habilita para decretar y ordenar a la Policía Judicial Disciplinaria la práctica de medios probatorios que comporten afectación de libertades, a través de providencias destinadas al cumplimiento de los fines del proceso disciplinario.

Así pues, en suma, las facultades de Policía Judicial Disciplinaria que la ley otorga a la Procuraduría General, sólo podrán ser ejercidas, a la luz del Código Disciplinario vigente, con apoyo en la delegación que el Jefe del Ministerio Público confiera a cualquier funcionario en casos especiales. El Director Nacional de Investigaciones Especiales, también titular de la función, podrá igualmente delegar el ejercicio de ellas en funcionarios de su dependencia. Las atribuciones jurisdiccionales para el ejercicio de las funciones de Policía Judicial, en cambio, no son delegables, y es el Procurador quien de manera directa y exclusiva debe adoptar las providencias en tal sentido, comisionando a la Policía Judicial de la Dirección de Investigacio-

nes Especiales, para el cumplimiento de las diligencias reservadas que se decreten u ordenen al amparo de dichas atribuciones.

3. Jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado que respaldan las facultades del Procurador para decretar Diligencias Reservadas.

Las atribuciones jurisdiccionales concedidas al Procurador General en la ley 200 de 1995, artículo 135, fueron declaradas exequibles por la Corte Constitucional, a través de la sentencia C-244 del 30 de mayo de 1996, con Ponencia del Magistrado doctor Carlos Gaviria Díaz.

Sobre el particular sostuvo la Corte: “Como para el aseguramiento de las pruebas en procesos disciplinarios se podrían cumplir actos como el registro de correspondencia, la interceptación de teléfonos, la vigilancia electrónica, etc., los cuales están íntimamente relacionados con la restricción de ciertos derechos fundamentales, es indispensable que sean ordenados por autoridad judicial; de ahí que se le haya atribuido a la Procuraduría en la norma que es objeto de acusación (artículo 135 de la ley 200 de 1995) funciones jurisdiccionales, en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 116 del estatuto superior que prescribe: ‘excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo, no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos’; requisitos que se cumplen en el caso que se examina, pues la Procuraduría General de la Nación, a pesar de ser un organismo de control independiente y autónomo, es de carácter administrativo, y se le atribuyen funciones jurisdiccionales para un asunto concreto, como es la expedición de las providencias necesarias para el aseguramiento y práctica de pruebas, en la indagación preliminar al igual que en la investigación disciplinaria”.

Considera la Corte que “es importante advertir al Procurador General de la Nación y a los demás funcionarios de esta entidad que en ejercicio de las funciones a que alude la norma demandada deben respetar y garantizar los derechos fundamentales de las personas involucradas en los procesos disciplinarios, haciendo uso de las funciones de Policía Judicial única y exclusivamente en casos absolutamente necesarios, para asegurar o practicar las pruebas. La arbitrariedad y el mal uso, por parte de tales funcionarios, de dichas atribuciones, les acarrearán las sanciones penales y disciplinarias establecidas para estos casos”.

Así pues, la norma que permite al Procurador el ejercicio de atribuciones jurisdiccionales se considera compatible con la Constitución y los tratados internacionales ratificados por Colombia, que reconocen derechos humanos y prohíben limitarlos en el marco de los estados de excepción, pues al definir la constitucionalidad del artículo 135 de la ley 200 de 1995, la Corte confrontó el texto con la totalidad de los artículos que integran el estatuto superior y con la totalidad de las normas que integran el bloque de constitucionalidad en sentido lato (tratados internacionales que cumplen los requisitos antes mencionados –esto es, que reconozcan derechos humanos y prohíban limitarlos en los estados de excepción–) y con las leyes estatutarias que regulan materias similares, encontrando que la disposición bajo estudio guarda armonía con la totalidad de normas que integran tal concepto.

La Sala plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, ha considerado igualmente que las facultades jurisdiccionales del Procurador General guardan pleno fundamento constitucional. Frente a una queja donde se aducía supuesta arbitrariedad del Procurador, e infracción del derecho fundamental a la intimidad, por ordenar la interceptación de abonados telefónicos en el marco de una indagación disciplinaria, el Consejo de Estado, al disponer el archivo del asunto, señaló mediante providencia del 29 de abril de 2005¹.

“En materia disciplinaria, el artículo 148 de la ley 734 asignó a la Procuraduría General de la Nación atribuciones de Policía Judicial. Esta norma corresponde exactamente al mismo texto del artículo 135 de la ley 200 de 1995, que fue declarado exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C- 244 de 1996”.

Luego de transcribir la parte sustancial del fallo de la Corte Constitucional antes mencionado (C-244 de 1996), el cual fue objeto de análisis en este capítulo la Corporación concluye que “al contar la Procuraduría con atribuciones jurisdiccionales que le permiten, entre otras medidas, disponer la interceptación de llamadas, y al no observarse con las pruebas allegadas que en los casos en los que se ordenó, se hubiera incurrido en arbitrariedad o mal uso de la información recolectada como consecuencia de la interceptación de líneas telefónicas, las que, por lo demás, fueron autorizadas por el Procurador General de la Nación y ordenadas dentro de indagaciones preliminares adelantadas por violación al régimen contractual, con el fin de asegurar y practicar pruebas, no se vislumbra la ocurrencia de ningún hecho sancionable disciplinariamente”.

¹ Radicación No. 11001031500020040121200; Consejero Ponente: Dr. Germán Rodríguez Villamizar.

Recientemente una ciudadana demandó ante la Corte Constitucional la inexecutable del artículo 148, inciso final de la ley 734 de 2002, donde se confieren facultades jurisdiccionales al Procurador General de la Nación, para el aseguramiento y práctica de pruebas, en el contexto de los procesos disciplinarios que tramita la entidad. (Expediente No. D-5692).

A través de la sentencia C-1121 del 1º de noviembre de 2005, y con ponencia del magistrado doctor Humberto Sierra Porto, la Corte Constitucional considera que en torno al tema objeto de estudio operó en fenómeno de la cosa juzgada material, ya que el asunto fue decidido de fondo por la misma Corporación judicial, mediante el fallo C-244 de 1996, explicado en precedencia.

Es evidente, y en ello acierta la Corte, que la cosa juzgada impedía en el presente caso pronunciarse nuevamente sobre el fondo de un asunto que fue definido en su momento a través de la sentencia C-244 de 1996, máxime cuando la estructura de la disposición demandada en ese entonces (artículo 135 de la Ley 200 de 1995) es idéntico, desde el punto de vista sustancial y material, al que muestra la norma que reconoce y confiere facultades jurisdiccionales al Procurador General en la Ley 734 de 2002 (artículo 48, inciso final). La decisión, bajo la anterior perspectiva, se torna razonable, por cuanto la cosa juzgada descarta que pueda estudiarse nuevamente un asunto ya estudiado y resuelto de fondo por la Corte Constitucional, en el ejercicio de su función de control constitucional, porque sus pronunciamientos tienen fuerza vinculante frente a todas las autoridades –incluida la misma Corte–.

Seguidamente serán objeto de explicación y análisis las diligencias reservadas que con mayor frecuencia puede ordenar el Procurador General en el decurso de los procesos disciplinarios, y que realizadas por la Policía Judicial Disciplinaria, y concretamente por la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales, en cumplimiento de la respectiva comisión, especialmente en casos de corrupción administrativa y violación de derechos humanos de difícil prueba, permiten determinar procesalmente la materialidad de la falta y la responsabilidad del servidor público comprometido en los hechos. Son ellas: 1. El allanamiento, registro e incautación de elementos materiales de prueba en domicilios u otros espacios físicos asimilados. 2. La interceptación de comunicaciones telefónicas y afines. 3. Las operaciones encubiertas. 4. La utilización de cámaras ocultas y videovigilancia, y 5) Las intervenciones corporales.

4. El allanamiento, registro e incautación de elementos materiales de prueba en domicilios u otros espacios físicos asimilados.

4.1. La injerencia en el derecho fundamental a la intimidad domiciliaria.

La entrada y registro en domicilios y espacios físicos asimilados, es una diligencia que interfiere y afecta el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, y en consecuencia está sujeta a reserva judicial. Las Constituciones Políticas, y entre ellas la colombiana, declaran que el domicilio es inviolable, y que ninguna entrada o registro podrá hacerse, sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de delito flagrante. Sin embargo, la inviolabilidad del domicilio no ostenta la categoría de derecho absoluto, y por ello es posible limitarlo para efectos de la actividad investigativa, en algunos supuestos concretos, a fin de armonizar su ejercicio con las garantías de los intereses generales, cuya efectividad se procura como finalidad en el trámite de un proceso penal o disciplinario.

Tanto el Tribunal Constitucional Español como la Corte Constitucional Colombiana han construido jurisprudencialmente un concepto amplio de domicilio, que trasciende la noción jurídico privada a la que frecuentemente se alude. Bajo tal contexto, el concepto constitucionalmente adecuado de domicilio no se agota en el lugar donde se pernocta habitualmente o donde se realizan actividades habituales, sino que incluye también el ámbito cerrado erigido por una persona con el objeto de desarrollar allí una determinada actividad, es decir, lugares que no constituyen morada en sentido estricto.

En tal sentido, el ámbito de intimidad constitucionalmente protegible se extiende a cualquier lugar cerrado donde pueda transcurrir la vida privada, individual o familiar, aun ocupada temporal o accidentalmente, lo cual incluye no sólo el sitio donde se desarrolla la vida cotidiana, sino también aquel donde se practique una actividad.

Tal concepto engloba, como lugares protegidos por el derecho fundamental a la intimidad del domicilio, además de la residencia o espacio cerrado donde el individuo habitualmente pernocta y ejerce su intimidad², los domicilios móviles, como las autocaravanas, provisionales, como la habitación de un hotel, o accidentales, que se usan únicamente de manera esporádica.

² Según la legislación Española, salvo en aquellos casos de casas ruinosas o lugares deshabitados, sin el mobiliario indispensable para servir de morada, por faltar la idea de privacidad o intimidad inherente a todo domicilio, como por ejemplo una casa destinada a guardar múltiples enseres de variadas características, procedentes de acciones ilícitas, no se considera domicilio. Ver Climent Durán Carlos. "La Prueba Penal". Tirant Lo Blanch. 1999. Págs. 674 y ss.

Tal ámbito de protección abarca entonces los hostales, hoteles y toda suerte de hospedajes en donde el destino natural de la habitación sea desarrollar actividades privadas.

Así mismo, se considera que las personas jurídicas gozan del derecho fundamental a la inviolabilidad de domicilio, pues las Constituciones no circunscriben tal derecho a las personas físicas. Adicionalmente, tienen la condición de domicilio, para cuyo registro es precisa orden previa de un juez o del Procurador General en ejercicio de facultades jurisdiccionales, los buques mercantes, los barcos privados, e incluso de recreo, que constituyan la morada de un particular.

En el ordenamiento jurídico Español, doctrinaria y jurisprudencialmente no se consideran domicilio “todos aquellos locales o recintos en los que está ausente la idea de privacidad. Así ocurre con los almacenes, fábricas, talleres, oficinas, tiendas, locales o establecimientos comerciales, pues no se conciben como espacios de privacidad necesarios para el libre desarrollo de la personalidad. Tampoco tienen la consideración de domicilios todos aquellos locales que están abiertos al servicio del público, como los bares, restaurantes, discotecas, salas de fiesta, etc., que solo se consideran domicilio de los taberneros, hosteleros o empleados que habiten allí, pero no del público que concurre a tales sitios. Los lugares públicos antes mencionados no amparan la intimidad que protege el domicilio, y quienes se encuentran en ellos no tienen una pretensión de privacidad que tal lugar no les puede proporcionar”³.

Las oficinas o despachos oficiales, en España, tampoco ostentan la condición de domicilio, por no concurrir la idea de privacidad o intimidad que les es propio, y por tanto, para su registro no se exige una autorización judicial previa. Podría efectuar tal diligencia, en este orden de ideas, la policía judicial por iniciativa propia y sin orden judicial alguna. Igual ocurre con las celdas de las personas privadas de la libertad, pues tal circunstancia excluye la posibilidad de elección y protección domiciliar, por lo cual las celdas de los internos situadas en instituciones penitenciarias son de aquellos edificios o lugares cerrados que no constituyen domicilio, y sí edificios públicos, para entrar en los cuales no es preciso resolución judicial mediante auto motivado.

La Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana acoge también un concepto amplio de domicilio, que no se circunscribe a la noción civilista,

³ Ibídem, pág. 675.

pero a diferencia del Tribunal Constitucional Español, considera protegidos por el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, incluso los sitios de trabajo (oficinas públicas o privadas), y los establecimientos comerciales o industriales no abiertos al público. En la sentencia C- 024 de 1994, la Corte precisó el concepto de domicilio en los siguientes términos: “se entiende en general el respeto a la casa de habitación de las personas, lo cual muestra que el concepto de domicilio a nivel constitucional no corresponde a su acepción en el derecho civil, pues comprende además de los lugares de habitación, todos aquellos espacios cerrados en donde las personas desarrollan de manera inmediata su intimidad y su personalidad mediante el libre ejercicio de su libertad”.

Posteriormente, en la sentencia C-550 de 1999, la misma Corporación judicial indicó que “la protección constitucional del domicilio, bajo la perspectiva antes señalada, permite tutelar como domicilios otros espacios como los cuartos de hotel, lo mismo que lugares de trabajo, estudio, y todos aquellos espacios o recintos aislados en los que la persona normal y legítimamente pretenda desarrollar su propia vida privada, separada de terceros y sin su presencia”.

En la sentencia T- 220 de 2004 la Corte Constitucional consideró que el marco de intimidad implica: “1) la no divulgación o conocimiento, por parte de terceros, de hechos, situaciones, comportamientos o informaciones que la persona desea mantener reservada para sí o para su núcleo familiar. 2) la no intromisión en los ámbitos físicos o espaciales donde la persona desenvuelve su existencia (residencia, lugar de trabajo, cuarto de hotel, etc.). 3) la no intromisión en el cuerpo físico como ámbito propio y exclusivo de existencia”.

A contrario sensu, “ha de sostenerse que no todo recinto cerrado merece la condición de domicilio, y por lo tanto, si su afectación es incompatible con la idea de privacidad, no habrá lugar a predicar que estamos ante una injerencia que afecte el derecho a la intimidad. Por ejemplo, los almacenes, las oficinas públicas, y los locales comerciales, no se encuentran en la categoría anterior. Ello no obsta para que se cumpla con los requisitos constitucionales que exige su restricción, por el hecho de tratarse de lugares cerrados”⁴. Así pues, la actividad probatoria a través de diligencias que impliquen registros y posible incautación de elementos materiales probatorios en lugares de habitación, oficinas, sedes de personas jurídicas de derecho público o privado, lugares destinados al estudio, y establecimientos comerciales o

⁴ Guerrero Peralta, Oscar Julián. “Fundamentos teóricos constitucionales del nuevo sistema penal”. Ediciones Nueva Jurídica. Segunda edición actualizada. 2007. Pág. 336.

industriales, que según la Corte Constitucional colombiana se asimilan al domicilio, exigen como requisito y condición de legalidad que el funcionario judicial o el Procurador General de la Nación, en el marco del proceso disciplinario, expida la respectiva orden debidamente motivada, con base en el principio de proporcionalidad, la cual es llevada a efecto por las autoridades de Policía Judicial, que solo podrán realizar esta diligencia reservada por iniciativa propia, cuando con apoyo en elementos de prueba objetivos y razonables, puedan inferir que en determinado sitio no abierto al público se está cometiendo un delito en flagrancia, o en los casos de consentimiento, debidamente acreditado del titular del domicilio.

4.2. Los presupuestos de la injerencia legítima

La decisión del funcionario Judicial (fiscal o Juez) o del Procurador General autorizando una entrada o registro domiciliario, ha de ser emitida en el marco de un proceso penal o disciplinario. Además, la resolución que se dicte debe estar adecuadamente motivada, lo que significa ponderar racionalmente los indicios determinantes del delito o falta disciplinaria, materia de indagación, a fin de establecer si en el ámbito protegido por el derecho a la intimidad que va a ser objeto de restricción, serán recaudadas evidencias físicas útiles para el esclarecimiento de la verdad, y que justifiquen la interferencia del derecho en el caso concreto.

Es posible incluso que tal orden de registro se emita en el marco de actuaciones previas al procedimiento penal propiamente dicho, o en la etapa de indagación preliminar, en el proceso disciplinario, porque justamente la utilidad de las mismas apunta a la determinación de los posibles autores o partícipes del delito o la falta disciplinaria.

En tal sentido, el fiscal, Juez o Procurador General examinan la solicitud policial o la petición proveniente de cualquier Procurador Delegado, regional o provincial, para valorar y resolver en consecuencia si ordena o no el registro y la incautación de elementos materiales de prueba, y si ello es necesario en desarrollo del operativo.

A efectos de motivar la orden de registro domiciliario, el funcionario judicial debe emitir un juicio fáctico, referido a la apreciación de la entidad de los indicios, que tornan aconsejable y conveniente realizar tal diligencia. Y un juicio jurídico, que se centra en la ponderación judicial de los intereses confrontados, que son el derecho a la inviolabilidad del domicilio, por un lado, y el interés social en el descubrimiento del delito o la falta discipli-

naria, por el otro. Si la resolución judicial se decanta por dar preferencia al interés social frente al individual, lo procedente será acceder al registro domiciliario.

El juicio fáctico se sustenta en indicios o datos concretos, de los cuales sea posible inferir, en forma razonada, que en el domicilio o espacio asimilado que va a ser objeto de registro, se encuentran efectos o instrumentos del delito o falta disciplinaria investigada, libros, papeles u otros objetos que puedan servir para su descubrimiento y comprobación, es decir, elementos materiales probatorios y evidencia física.

“Tales indicios, que sirven de sustento a la orden de registro, y que han de tener carácter objetivo, son habitualmente de origen policial. No se admiten para tales efectos las meras sospechas o las referencias genéricas, vagas o inconcretas. Por ejemplo, el hallazgo de drogas en poder de una persona, cuyo domicilio se pretende registrar, es un buen indicio para fundamentar la realización de la diligencia bajo estudio. En otras ocasiones, el juicio fáctico se sustenta en vigilancias y seguimientos policiales de personas sospechosas, que a través de un control discreto de sus movimientos y actividades, permite obtener datos a partir de los cuales es posible inferir que en su domicilio se puede encontrar algún objeto relacionado con el hecho delictivo o la falta disciplinaria que se investiga”⁵.

Así mismo, datos obtenidos de informantes o colaboradores policiales, una vez se les analiza técnicamente, como una fase del proceso de inteligencia, y se les confiere credibilidad a la información recibida, pueden sustentar el referido juicio fáctico. La diligencia investigativa de registro también puede estar fácticamente motivada a partir de la versión formal del procesado o investigado en el proceso disciplinario, en testimonios, o en una previa intervención o escucha telefónica, de donde pueda inferirse razonablemente que en un determinado domicilio o espacios asimilados, es posible recaudar evidencia física relevante para efectos investigativos.

Por su parte, el juicio jurídico o de proporcionalidad, se lleva a cabo mediante una ponderación de los intereses en conflicto, como antes se indicó. Ello implica sopesar la importancia y trascendencia de lo que se investiga, con los perjuicios que la medida restrictiva, en cuanto a la inviolabilidad domiciliaria e intimidad puede ocasionar. Tal razonamiento se construye con apoyo en el principio de proporcionalidad, y en particular con base

⁵ Climent Durán Carlos. Ob. cit., Pág. 678.

en los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Desde el punto de vista objetivo la decisión de registro se debe plasmar por escrito, lo que permitirá a las partes afectadas conocer las razones fácticas y jurídicas que sustentan tal medida, y para ofrecerles por esta vía la posibilidad de ejercer su derecho de contradicción frente a la misma. Esta motivación debe ser suficiente de acuerdo con el caso concreto, lo cual no es un requisito formal, sino un presupuesto de razonabilidad de la decisión.

El registro domiciliario que se practica sin autorización judicial previa, o con ausencia de motivación adecuada de la resolución que lo ordena (fáctica y jurídica), deriva en que la diligencia investigativa es nula, y también lo es el registro realizado, así como las pruebas derivadas del mismo. En materia disciplinaria se consideran pruebas inexistentes, a la luz del artículo 140 del CDU 8 ley 734 de 2002), “la recaudada sin el lleno de las formalidades sustanciales o con desconocimiento de los derechos fundamentales del investigado”. Se presenta en este caso una vulneración de la legalidad constitucional, y concretamente un sacrificio irrazonable del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. La prohibición de valoración probatoria, y la nulidad de pleno derecho de la prueba, en tal supuesto, se considera insubsanable.

El consentimiento del titular del derecho y la flagrancia, son las dos circunstancias que permiten válidamente el registro de domicilio ajeno sin orden judicial. La jurisprudencia ha entendido que la autorización debe ser prestada por el morador de la vivienda o habitación cuyo registro se pretende, porque es el titular del derecho a la inviolabilidad domiciliaria que se pretende invadir. Como cualquier otra manifestación de voluntad, para efectos de su validez y eficacia, se requiere que esté exenta de vicios de consentimiento, como el error, la coacción o de un acto de violencia.

En caso de duda sobre el consentimiento, de acuerdo con la doctrina “lo procedente es inclinarse a favor de que el morador no prestó su autorización para el registro”. De ahí que resulte conveniente que los miembros de la policía judicial a cargo de la diligencia se aseguren suficientemente acerca del carácter voluntario y espontáneo del consentimiento, para evitar ulteriores negaciones del morador, procurando que dicha autorización conste por escrito. El registro domiciliario sin consentimiento del morador o con consentimiento viciado, conduce a la ineficacia de las pruebas practicadas, por infracción a la legalidad constitucional.

También es admisible realizar un registro domiciliario sin orden judicial, cuando se advierta que al interior de un domicilio se está cometiendo un delito en flagrancia. Se requiere que la acción delictiva o la falta disciplinaria se esté desarrollando o se acabe de desarrollar cuando se procede al registro (inmediatez), y que el autor del delito o la falta se encuentre en el lugar del hecho, en relación con evidencias físicas que lo vinculen con el hecho investigado (elemento personal).

4.3. Registro vehicular

A los registros sobre automóviles en principio no le son aplicables las reglas sobre registros domiciliarios, ya que los vehículos a motor no son equiparables a los domicilios, porque no constituyen un espacio donde se desarrolle el derecho fundamental a la intimidad, como sí ocurre en los espacios que la jurisprudencia considera domicilio.

“En tal sentido, un vehículo automóvil que se utiliza exclusivamente como medio de transporte no encierra un espacio en cuyo interior se ejerza o desenvuelva la esfera o ámbito privado de un individuo. Por ello, su registro por parte de agentes de policía judicial, en desarrollo de investigaciones por conductas delictivas, o constitutivas de falta disciplinaria, para descubrir, y en su caso recoger la evidencia física útil para efectos probatorios⁶, no precisa resolución judicial, como sucede con el domicilio, la correspondencia o las comunicaciones.

La jurisprudencia ha resaltado que los automóviles y los vehículos de motor no constituyen un domicilio, sino un simple objeto de investigación, que no tiene por qué supeditarse a las garantías protectoras a tener en cuenta cuando se trata de defender la intimidad personal. En tales casos, la regla general es que la policía judicial actúe con prontitud y movida por razones de urgencia o necesidad, para evitar que desaparezcan las pruebas de un posible hecho delictivo o con relevancia para el derecho disciplinario (aseguramiento de la prueba). La presencia del interesado en el registro, es de igual manera un requisito de validez, eficacia y fuerza probatoria de la diligencia, que en el marco de un sistema acusatorio, se denomina prueba preconstituida, pues de esta manera se garantiza a cabalidad el principio de contradicción probatoria”⁷.

⁶ Es el caso del registro que se lleva a cabo sobre un automóvil que ubica la policía judicial, después de interceptaciones telefónicas y seguimientos, de los cuales se infiere que en el mismo se transportan drogas ilícitas.

⁷ Climent Durán Carlos. Ob Cit., Pág 685.

Cuando no concurre una razón de urgencia o de necesidad, los funcionarios policiales no pueden llevar a cabo válidamente, y por iniciativa propia un registro de vehículos, pues en tales supuestos se requiere necesariamente orden judicial.

4.4. La diligencia de allanamiento y registro en el proceso penal y disciplinario.

En la ley 600 de 2000, el allanamiento y registro se encuentra previsto como una providencia reservada que no se dará a conocer a las partes mientras el funcionario considere que ello puede interferir el desarrollo de la respectiva diligencia. Procede cuando existen serios motivos para presumir que en un bien inmueble, nave o aeronave se encuentra alguna persona contra quien obra orden de captura, o armas, instrumentos o efectos con los que se haya cometido la infracción, o que provengan de su ejecución. En tales supuestos, el funcionario judicial la ordenará en forma motivada. Agrega que en caso de flagrancia, cuando se esté cometiendo un delito en lugar no abierto al público, la policía judicial podrá ingresar sin orden escrita, para impedir que se siga ejecutando la conducta” (arts 293 y 294 del C.P.P).

En la regulación de la figura se indica igualmente que “en el acta de la diligencia de allanamiento y registro deben identificarse y describirse todas las cosas que hayan sido examinadas e incautadas, el lugar donde fueron encontradas y dejar las constancias que soliciten las personas que en ella intervengan” (art. 296 *ibídem*).

En el proceso disciplinario, para la investigación de algunas faltas disciplinarias de especial gravedad, puede resultar necesario y conducente que el Procurador General de la Nación, en ejercicio de las facultades jurisdiccionales que le confiere la Constitución y la ley, ordene una diligencia de allanamiento y registro, y al mismo tiempo, comisione a la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales, para que ejecute materialmente la diligencia.

La práctica del registro domiciliario en el decurso del proceso disciplinario, al igual que todas las diligencias reservadas, se rige por las normas que al efecto prevé el Código de Procedimiento Penal, a la luz del artículo 130, numeral 3 del CDU, que indica: “los medios de prueba no previstos en esta ley se practicarán de acuerdo con las disposiciones que los regulen, respetando siempre los derechos fundamentales”. Las diligencias investigativas que implican restricción de derechos fundamentales del investigado, como el registro domiciliario, están reguladas en el Código de Procedimiento

Penal, y en consecuencia, tales normas se aplican por integración al proceso disciplinario, de acuerdo con la disposición legal antes mencionada.

Es conveniente advertir, por otra parte, que la diligencia reservada de allanamiento y registro, en el proceso disciplinario, se rige concretamente por las normas procesales que para su aducción y práctica establece concretamente la ley 600 de 2000, habida cuenta que el régimen probatorio previsto en la ley 906 de 2004, no es compatible ni guarda armonía con las características y tendencia inquisitiva que caracteriza el proceso disciplinario.

En tal sentido, y la luz de las finalidades del allanamiento y registro en la ley 600 de 2000, mediante providencia motivada el Procurador General ordenará tal procedimiento, cuando de acuerdo con motivos fundados, pueda inferir que resulta necesario otorgarle facultades a la policía judicial disciplinaria, para que acceda a un espacio protegido por el derecho fundamental a la intimidad domiciliaria, con el objeto de incautar evidencia física, como armas, instrumentos o efectos con los que se haya cometido la infracción, en este caso, la falta disciplinaria, o que provengan de su ejecución. Así mismo, procederá en caso de flagrancia, cuando se esté cometiendo una falta disciplinaria en lugar no abierto al público, en cuyo caso la policía judicial disciplinaria podrá ingresar sin orden escrita, para impedir que se siga ejecutando tal conducta” (arts. 293 y 294 del C.P.P.).

En casos de flagrancia interna o domiciliaria, es decir, cuando se esté ejecutando un delito de carácter permanente, por lo general, en lugar no abierto al público, la policía judicial podrá allanar sin orden escrita del Fiscal o Juez, para impedir que se siga cometiendo la conducta punible. Sólo en caso que adquiera certeza sobre la comisión del delito en un sitio determinado, y que la actuación sea urgente, podrá la policía judicial proceder al allanamiento y registro sin que medie orden judicial⁸.

“Si el funcionario de policía judicial tiene dudas sobre la situación de flagrancia deberá requerir al funcionario judicial para que emita la respectiva orden, pues no resulta viable que allane el inmueble amparado en una convicción fundada en la sospecha o intuición. Por tal motivo, la situación de flagrancia, en dicho supuesto, debe estar comprobada ex ante”⁹.

⁸ Según Arciniegas Martínez “algunas veces la policía preventiva puede penetrar en domicilio ajeno sin orden de autoridad judicial, pero estos casos son ajenos a la función de policía judicial. Son ellos: para socorrer a alguien que pida auxilio; para extinguir incendio o evitar su propagación, remediar inundación o conjurar cualquier otra situación similar de peligro; dar caza a animal rabioso o feroz; cuando desde el interior de una casa o edificio se proceda por vía de hecho contra persona o propiedad que se halle fuera de estos y para proteger los bienes de personas ausentes, cuando se descubra que un extraño ha penetrado violentamente o por cualquier medio al domicilio de estas personas. En los dos últimos casos, por tratarse de un delito, puede entenderse facultada no sólo la policía preventiva sino la judicial, pues se trata de situaciones de flagrancia”. Ob Cit., pág 132.

⁹ Arciniegas Martínez, Guillermo Augusto. Ob Cit., pág 132.

Sobre la práctica concreta de la diligencia, señala Arciniegas Martínez: “ se recomienda en forma general hacer un reconocimiento previo del lugar, para constatar la ubicación, vías de acceso, obstáculos , vecindario, estructura y características del inmueble, estudios de eventuales riesgos, elaboración de planos, análisis fotográficos, estudios de probables vías de escape, valoración del recurso humano (grupo de avanzada, de apoyo y registro) que se requerirá; contacto con las autoridades más cercanas para un eventual apoyo, etc. Seguidamente, y luego del análisis, se procederá a la ejecución material del allanamiento, mediante la toma por la fuerza del inmueble.

Una vez sea tomado el inmueble y se garantice la seguridad de los funcionarios que intervienen, se identifica a los moradores, se localizan los objetivos, se fijan los objetos hallados (evidencia física) mediante fotografía, se recogen y embalan los elementos materiales probatorios encontrados, y se inicia, la cadena de custodia de los mismos”¹⁰.

Tratándose de documentos, libros o papeles, o cualquier otra evidencia, se conducirán, con el resto de los efectos, al lugar adecuado para preservar la autenticidad y valor probatorio de los mismos, con aplicación estricta de las normas sobre cadena de custodia.

La orden del Procurador que ordena la injerencia en el derecho a la inviolabilidad del domicilio debe ser motivada, como antes se indicó, con apoyo en un juicio fáctico, que acredite la existencia y credibilidad de los motivos fundados que sustentan la decisión restrictiva de libertades, y en un juicio jurídico, donde el Procurador General habrá de exponer los argumentos que a la luz del principio de proporcionalidad, demuestran que la diligencia es razonable y justificada.

En este orden de ideas, con apoyo en el principio de proporcionalidad será necesario ofrecer razones para establecer que el allanamiento en el caso concreto se orienta a obtener un fin constitucionalmente legítimo, como es la protección de los intereses públicos a través de la sanción de las faltas disciplinarias en que incurren los servidores públicos, y que por tanto la medida es idónea. Adicionalmente la motivación incluye el aspecto relativo a la necesidad de la medida, circunstancia que se acredita demostrando que no existe un mecanismo con igual efectividad y menos restrictivo de los derechos fundamentales, que permita obtener la información que requiere ser recabada mediante el allanamiento y registro; y finalmente, deberá exponer el Jefe del Ministerio Público, en la motivación de la providencia, las razones por las cuales se cumple en el caso concreto con el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, lo que tiene que ver en principio con la

¹⁰ Ob Cit., Pág 132- 133.

naturaleza y gravedad de la falta investigada, que ha de ser gravísima, para que se justifique, en el terreno de la ponderación, resolver el conflicto a favor de los intereses que procuran resguardarse a través de la investigación disciplinaria, y que tornan necesario el sacrificio del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, con la práctica del allanamiento y registro.

4.5. Consentimiento del morador

En esta hipótesis (consentimiento del morador), algunos autores como el Dr. Orlando Alfonso Rodríguez, sostienen que: “cuando el residente permite voluntariamente el ingreso de los agentes estatales al lugar donde se va a realizar la pesquisa, no es dable la figura del allanamiento y registro, sino una inspección judicial. Asegura que mientras el registro es consecuencia de un allanamiento y tiene como finalidad capturar a una persona, recoger rastros, huellas o instrumentos provenientes de la comisión de una conducta punible, sin la necesaria presencia del funcionario judicial, la inspección judicial es un medio de convicción practicado directamente por el funcionario judicial, asistido por peritos y auxiliares de la justicia, que tiene por objeto verificar en forma directa los hechos objeto del proceso”¹¹.

Dice que incluso la Jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que no se configura el allanamiento cuando media el consentimiento del morador. Sobre el particular indicó en fallo del 11 de septiembre de 1995: “pero no debe tomarse como allanamiento toda penetración a domicilio ajeno. Cuando surge la oposición a esa entrada, el recurso legal es el allanamiento, para lo cual se disponen, en el procedimiento, los requisitos propios que deben cumplirse. Pero cuando el morador del mismo accede voluntariamente, resulta improcedente esta preceptiva jurídica y la revisión de ese lugar privado carece de esta connotación”.

No parece razonable ni admisible la tesis que en este punto plantea el citado autor, pues no es cierto que la oposición o el consentimiento del propietario o residente del inmueble objeto de la diligencia, pueda transformar la naturaleza de la misma, para tornarla en inspección judicial, en caso que el titular del derecho manifieste su aquiescencia. La diligencia de registro domiciliario o de espacios asimilados, tiene señaladas en la ley procesal

¹¹ Rodríguez, Orlando Alfonso. “Prueba Ilícita Penal”. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. 2003. Pág. 210. Cita la sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de 10 de septiembre de 1985, donde esa Corporación judicial indica que: “una es la diligencia de allanamiento en sí, y otras sus consecuencias, pero no debe tomarse como allanamiento toda penetración a domicilio ajeno. Cuando surge la oposición a esa entrada, el recurso legal es el allanamiento, pero cuando el morador del mismo accede voluntariamente, resulta improcedente esta preceptiva jurídica, y la revisión del lugar privado carece de la connotación de allanamiento”.

unas finalidades y reglas concretas, que no varían en función del rechazo o consentimiento de quien habita el inmueble donde será realizada la diligencia. Si este se opone, el funcionario de policía judicial recurre al uso de la fuerza, y previo al registro, realiza el allanamiento. Si admite la presencia de la autoridad y la práctica de las pesquisas, es de igual manera un registro domiciliario, en cuyo desarrollo la policía judicial puede ejercer todas las facultades y atribuciones que las normas le confieren en tales circunstancias, incluidas las de incautar u ocupar los elementos materiales probatorios, instrumentos con que se haya realizado el delito o la falta disciplinaria, o que provengan de su ejecución, y cualquier evidencia física que descubra y recaude, y sea útil para el esclarecimiento de los hechos.

La inspección judicial es un medio de prueba cuya naturaleza y funciones muestra similitudes con el registro domiciliario, pero es materialmente distinta, pues se procura que en desarrollo de la misma, el funcionario judicial constate de manera directa, y en virtud del principio de inmediación, el estado de las personas, lugares, rastros, y otros efectos materiales útiles para la averiguación del delito. Aunque en desarrollo de la misma puede recoger y conservar elementos materiales de prueba, teniendo en cuenta los procedimientos de la cadena de custodia, su finalidad esencial apunta a que el funcionario obtenga una percepción directa de la forma como ocurrieron los hechos, ordenando y practicando en desarrollo de la misma, pruebas complementarias, como dictamen pericial, testimonios o reconocimiento de objetos, entre otras. La diligencia de registro, que realiza la policía judicial, es reservada, mientras que la inspección judicial no lo es, pues en desarrollo de esta pueden intervenir los sujetos procesales.

Así pues, se trata de dos diligencias con características y finalidades diversas, que si bien guardan algunas similitudes, la finalidad de cada una de ellas queda plasmada en la providencia motivada que la ordena, sin que sea lógico ni razonable suponer que el registro domiciliario se transforma en inspección judicial cuando el propietario o tenedor del bien a registrar no se opone a la diligencia.

En el proceso disciplinario, por ejemplo, está prevista como prueba ordinaria la inspección administrativa o visita especial. Se trata de un medio de prueba donde el investigador disciplinario, en forma directa y personal, verifica, a través de sus sentidos y percepción directa, un hecho importante para la investigación o para el esclarecimiento de las circunstancias materia del proceso, como el examen de personas, lugares o cosas.

La inspección o visita especial puede realizarse en forma directa, esto es, exclusivamente con la ayuda de los sentidos, o con el apoyo de medios tecnológicos. En este último caso es necesario que el investigador acuda a la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales de la Procuraduría o a las entidades técnicas competentes, según la materia de que trate la inspección, para que presten su colaboración, y que ordene la realización del peritaje, con la indicación exacta de los hechos que se pretenden establecer con la ayuda tecnológica, así como los procedimientos especiales que puedan requerir y las circunstancias de tiempo, modo y lugar que se pretendan determinar con la prueba.

Lo anterior significa que en el curso de una inspección o visita especial puede ordenarse la práctica de una prueba pericial o testimonial, en cuyo caso se aplicarán las reglas contenidas en los artículos 244 del Código de Procedimiento Penal (ley 600 de 2000), y 246 del Código de Procedimiento Civil.

El artículo 129 del Código Disciplinario Único anterior (ley 200 de 2000) se refería en los siguientes términos a las visitas especiales o inspecciones:

“ En la práctica de las visitas especiales, el funcionario investigador procederá a examinar y reconocer los documentos, hechos y demás circunstancias relacionadas con el objeto de la diligencia y simultáneamente irá extendiendo la correspondiente acta, en la cual anotará pormenorizadamente los documentos, hechos y circunstancias examinados y las manifestaciones que bajo la gravedad de juramento hagan sobre ellos las personas que intervengan en las diligencias. Cuando lo estime necesario, el investigador podrá tomar declaraciones juramentadas a las personas que intervengan en la diligencia y solicitar documentos autenticados, según los casos, para incorporarlos al informativo”.

Nótese cómo la ley 200 de 2000, es decir, el Código Disciplinario Único anterior, se refería a la facultad para el investigador disciplinario de solicitar documentos autenticados en desarrollo de la visita especial¹², lo cual contrasta de manera ostensible con las facultades conferidas al investigador de policía judicial en desarrollo de un registro domiciliario, donde no solicita los elementos materiales de prueba, sino que procede a su incautación.

¹² La Corte Constitucional, en la sentencia C-490 de 1996, con ponencia del Dr. Jorge Arango Mejía, declaró la inexecutable del artículo 22 del decreto ley 2150 de 1995, Estatuto Antitrámites, que limitaba la labor de los órganos de control en cuanto a la solicitud de copias o fotocopias de documentos que reposen en los archivos de las entidades públicas. Consideró la Corte que: “sin la facultad de pedir copias o fotocopias, la labor de los organismos o autoridades de control se desnaturaliza, al grado de perder su aptitud o idoneidad para el logro de los fines que justifican su existencia”.

La ley 734 de 2002, Código Disciplinario vigente no regula de manera expresa la inspección administrativa o visita especial, y por tanto a la misma se le aplican las normas que sobre inspección judicial se encuentran previstas en los artículos 244 y ss del C.P.P (Ley 600 de 2000), de acuerdo con el artículo 130 del CDU, según el cual “los medios de prueba en el proceso disciplinario se practicarán conforme a las normas del Código de Procedimiento Penal, en cuanto sean compatibles con la naturaleza y reglas del proceso disciplinario”.

En la práctica no coinciden plenamente las reglas y principios que el Código de Procedimiento Penal (ley 600 de 2000) señala para la práctica de la inspección judicial, y las que suelen aplicarse para llevar a cabo la inspección administrativa en derecho disciplinario, pues aquella diligencia debe ser conducida y dirigida siempre por el funcionario judicial a cargo del caso, quien desarrolla la misma a la luz del principio de inmediación probatoria. A diferencia de ello, en el proceso disciplinario la inspección administrativa, como regla general, no es practicada por el funcionario que ostenta la competencia para adelantar el caso (Viceprocurador, procurador delegado, regional, provincial o el funcionario que para el caso concreto delegue el Procurador General), sino por un empleado que el competente ha delegado para la práctica de dicha diligencia, con lo cual el principio de inmediación sufre considerable mengua.

No obstante, debe reiterarse que la naturaleza y finalidades de la Inspección judicial o administrativa, de acuerdo con lo antes explicado, son diferentes a las previstas legalmente para el registro domiciliario que realiza la policía judicial disciplinaria, con el objeto de obtener evidencia física que demuestre la materialidad de una falta de esa naturaleza y la responsabilidad de los autores y partícipes en la misma, sin que pueda sostenerse válidamente que el consentimiento del morador convierta el registro domiciliario en una inspección judicial o administrativa, según el caso¹³.

4.6. Aplicaciones prácticas del registro de domicilio en el proceso disciplinario.

En la práctica son diversas las hipótesis en las cuales una diligencia de allanamiento y registro puede resultar viable en el marco del proceso discipli-

¹³ En algunas investigaciones disciplinarias por enriquecimiento ilícito, por ejemplo, el investigador obtiene el consentimiento del disciplinado para realizar una visita a su casa de habitación, a fin de constatar si su estilo y hábitos de vida son congruentes con los ingresos que percibe por el ejercicio de la función pública. Se trata en este caso de una inspección administrativa que suelen realizar investigadores que no ostentan facultades de policía judicial, y que no actúan con autorización jurisdiccional del Procurador para la práctica de un registro domiciliario con tales efectos.

nario. Por ejemplo, en algunos casos de faltas disciplinarias por violación de derechos humanos, podría estimarse necesario obtener elementos materiales de prueba en sitios cerrados, lugares de habitación, oficinas y otros amparados por el derecho a la intimidad, o realizar una actividad probatoria de esta índole, para que no se continúe cometiendo la falta disciplinaria, en los casos de faltas de tracto sucesivo.

Los atentados contra el derecho a la vida, cometidos por servidores públicos en ejercicio de sus funciones, constituyen faltas disciplinarias gravísimas, desde tres ángulos distintos: como ejecución extrajudicial o arbitraria, por remisión del artículo 48, numeral 1 del CDU, a las normas que tipifican el homicidio en el Código Penal; genocidio, cuando con el propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial, religioso, político o social, se causan lesiones graves a sus miembros, se les somete a condiciones indignas, se impiden los nacimientos en el seno del grupo, traslado por la fuerza de miembros del grupo a otro o la muerte de uno o varios de sus miembros (art. 48, numerales 5 y 6 del CDU. Igualmente configura falta disciplinaria en este ámbito el denominado homicidio por razones de intolerancia que comete el servidor público que ocasiona la muerte, incluso de una sola persona, por razones de intolerancia política, religiosa, racial o cultural (art 48, numeral 11 del CDHU).

En la investigación disciplinaria de estas faltas puede resultar importante ordenar el recaudo de evidencia física en los domicilios de los servidores públicos implicados, en sus lugares de trabajo, o incluso en batallones o brigadas militares, en cuyo caso, si la diligencia se orienta a incautar elementos materiales de prueba por atentados contra la vida cometidos por servidores del Estado, el Procurador ordenará la respectiva diligencia de allanamiento y registro, con el objeto de recaudar las armas, instrumentos o efectos con que se haya cometido la infracción disciplinaria.

Igual perspectiva de análisis es aplicable con respecto a los atentados contra la libertad personal. El CDU describe 2 faltas gravísimas concretas, en el artículo 48, numerales 13 y 14. En el primero de ellos se prevé una figura similar al secuestro extorsivo, que comete el servidor público que en ejercicio de sus funciones priva de la libertad a una o varias personas, y condicione la vida, la seguridad o la libertad de esta o estas a la satisfacción de cualquier tipo de exigencia. El numeral 14 del mismo artículo, por su lado, estructura un tipo disciplinario semejante al secuestro simple, que comete el servidor público que en ejercicio de sus funciones priva ilegalmente de la libertad a una persona.

Los atentados contra la libertad personal que constituyen violaciones a los derechos humanos pueden acreditarse procesalmente con fundamento en cualquier medio de prueba; sin embargo, en el marco del proceso disciplinario se estima viable que el Procurador ordene en dichos casos, cuando resulte procedente a la luz de las circunstancias fácticas y jurídicas antes explicadas, un allanamiento y registro al lugar donde se está cometiendo la falta, una vez establecido este, con el fin de obtener evidencia física que demuestre las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que la falta disciplinaria se ha ejecutado, la responsabilidad de los servidores públicos implicados, y eventualmente la captura en flagrancia de los funcionarios que en el lugar amparado por el derecho a la intimidad están realizando tales conductas, previstas como faltas contra la libertad personal.

Las mismas premisas son susceptibles de ser trasladadas a la falta disciplinaria por desaparición forzada de personas, que está prevista como gravísima en el artículo 48, numeral 8 del Código Disciplinario Único. Consiste en “someter a una o varias personas a privación de la libertad, cualquiera que sea la forma, seguida de ocultamiento y de la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero, sustrayéndola del amparo de la ley”. La diferencia de esta figura, con el delito de secuestro, estriba en que afecta varios bienes jurídicos tutelados por la normativa internacional, como el derecho a la vida, a la integridad personal, a la libertad, a un juicio imparcial, entre otros, mientras que el secuestro sólo tutela la libertad individual.

Desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos, la desaparición forzada se concibió inicialmente como una figura mixta detención- desaparición, en cuya dinámica la detención inicial ordenada por un servidor público podía ser legal o ilegal, pero de allí se seguía su ocultamiento o la negativa a dar información sobre su paradero.

Bajo tal supuesto, y ante la incertidumbre sobre la suerte de la persona desaparecida, los medios de prueba en el proceso disciplinario apuntan fundamentalmente a visitas especiales a los centros de reclusión militares, policiales o de los organismos de seguridad del Estado, a fin de determinar si allí se encuentra o estuvo privada de la libertad la víctima del hecho; testimonios que familiares de la víctima o terceros que demuestren los elementos constitutivos de la falta; visitas a los registros de personas retenidas, capturadas o detenidas, para verificar si en ellos aparece el nombre de la víctima y las condiciones en que fue detenida y hasta qué momento, entre otros medios de prueba.

En algunos casos, sin embargo, una prueba relevante y conducente en investigaciones por desaparición forzada, tiene que ver con los registros domiciliarios a oficinas y sitios de trabajo de los servidores públicos investigados por los hechos, a fin de obtener evidencia física sobre la comisión de la falta disciplinaria y la responsabilidad de los autores o partícipes. De igual manera, puede resultar necesaria la práctica de una diligencia de registro a vehículos u otros automotores donde presuntamente pudo haber sido transportada la víctima, con el propósito eventual de recaudar cualquier elemento material de prueba o indicio importante para la investigación. Los rastros o huellas que allí se obtengan deben ser sometidos a las normas sobre cadena de custodia, con miras a lograr la autenticidad de la evidencia física, y que la prueba pericial que derive de los cotejos científicos que se lleven a cabo, pueda ser apreciada por el operador disciplinario como fundamento probatorio de sus decisiones.

Así mismo, puede resultar válido que el Procurador General decrete tal diligencia, con los mismos propósitos, para los casos de tortura ejecutados, como falta de ejecución permanente, en un espacio protegido por el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio.

La tortura constituye una falta disciplinaria gravísima, descrita en el artículo 48, numeral 9 del Código Disciplinario Único, donde se indica que incurre en tortura el servidor público (o un particular a instigación del primero), que “inflinge a una persona dolores o sufrimientos físicos¹⁴ o síquicos, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o confesión, de castigarla por un acto por ella cometido, que se sospeche que ha cometido, o de intimidarla o coaccionarla por cualquier razón que comporte algún tipo de discriminación”.

Los instrumentos y objetos que se hayan utilizado para inflingir los sufrimientos físicos o síquicos a la víctima, pueden ser recuperados y allegados al proceso disciplinario, en algunos eventos, en desarrollo de una diligencia de registro e incautación, y constituyen elementos materiales de prueba y evidencia física cuya individualización, originalidad e integridad, deben ser preservados a través de la aplicación de las normas sobre cadena de custodia.

¹⁴ La norma se refería a dolores o sufrimientos “graves” físicos o síquicos. La expresión “graves” fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional a través de la Sentencia C- 1076 de 2002. M.P.: Dra. Clara Inés Vargas.

Para efectos de investigar faltas disciplinarias relacionadas con corrupción administrativa, también puede resultar conducente, pertinente y útil que el Procurador General decrete en algunos casos la práctica de allanamientos y registros, a fin de obtener evidencia física sobre la materialidad de las mismas, y la responsabilidad de los servidores públicos involucrados en los hechos. En tales supuestos será igualmente la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales, como policía judicial disciplinaria, la encargada de ejecutar materialmente la diligencia, con estricto apego de las garantías constitucionales y legales.

Las faltas disciplinarias que se engloban bajo la denominación genérica de corrupción administrativa están previstas como gravísimas en el artículo 48 de la ley 734 de 2002. Las más significativas y relevantes aparecen de igual forma consagradas como figuras delictivas que tutelan la administración pública en sentido lato, y su connotación disciplinaria se fundamenta en el artículo 48, numeral 1 del CDU, según el cual incurre en falta gravísima el servidor público que “realiza objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando del mismo.

Bajo tal postulado, las faltas disciplinarias que constituyen actos de corrupción pueden afectar los bienes de la administración pública, por remisión a las normas penales que tipifican las distintas modalidades de peculado; la honestidad en el ejercicio de la función pública, donde se pueden incluir como comportamientos que la afectan la concusión, el cohecho en sus distintas modalidades, la celebración indebida de contratos y el enriquecimiento ilícito. Este último se encuentra previsto igualmente y en forma autónoma en el artículo 48, numeral 3, inciso 2, del CDU, donde se describe como falta gravísima la conducta del servidor público consistente en incrementar injustificadamente el patrimonio, directa o indirectamente, a favor propio o de un tercero, permitir o tolerar que otro lo haga”.

Puede resultar viable, en tal sentido, ordenar la práctica de un allanamiento y registro a un lugar de habitación, oficina, domicilio transitorio, o cualquier otro espacio que a la luz de la jurisprudencia se encuentre protegido por el derecho a la intimidad personal o familiar, con el objeto de allegar al proceso disciplinario como pruebas y evidencias, los objetos o materiales que provengan de la ejecución de las faltas equivalentes en su descripción objetiva con figuras delictivas como peculado, concusión, cohecho o enriquecimiento ilícito, cuyo objeto material suele recaer sobre objetos tangibles susceptibles de ser ocultados en los espacios incluidos en la tutela constitucional a la inviolabilidad del domicilio.

En virtud de las características y dinámica de esta clase de ilícitos, los medios ordinarios de prueba suelen revelarse como insuficientes e ineficaces para investigar y esclarecer faltas de esta naturaleza, razón por la cual con frecuencia resulta indispensable acudir a las pruebas practicadas por la policía judicial disciplinaria, por iniciativa propia en la escena de la falta, donde se obtienen elementos probatorios con fuerza demostrativa que deben ser sometidos a cadena de custodia, o a la práctica por comisión de diligencias reservadas ordenadas o decretadas por el Procurador General en ejercicio de facultades jurisdiccionales, como las operaciones encubiertas, seguimientos, vigilancias, interceptación de comunicaciones telefónicas y afines, registros domiciliarios y de otros ámbitos cobijados o no por el derecho a la intimidad, entre otros, que permiten de igual forma obtener evidencias físicas, que una vez valoradas pueden resultar de inestimable utilidad para la determinación procesal de los hechos relacionados con la corrupción administrativa.

Incluso la práctica del allanamiento y registro podría resultar eventualmente necesaria para obtener pruebas tangibles en procesos disciplinarios contra servidores públicos por indebida participación en política.

El Código Disciplinario Único, en el artículo 48, numerales 39 y 40, define como faltas gravísimas conductas realizadas por servidores públicos que afectan los principios de transparencia y la imparcialidad en desarrollo de procesos electorales y de elección popular de gobernantes y miembros de corporaciones públicas.

Según la primera disposición, incurre en falta disciplinaria el servidor público que “utilice el cargo para participar en las actividades de los partidos y movimientos políticos y en las controversias políticas, sin perjuicio de los derechos previstos en la Constitución y la ley”. La segunda falta consiste en “utilizar el empleo para presionar a particulares o subalternos a respaldar una causa o campaña política, o influir en procesos electorales de carácter político partidista”.

Por vía del artículo 48, numeral 1 de la ley 734 de 2002, el servidor público podría incurrir en otras faltas gravísimas en el mismo contexto, por remisión al capítulo del Código Penal donde se tipifican los delitos contra los mecanismos de participación democrática, y concretamente la perturbación de certamen democrático, constreñimiento al sufragante, fraude al sufragante, fraude en inscripción de cédulas, corrupción de sufragante, voto fraudulento, favorecimiento de voto fraudulento, mora en la entrega de documentos

relacionados con una votación, alteración de resultados electorales, ocultamiento, retención y posesión ilícita de cédula y denegación de inscripción”. (arts. 386 a 396, Ley 599 de 2000).

De conformidad con el artículo 127 de la Constitución Política, a los servidores públicos que ejercen autoridad civil, política, cargos de dirección administrativa, o que pertenezcan a la rama judicial del poder público, electoral u organismo de vigilancia y control, se les aplica una prohibición absoluta, en el sentido en que no pueden participar en manera alguna en actividades y controversias políticas, sin perjuicio del derecho al ejercicio del sufragio.

La utilización del empleo público o de los bienes del Estado para favorecer intereses o causas partidistas, puede ser acreditada probatoriamente, en algunos eventos, y en el marco del proceso disciplinario, mediante la práctica de una diligencia de registro, a domicilios o a oficinas donde labora el servidor público investigado por tales hechos, a fin de recaudar e incautar evidencias físicas idóneas para establecer la materialidad de tales conductas y la responsabilidad del servidor público por la falta de indebida participación en política.

El registro e incautación de elementos materiales de prueba puede ser igualmente una prueba eficaz en el decurso de investigaciones disciplinarias por las faltas previstas en el artículo 48 numerales 43 y 58 del CDU. Según la primera disposición constituye falta disciplinaria “causar daño a los equipos estatales de informática, alterar, falsificar, introducir, borrar, ocultar o desaparecer información en cualquiera de los sistemas de información oficial contenida en ellos, o en los que se almacene o guarde la misma, o permitir el acceso a ella a personas no autorizadas”.

El artículo 48, numeral 58 de la ley 734 de 2002, por su parte, describe la falta disciplinaria consistente en “omitir, alterar o suprimir la anotación en el registro de antecedentes, de las sanciones o causas de inhabilidad que, de acuerdo con la ley, las autoridades competentes informen a la Procuraduría General de la Nación, o hacer la anotación tardíamente”.

En ambos casos, mediante registro es necesario proceder a la incautación de los equipos y sistemas informáticos utilizados para la comisión de la falta, a fin de realizar la respectiva pericia que acredite probatoriamente la realización de las mismas. Por estar ubicados en oficinas, que de acuerdo con la Jurisprudencia de la Corte Constitucional constituyen un ámbito protegido por el derecho a la intimidad, resulta imperativo que la incautación de tales

elementos se lleve a cabo tras orden jurisdiccional del Jefe del Ministerio Público, la cual debe ser materializada por la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales, en ejercicio de las funciones de Policía Judicial que el Código Disciplinario Único le confiere.

Generalmente, en el decurso de las diligencias de allanamiento y registro domiciliario, se incautan elementos de prueba de origen físico, como documentos, títulos valores, papel moneda, impresos y manuscritos, armas de fuego, proyectiles y vainillas, artefactos explosivos, prendas de vestir, armas cortantes y contundentes, vehículos o sus partes, y en algunas ocasiones se encuentran huellas dactilares latentes, que no se observan a simple vista.

El manejo y manipulación de los elementos materiales probatorios antes señalados debe llevarse a cabo teniendo en cuenta la naturaleza de cada uno de ellos, conforme a los procedimientos de cadena de custodia, a efectos de garantizar la preservación, originalidad e inalterabilidad de la evidencia física.

5. Interceptación de comunicaciones telefónicas en el proceso disciplinario

La interceptación de comunicaciones telefónicas es una diligencia que interfiere y afecta el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, y en consecuencia está sujeta a reserva judicial. Es decir, como el mismo no ostenta la categoría de derecho absoluto, es posible limitarlo para efectos de la actividad investigativa, en algunos supuestos concretos, a fin de armonizar su ejercicio con las garantías de los intereses generales, cuya efectividad se procura como finalidad en el trámite de un proceso penal o disciplinario. Las Constituciones Políticas, y entre ellas la colombiana, declaran que “la correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Solo podrán ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley” (art. 15, numeral 3 de la Constitución Colombiana).

En el marco del proceso disciplinario, y con el objeto de lograr el aseguramiento y práctica de pruebas, el Procurador General de la Nación ostenta facultades para ordenar las interceptaciones de comunicaciones telefónicas y similares, como diligencia sometida a reserva, motivada en forma escrita, a través de un juicio fáctico y jurídico, donde se indiquen las razones que justifican la restricción del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones para el caso concreto, y los motivos por los que debe ceder ante la

prevalencia de intereses sociales que procuran materializarse en desarrollo del proceso disciplinario.

En tal sentido, sólo el Procurador General tiene atribuida la competencia indelegable para decretar la interceptación de comunicaciones telefónicas, radiofónicas o similares que utilicen el espectro electromagnético, pues únicamente él ostenta facultades jurisdiccionales para tales efectos. Para la práctica de la diligencia, el Jefe del Ministerio Público comisiona por lo general a la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales, como Policía Judicial Disciplinaria que posee la infraestructura logística y recursos técnicos y humanos necesarios para llevar a cabo tal actividad investigativa. En este orden de ideas, cualquier Procuraduría Delegada con funciones disciplinarias, o del nivel territorial que requiera una prueba de esta índole, en desarrollo de una investigación, no ostenta facultades para decretarla en forma directa, por carecer de facultades de policía judicial y de facultades jurisdiccionales para ordenar medios de prueba que impliquen limitación de derechos fundamentales. Por tal motivo, deberán presentar la respectiva solicitud al Despacho del Procurador General de la Nación, a fin de que se estudie la viabilidad de la medida.

Por lo demás, la interceptación de comunicaciones telefónicas en el proceso disciplinario se rige por las normas que para el efecto señala el Código de Procedimiento Penal, y concretamente la ley 600 de 2000. Bajo tal perspectiva, las entidades encargadas de la operación técnica de interceptación, vale decir, los operadores de telefonía fija, celular, radiofónica o similares que utilicen el espectro electromagnético, tienen la obligación de dar cumplimiento a la orden del Procurador General dentro de las 48 horas siguientes al recibo de la misma, sin que requieran para ello ratificación alguna del Fiscal General de la Nación ni de funcionario alguno adscrito a la Fiscalía, so pena de incurrir, por su conducta omisiva, en el delito de fraude a resolución judicial que describe el artículo 454 del Código Penal en los siguientes términos: “el que por cualquier medio se sustraiga al cumplimiento de obligación impuesta en resolución judicial, incurrirá en prisión de 1 a 4 años, y multa de 5 a 50 salarios mínimos mensuales vigentes”.

Tal figura delictiva se orienta a la tutela de la eficaz y recta administración de justicia, y se configura en este evento, cuando el operador técnico omite el cumplimiento de la orden de interceptación de comunicaciones telefónicas emitida por el Procurador General, en ejercicio de facultades jurisdiccionales. La resolución que emite el jefe del Ministerio Público para tales efectos, como ya se ha indicado, tiene carácter de resolución judicial,

y el incumplimiento de la misma afecta e interfiere la aducción de medios de pruebas en los procesos que se adelantan contra servidores públicos y la vigilancia de la conducta superior que la Constitución encomienda al Procurador General con respecto a los mismos, lo que ha sido considerado por la Corte Constitucional como una actividad material de justicia disciplinaria.

Así mismo, al expediente disciplinario, con base en las normas de integración del C.P.P , únicamente serán agregadas las transcripciones de las llamadas que tengan interés para los fines del proceso, es decir, para efectos de establecer la materialidad de los hechos y la responsabilidad o inocencia del servidor público involucrado.

Una inquietud relevante que puede surgir con respecto al tema, tiene que ver con la autorización de la Dirección Nacional de Fiscalías, a que está sometida la diligencia de interceptación de comunicaciones telefónicas que decreta un Fiscal durante la etapa investigativa, tanto en la ley 600 de 2000 como en la ley 906 de 2004. Es pertinente definir si tal previsión cobija igualmente a las interceptaciones telefónicas ordenadas por el Procurador General de la Nación, en el decurso del proceso disciplinario, y con el objeto de lograr el aseguramiento de las evidencias para fines eminentemente probatorios.

La respuesta en este punto ha de ser negativa, en tanto la Constitución y la ley han previsto la posibilidad del ejercicio de autónomo e independiente de funciones de Policía Judicial y de las funciones jurisdiccionales del Procurador General para el proceso disciplinario, por lo cual no parece lógico, razonable, ni jurídicamente admisible, someter el ejercicio de las potestades conferidas a la policía judicial disciplinaria para investigar faltas de esa naturaleza, a los controles que la ley ha señalado para los órganos permanentes o que cumplen funciones especializadas de policía judicial, en el marco de los procesos penales.

Como se ha indicado de manera reiterada, el modelo de policía judicial que desarrolla la Constitución Política de 1991, el Código de Procedimiento Penal y el Código Disciplinario Único, permite a la Procuraduría General de la Nación ejercer tales funciones en el marco del proceso disciplinario, de manera autónoma, a la luz de la Constitución y con única dependencia funcional del Procurador General de la Nación, o como órgano especializado de apoyo en la investigación de los delitos que guarden armonía con la órbita de su competencia, de conformidad con el Código de Procedimiento Penal. Sólo en este evento, cuando la Procuraduría, generalmente a través de la Dirección de Investigaciones Especiales, ejerce funciones de Policía Judicial para la investigación de delitos, se establece una dependencia fun-

cional con el Fiscal General, que de acuerdo con las normas procesales, es el encargado de la dirección y coordinación de las funciones de policía judicial, para efectos de la investigación de los delitos.

Así pues, la disposición que ordena a la Dirección Nacional de Fiscalías ejercer un control sobre las interceptaciones telefónicas decretadas por el fiscal del caso, es incompatible con la regulación y el régimen autónomo que la Constitución y el CDU tienen previsto para las funciones de la policía judicial disciplinaria, y por tanto resulta inaplicable en dicho ámbito. En tal sentido, el procurador está investido de atribuciones autónomas para ordenar interceptación de comunicaciones telefónicas y similares, en desarrollo del proceso disciplinario, sin que requiera autorización alguna del Director Nacional de Fiscalías para adoptar una determinación de esta naturaleza.

Tal postura se sustenta igualmente en la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, la cual ha señalado que el control del director Nacional de Fiscalía sobre las interceptaciones telefónicas opera únicamente frente a las diligencias de esta índole decretadas por los Fiscales durante la investigación previa o la investigación formal, y no frente a las ordenadas por los Jueces, en ejercicio de su facultad para decretar pruebas durante la etapa del juicio. El Procurador General, como ya se indicó, actúa materialmente como Juez para tales efectos, por las razones antes anotadas, y por ello en este tema no está sometido al control del Director Nacional de Fiscalías.

De acuerdo con sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, de 22 de marzo de 2000, cuyo ponente fue el Magistrado Doctor Jorge Córdoba Póveda, “la norma señala que las interceptaciones que ordene el Fiscal durante la ‘investigación’ deben ser aprobadas por el Director Nacional de Fiscalías, lo cual no significa, a juicio de la Sala de Casación Penal de la Corte, que las decretadas en la investigación previa no requieran dicho aval como requisito de validez de la diligencia reservada. Anota que la discriminación se hace es en razón de la actividad funcional y por etapas del proceso penal, pues si la interceptación se llegare a ordenar en la etapa del juicio, obviamente bastaría la orden motivada y por escrito del Juez, sin necesidad de la intervención del Director Nacional de Fiscalías, pues este no tiene autoridad sobre los jueces.”

Conforme a lo anterior, en la etapa de investigación previa también se precisa autorización del Director Nacional de Fiscalías para proceder a la interceptación de comunicaciones telefónicas, pues tal control funcional y je-

rárquico es incluso más importante en esta etapa, cuando apenas se ventilan imputaciones y sospechas, y porque sería preciso proteger con mayor rigor los derechos fundamentales de las personas involucradas”¹⁵.

Otros aspectos de la regulación que aparecen en el Código de Procedimiento Penal, como la que establece para las personas que participan en el procedimiento técnico de interceptación, transcripción o identificación de los interlocutores, la obligación de guardar la debida reserva, la que dispone que por ningún motivo se podrán interceptar las comunicaciones del defensor, y que las grabaciones de interés para el proceso se trasladarán al expediente, por medio de escrito certificado por el respectivo funcionario, sí resultan compatibles y de obligatoria aplicación cuando en el marco del proceso disciplinario se practica la diligencia reservada objeto de estudio.

Sobre el término de las interceptaciones telefónicas, la ley 600 de 2000 no señala concretamente el periodo por el cual pueden llevarse a cabo, y en tal sentido, es el funcionario judicial, con apoyo en los criterios y reglas que le ofrece el principio de proporcionalidad, quien definirá en cada caso concreto, y en virtud de las necesidades probatorias y la complejidad del asunto, y la ponderación de los intereses en conflicto, los plazos en que será restringido el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.

La ley 906 de 2004, en cambio, señala específicamente que con el objeto de buscar elementos materiales probatorios y evidencia física, el Fiscal no podrá ordenar la interceptación de comunicaciones telefónicas por un plazo superior a tres meses, prorrogable hasta otro tanto, si a su juicio subsisten los motivos que la originaron. El régimen probatorio en el marco del proceso disciplinario remite, como norma de integración para los aspectos no previstos de manera expresa, como las diligencias reservadas, al Código de Procedimiento Penal, y concretamente a la ley 600 de 2000, mientras ella mantenga su vigencia, ya que las disposiciones señaladas en la ley 906 de 2004 son incompatibles con el proceso disciplinario, toda vez que la tendencia inquisitiva que a este caracteriza, y el principio de permanencia de

¹⁵ El artículo 47 del decreto 2699 de 1991, primer Código de Procedimiento Penal que se aprobó después de la Constituyente de 1991, disponía que la interceptación de comunicaciones telefónicas debía realizarse previa autorización del Director Nacional de Fiscalías. En sentencia del 22 de octubre de 1996 la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, sobre la mencionada disposición dijo: “lo que pretende la citada norma es que en tratándose de intervención judicial en la intimidad de las personas, al menos dos funcionarios intervengan en la decisión, a efectos de garantizar la debida utilización de tal medida. Esto es, que cuando la iniciativa surja de la policía judicial, sea el Fiscal a cargo del asunto quien lo autorice. Y, que cuando sea el propio fiscal quien exponga en su decisión la necesidad de acudir a este mecanismo con miras a obtener pruebas que sirvan a los propósitos de los procesos que adelanta, sea la Dirección Nacional de Fiscalías la que imparta la autorización”.

la prueba que le es consustancial, no guardan armonía con las previsiones normativas que desarrollan procesalmente el principio acusatorio, y concretamente el régimen de pruebas, en la ley 906 de 2004.

5.1. Intervención de comunicaciones telefónicas por parte de unos de los interlocutores en el proceso disciplinario

La tesis de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, según la cual es válida como prueba la grabación magnetofónica que realiza uno de los interlocutores en la conversación, y concretamente la víctima para preconstituir la evidencia que fundamentará su denuncia, ha sido igualmente aplicada en el proceso disciplinario, comoquiera que tal actividad no constituye una injerencia indebida a los derechos fundamentales al secreto de las comunicaciones e intimidad.

El caso emblemático en materia disciplinaria, en este punto concreto, fue fallado por la Procuraduría Delegada para la Moralidad Pública, a través de un proceso verbal, mediante fallo del 21 de mayo de 2003, en el cual sancionó disciplinariamente con destitución e inhabilidad de 20 años, a los Concejales de Bogotá Judy Consuelo Pinzón, Lilia Camelo Chávez y William David Cubides Rojas.¹⁶

Los supuestos de hecho relevantes en el referido caso indican que los Concejales sancionados participaron en la discusión y aprobación del Código de Policía para Bogotá. El señor Mauricio Castillo Mora, en representación de los vendedores ambulantes y empresas que podrían resultar afectados con la aprobación de dicho acuerdo, contactó a los Concejales antes citados, a fin de lograr la modificación de algunos aspectos del proyecto.

Los implicados se reunieron en varias ocasiones con el denunciante Mauricio Castillo en locales comerciales de la ciudad, en la sede política de uno de ellos y en las oficinas del Concejo Distrital, y en el decurso de esos encuentros los Concejales le solicitaron dinero a Castillo Mora como condición para gestionar la modificación del proyecto en beneficio de los interesados. En varias oportunidades los implicados conversaron telefónicamente con Castillo Mora, ya sea por llamadas telefónicas que este efectuara o por llamadas que recibiera de los implicados. Dichas llamadas y las conversaciones, de cuyo contenido se deduce la solicitud de dinero, fueron grabadas por el denunciante, y posteriormente aportadas al proceso penal, y trasladadas como pruebas al proceso disciplinario.

¹⁶ Fallo de primera instancia proferido por el Procurador Delegado para la Moralidad Pública, doctor José Fernando Reyes Cuartas. Rad 162-79713- 2002.

En una reunión que tuvo lugar el 8 de diciembre de 2002 comparecen todos los implicados y el denunciante con un maletín que contendría el pago de las exigencias, momento en el cual los Concejales son capturados en flagrancia por la Policía Judicial, cuando se disponían a recibir el dinero como consecuencia de la ilegal gestión a que se habían comprometido.

En el presente caso, tanto las cintas de audio aportadas por el denunciante, donde aparecen conversaciones telefónicas con los acusados que acreditan probatoriamente la materialidad del delito y de la falta disciplinaria, al igual que el maletín ejecutivo que contenía el dinero auténtico o espurio (en realidad contenía fajos de billetes simulados), que incautó la policía judicial en el momento del allanamiento y captura, constituyen elementos materiales de prueba necesariamente sometidos a cadena de custodia, a fin de preservar la identidad, originalidad, integridad y capacidad demostrativa en los procesos penal y disciplinario, de las evidencias recaudadas por la policía judicial en la escena.

Con respecto a las grabaciones de audio que realizó Castillo Mora, y en las que aparecen conversaciones que sostiene con los Concejales implicados en torno a la contraprestación económica que estos recibirían por su gestión, fueron valoradas como pruebas lícitas, con base en la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, según la cual “las grabaciones magnetofónicas realizadas por quien está siendo víctima de una conducta punible a través de llamadas telefónicas a su abonado no requieren autorización judicial previa para su validez y eficacia probatoria, puesto que siendo destinatario de la llamada, está facultado para grabarla y difundirla, en virtud del principio de autonomía individual, sin que con ello se afecte la órbita de la intimidad ajena, ni el ordenamiento jurídico”.

Y agrega la mencionada línea jurisprudencial: “lo prohibido es la grabación en la modalidad de interceptación de terceros, pues se entiende que el interés protegido en lo material es la injerencia indebida de una persona en la comunicación de otra, de la cual no hace parte. Por tanto, si un tercero se inmiscuye en una conversación ajena, y la graba, la prueba así obtenida será ilícita; pero si la grabación es realizada por quien participa en ella, no habrá motivos para afirmar su ilicitud, menos aún si está siendo víctima de un delito”. (Sentencias de marzo 16 de 1988, M.P. Dr. Lisandro Martínez Zúñiga; octubre 22 de 1996. M.P. Dr. Fernando Arboleda Ripio; noviembre 15 de 2000. M.P. Dr. Jorge Córdoba Poveda y agosto 15 de 2001, M.P. Dr. Fernando Arboleda Ripoll; todas de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia).

En el caso bajo estudio, al denunciante Castillo Mora se le consideró posible “víctima” del delito o falta disciplinaria, pues “hace parte de un colectivo que propende a la defensa de los intereses de los vendedores ambulantes y desarrolla programas sociales que procuran mejorar su nivel de vida, entre otros programas. En tal sentido, las actividades proactivas que él desarrolló tenían un fin filantrópico, como fue desarrollar un programa para ofrecer condiciones ventajosas a los vendedores ambulantes, al tenerlos como guías turísticos, informantes, etc. En este sentido, no puede negarse que el fracaso del proyecto afectaba primordialmente a Castillo Mora, en cuanto líder. Si esto es así, no se niega su calidad de víctima en frente de las demandas de dinero que le hicieron los concejales disciplinados para no sacar a los vendedores informales de las calles, por medio de una norma que así lo dispondría. Ese resultado afectaba a Castillo y a su colectivo, y en ese sentido se le tiene como afectado y por ende legitimado para grabar las conversaciones que en esa dinámica reprochable lo involucraba”.

Preservado el valor probatorio de estas evidencias mediante el cumplimiento de las normas sobre cadena de custodia, se practicó sobre ellas la prueba pericial de cotejo de voces en los laboratorios del Departamento Administrativo de Seguridad. De acuerdo con las conclusiones del dictamen, no fue posible llevar a cabo el cotejo, en la medida en que las cintas no son idóneas para ello, pero sí fue posible efectuar transcripciones de dichas conversaciones, para, a partir de estas, así como de los testimonios que obran en la investigación y de la relación de llamadas telefónicas realizadas por los investigados, establecer indiciariamente quiénes son los interlocutores que allí intervienen, y la responsabilidad disciplinaria y penal que de las ilegales solicitudes se deriva.

Así pues, en el presente caso, tanto las grabaciones magnetofónicas de audio que realizó el denunciante como el maletín donde transportaba papeles que simulaban ser billetes con los que cancelaría la concusión, y donde era posible explorar la presencia, por ejemplo de huellas, de rastros o huellas dactilares de los implicados, constituyen elementos materiales probatorios cuya autenticidad debe ser garantizada mediante la aplicación cabal de las normas sobre cadena de custodia, como ocurrió en el presente caso.

6. Operaciones encubiertas en el proceso disciplinario.

6.1. El marco legal

No obstante las dificultades para el correcto entendimiento del artículo 243 de la ley 600 de 2000, es esta la disposición legal que permite fundamentar

en el proceso disciplinario la práctica de diligencias investigativas como los seguimientos pasivos y las labores encubiertas, puesto que la regulación de los métodos de investigación que signifiquen una injerencia en los derechos fundamentales, según el principio de proporcionalidad, debe estar señalada en la ley, y no en las normas de naturaleza reglamentaria.

Si bien la ley 906 de 2004, arts. 239 a 243 regula con mejor técnica y en forma autónoma las tres diligencias reservadas (seguimientos pasivos, vigilancias, agente encubierto y entregas vigiladas), en el procedimiento disciplinario no es posible acudir a ellos como normas de reenvío, habida cuenta que el régimen probatorio previsto en la ley 906 de 2004 es incompatible con la estructura del proceso que diseñó el Código Disciplinario Único, ya que este muestra una evidente tendencia inquisitiva, mientras que la ley 906 de 2004, también en materia de pruebas, desarrolla a cabalidad el principio acusatorio.

En tal sentido, y en materia disciplinaria, como antes se explicó, la práctica de los seguimientos pasivos y operaciones encubiertas se debe regir por la ley 600 de 2000, con base en el principio de integración normativa, como lo ha señalado el Procurador General a través de la directiva 006 del 8 de abril de 2005, y como lo ha de establecer un proyecto de ley que se tramite en el Congreso de la República con dicho propósito.

Dispone el artículo 243 de la ley 600 de 2000: “Medidas especiales para el aseguramiento de la prueba. El Fiscal General de la Nación o el Fiscal Delegado en quien delegue esta función ordenará la incursión o seguimiento pasivo por parte de funcionarios judiciales y de policía judicial, sobre o en actividades sospechosas de preparación, ejecución, consumación u obtención de efectos de conductas tipificadas en la ley a fin de: a) identificar, individualizar o capturar los autores o partícipes, b) desarticular empresas criminales, c) impedir la ejecución o consumación de conductas punibles, d) determinar la procedencia de la acción penal, e) recaudar pruebas, f) atender solicitudes de asistencia judicial, g) determinar el origen de los bienes y h) ubicar a las víctimas”.

Señala también el texto legal que “las pruebas recaudadas por este medio tendrán plena validez, y en todo caso se citará al representante del Ministerio Público, pero su ausencia no impide ejecutar la orden del fiscal”.

Como se observa sin mayor esfuerzo, la compleja estructura del texto legal torna difícil la interpretación y aplicación del mismo, al fusionar tres figuras afines (Seguimiento pasivo, entrega vigilada y agente encubierto), ampliando el propósito de la misma al logro de 8 objetivos distintos y disímiles, que

incluyen igualmente aspectos preventivos, de cooperación internacional, aseguramiento de la prueba y políticos criminales. Sin embargo, se reitera, es esta la norma de reenvío en el proceso disciplinario, por las razones ya anotadas.

Así pues, en el proceso disciplinario se podría acudir excepcionalmente a las técnicas de infiltración, con el objeto de penetrar una organización que en forma sistemática y continua se haya constituido para cometer faltas disciplinarias gravísimas, principalmente relacionadas con corrupción administrativa, al interior de las diversas entidades del Estado.

La utilización de agentes encubiertos para asegurar pruebas, recaudar información, y desvertebrar las organizaciones al margen de la ley, al identificar sus integrantes, funcionamiento, financiamiento y acciones, por la intensidad de la injerencia en los derechos fundamentales, tendría que ser necesariamente ordenada mediante providencia motivada suscrita por el Procurador General de la Nación, en ejercicio de las facultades jurisdiccionales que la Constitución y la ley le otorgan. La ejecución material de la medida sería realizada por funcionarios de la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales, en virtud de la especialidad, estructura y funciones de policía judicial que el artículo 48 de la ley 734 de 2002 confieren al Director de esa dependencia.

La corrupción administrativa con frecuencia se canaliza a través de estructuras delictivas que suelen tener enlaces o vínculos al interior de las entidades del Estado, a través de servidores públicos que realizan un aporte orientado al logro de ventajas o beneficios indebidos para los miembros de la organización ilegal.

Las asociaciones delictivas en las que participan servidores públicos que desempeñan sus funciones al interior de las entidades donde se realizan los actos de corrupción, orientan su actuar al logro de diversos objetivos, que tienen que ver con atentados contra bienes de la administración pública, faltas disciplinarias que atentan contra la moralidad pública, como actos de cohecho, concusión, enriquecimiento ilícito, interés ilícito en la celebración de contratos estatales, y conductas relacionadas con manipulación de los sistemas informáticos y tecnológicos, con el fin de alterar o introducir en ellos información que favorezca los intereses que motivan a los miembros de la organización criminal.

La infiltración de un agente encubierto para descubrir e identificar los servidores públicos que actúan como enlaces de la organización que realiza de manera sistemática las faltas disciplinarias gravísimas antes anotadas, pue-

de constituir una diligencia investigativa de enorme utilidad, en virtud de las características, dinámica y “modus operandi” con que actúan las agrupaciones delictivas de esta índole.

El agente encubierto debe ostentar facultades de policía judicial, y actuará bajo una identidad supuesta que le permite realizar, incluso con dicha identidad, actos con trascendencia en el tráfico jurídico. En el proceso disciplinario la identidad supuesta puede sustentarse en un nombramiento ficticio, que como estrategia de colaboración en la lucha contra la corrupción administrativa, el director o gerente de la entidad donde se realizará la infiltración, realiza a favor del agente de Policía Judicial que llevará a cabo la diligencia, con una identidad que no es la suya, y con el objeto de identificar a los servidores públicos que al interior de ese órgano del Estado intervienen en las faltas contra la moralidad pública.

6.2. La investigación del agente encubierto

En la investigación disciplinaria, al igual que en la penal, la infiltración se desarrolla fundamentalmente en dos fases: En la primera, el agente encubierto toma contacto con el entorno que pretende investigar, desarrollando actividades orientadas a generar relaciones de confianza con los miembros de la organización, y en este caso, con los servidores públicos involucrados, las cuales, fundadas en el engaño (identidad supuesta), hacen posible el desarrollo de la investigación. En la segunda fase, podrá efectuar las tareas de investigación propiamente dichas.

El agente encubierto, en el marco de la investigación de faltas disciplinarias, no puede lesionar los derechos fundamentales de los imputados o de terceros, más allá de los límites que le permiten la identidad supuesta y la ocultación de su condición policial, y tampoco puede servirse de esta técnica para cometer o participar en la comisión de delitos más allá de los que resulten absolutamente necesarios para su investigación¹⁷.

Cabe recordar que no obstante lo especializado de sus funciones, el agente encubierto conserva su condición de funcionario de policía judicial, sujeto a los deberes y obligaciones que vinculan a tales autoridades.

En tal sentido, cuando las diligencias de investigación puedan afectar los derechos fundamentales, el agente encubierto deberá solicitar del Procura-

¹⁷ El análisis del tema aparece en Gascón Inchausti, Fernando. “Infiltración policial y agente encubierto”. Editorial Granada. 2001. Pág. 228.

dor General las autorizaciones que al respecto establezcan la Constitución y la ley, así como cumplir las demás previsiones legales aplicables.

“En tal contexto, resulta claro que la primera autorización judicial –presupuesto de la infiltración– legítima o justifica la limitación de los derechos fundamentales que surge cuando el Estado se sirve del engaño para la investigación de los delitos o faltas disciplinarias. La referida autorización judicial permite sustentar la licitud probatoria de diligencias como la entrada del agente encubierto en domicilios y otros lugares privados, pero no otras adicionales.

Como regla general se establece en los ordenamientos jurídicos de derecho comparado que la entrada en domicilio ajeno se puede fundar en el consentimiento del titular, en la autorización judicial expresa, o en la situación especial de flagrancia. En lo relativo al consentimiento del titular, se exige que no esté viciado, y lo estará –entre otros motivos–, cuando se obtenga mediante engaño.

Pues bien, en aplicación de la regla general antes anunciada, el engaño que subyace a la infiltración, motiva el consentimiento del titular, y este sólo se considera lícito porque se trata de un engaño autorizado por un Juez. Adicionalmente, conviene advertir que en el proceso disciplinario la infiltración se desarrolla fundamentalmente en oficinas públicas, que según la Corte Constitucional colombiana son espacios amparados por el derecho a la intimidad, pero la titularidad para permitir el acceso a ellas corresponde al director de la entidad, que en el supuesto de infiltración para investigar hechos de corrupción en una entidad pública, por lo general está autorizada por el respectivo director, razón por la cual la vulneración de este derecho no resulta ostensible.

No obstante, la permanencia del agente encubierto donde se desarrolla la actividad de connotación disciplinaria, es de vital importancia para el desarrollo de la investigación, pues a través de ella tendrá acceso a experiencias visuales que podrá relatar después como testigo. En este sentido, no será prueba ilícita la declaración del infiltrado que narra en juicio aquello que observó o escuchó al interior de una oficina o lugar cerrado de trabajo, al que tuvo acceso en virtud de la autorización inicial de Procurador General de la Nación.

Será lícito entonces que aporte al proceso como fuente de prueba las cosas, objetos o documentos que le fueron entregadas voluntariamente por los servidores públicos investigados, con base, claro está, en el engaño, al igual

que las fotografías y grabaciones en video del interior de esos lugares, siempre y cuando fueren obtenidas con el consentimiento del titular.

No sucederá lo mismo con los objetos que haya sustraído ni con las fotografías y grabaciones obtenidas sin consentimiento, pues el acceso a tales evidencias se logra a través de una lesión del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio.

La autorización conferida por el Procurador para que el infiltrado actúe bajo identidad supuesta, justifica de igual modo la posibilidad de que obtenga información de contenido incriminatorio, a través de conversaciones sostenidas con los investigados.

En tal sentido, no puede sostenerse válidamente que el acceso a tales informaciones se logra mediante infracción del derecho a guardar secreto, o a no declarar contra sí mismo, o contra sus familiares, clientes feligreses, etc., ya que se encuentran absolutamente legitimadas con apoyo en la autorización judicial, y a través de ellas el imputado o testigo asume simplemente el riesgo propio de toda relación humana: que se produzca una traición de la confianza depositada en el interlocutor.

“Tal posición guarda consonancia con la doctrina de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia colombiana, que en reiteradas y homogéneas decisiones ha conferido validez a las pruebas obtenidas mediante intervenciones orales que lleva a cabo una de las personas que participa en la conversación grabada. En consecuencia, el agente encubierto podrá grabar, sin que resulte imperativo obtener autorización judicial previa, las conversaciones que sostenga con los imputados, y tales grabaciones, establecida la autenticidad de su contenido, constituyen prueba lícita con aptitud suficiente para enervar la presunción de inocencia en el marco del proceso penal o disciplinario.

Existen en cambio otras actuaciones del agente encubierto en las que la lesión de derechos fundamentales excede el ámbito del mero engaño en que se funda la infiltración, y no se consideran, por tanto, legitimadas con fundamento en la autorización inicial del Juez, sino que resulta necesaria para dichos eventos, una orden judicial complementaria del Procurador General, y circunscrita a la respectiva diligencia.

Entre estas diligencias se incluyen: la intervención de comunicaciones telefónicas en las que no participe el agente infiltrado, la intervención y registro de correspondencia y comunicaciones postales, los registros sobre libros, papeles de contabilidad, computadores, ficheros y discos informáticos.

Tampoco es posible que sin orden judicial expresa del Procurador General, proceda a la grabación o registro, por cualquier medio técnico, de conversaciones ajenas en forma oculta y en el ámbito protegido por el derecho a la intimidad, pues tal maniobra excede los límites del engaño legitimado por el Juez al acordar la infiltración.

6.3. La utilización de particulares en labores de infiltración

Es discutible si en el marco de la ley 600 de 2000 era posible utilizar un particular para las labores de infiltración, toda vez que el artículo 243 del Código de Procedimiento Penal, que se expidió mediante la citada ley, no contempla dicha posibilidad, al indicar que únicamente los funcionarios judiciales o de policía judicial podrán llevar a cabo tales diligencias reservadas. En ese orden de ideas, no sería posible en principio utilizar en el marco del proceso disciplinario un particular como agente encubierto en una entidad estatal, como sí está permitido en la legislación alemana, en virtud de la figura del V-Mann, e incluso en la ley 906 de 2004, cuyo artículo 242 contempla tal hipótesis.

En las legislaciones procesales que permiten la intervención de un particular como agente encubierto, se utiliza tal mecanismo para eventos en los cuales la organización criminal posee tan refinados mecanismos de control, que su penetración supone la existencia de vínculos de amistad y confianza ya consolidados entre sus miembros y un particular, quien una vez realiza la infiltración, traiciona y quebranta la confianza en él depositada por los directores de la asociación delictiva, y orienta sus esfuerzos a recaudar evidencia física para lograr que sean judicializados. Así mismo, se acude a los particulares como agentes encubiertos en los casos donde el acceso a la organización criminal es restringida en virtud de exigencias de orden ideológico, étnico, racial, y se requiere por tanto una persona que cumpla tales condicionamientos, o de igual manera, cuando en la dinámica del grupo se utilizan lenguajes concretos o dialectos que desconocen las autoridades de policía judicial, pero que son del dominio de particulares.

6.4. Los requisitos de la injerencia

Bajo la anterior perspectiva, y para efectos de ordenar la infiltración, el Procurador General de la Nación deberá tener a su disposición motivos fundados que le permitan inferir razonablemente que al interior de una determinada entidad pública opera una organización criminal dedicada a consumir

faltas gravísimas, especialmente relacionadas con corrupción administrativa o violaciones a los derechos humanos, y que en ella laboran servidores públicos que son miembros, colaboran o intervienen en la búsqueda de los objetivos ilícitos a que orientan sus esfuerzos los integrantes de la asociación delictiva.

Estos motivos fundados deben provenir de otros medios de prueba allegados a la actuación disciplinaria, tales como datos entregados por informantes, que debidamente contrastados ofrecen motivos de credibilidad, seguimientos y vigilancia previas, interceptación de comunicaciones telefónicas y electrónicas, entre otros, que permitan construir indicios serios sobre la existencia de la organización criminal y sobre la participación de servidores públicos en la estructura y dinámica de los actos de delincuencia organizada. Ello, en lo que tiene que ver con la motivación fáctica que deberá consignar el Procurador en la providencia que ordena la operación del agente encubierto.

La orden le permitirá al funcionario de la Policía Judicial disciplinaria la incursión sobre o en actividades sospechosas de preparación, ejecución, o consumación de faltas disciplinarias gravísimas, ejecutadas por una organización delictiva. La expresión “sospechosas”, debe ser interpretada como una circunstancia que razonablemente evidencie motivos fundados, a la luz de los medios de convicción aducidos al proceso, hasta el momento de ordenar la operación encubierta, como lo dispuso la Corte Constitucional en la sentencia C-431 de 2003.

Es decir, pueden los funcionarios de policía judicial actuar externa o pasivamente, o interna y efectivamente al interior de una organización criminal o actividad ilícita que se encuentre en la etapa de preparación, ejecución o consumación de una falta disciplinaria gravísima, con el objeto de identificar o individualizar a los servidores públicos que intervienen como autores o partícipes, desarticular la empresa criminal, determinar la procedencia de la acción disciplinaria, y recaudar pruebas, entre otros objetivos.

“No puede entonces la Policía Judicial ‘motu proprio’ disponer una operación encubierta, pues ella solo puede ser ordenada por el Fiscal General o un delegado suyo; y son los funcionarios judiciales o de policía judicial, quienes pueden, en virtud de la ley, desarrollarla materialmente”¹⁸. En el proceso disciplinario, como antes se dijo, el Procurador General de la Na-

¹⁸ Arciniegas Martínez, Guillermo Augusto. “Policía Judicial”. Ediciones Nueva Jurídica. Segunda Edición. 2002. Pág 143.

ción es quien puede ordenarla con base en facultades jurisdiccionales, y la ejecuta la policía judicial disciplinaria.

Finalmente, al juicio fáctico que realiza el Procurador General de la Nación, para efectos de motivar la providencia reservada que ordena la operación de un agente encubierto, se agrega la necesidad de consignar en ella un juicio jurídico, sustentado en las pautas y derroteros que ofrece el principio de proporcionalidad, anteriormente explicados.

7. Cámaras ocultas y videovigilancia

Las filmaciones de video o los registros fotográficos utilizados para descubrir o comprobar la comisión de un delito o falta disciplinaria, son procedimientos probatorios admisibles, bajo varias propuestas o condiciones:

Se exige, en primer término, que se efectúen en un lugar público, aun cuando se haga de manera oculta o subrepticia, “con la única salvedad de que no quede afectada la intimidad ni la dignidad de la persona filmada o fotografiada.

“Tales filmaciones o fotografías pueden ser realizadas por particulares, periodistas, policía judicial en sus labores de investigación, los responsables de seguridad en cualquier edificio público o privado, o mediante cámaras colocadas en lugares fijos donde la criminalidad muestre una notoria incidencia.

Si se quiere que tales procedimientos respeten los valores de la persona humana recogidos en la Constitución, solo cabe hacerlo en los espacios, lugares, locales libres y públicos, y por lo general exteriores, al igual que en establecimientos oficiales, bancarios o empresariales, y nunca en los domicilios o lugares privados, o considerados como tales, como por ejemplo, los reservados de los aseos públicos, salvo autorización judicial, motivada y proporcional al hecho objeto de investigación”¹⁹.

Las reglas que se aplican para los eventos de seguimiento y vigilancia que emprende la Policía Judicial con miras a identificar o descubrir los actos o partícipes de una determinada conducta delictiva, se pueden trasladar en principio a las labores de vigilancia u observación de lugares o personas, en sitios públicos, que pudieran estar relacionadas con el acto que es objeto de investigación. Ello es así, por cuanto en desarrollo de los seguimien-

¹⁹ Climent Durán Carlos. Ob Cit., Pág. 756.

tos y vigilancias, se suelen utilizar los sistemas mecánicos de grabación de imágenes, a efectos de captar los registros del momento en que se está cometiendo el hecho delictivo, debiendo limitarse tales procedimientos a las pautas y márgenes señaladas por el derecho a la intimidad y a la dignidad de la persona afectada por la filmación.

La distinción entre lo permitido y lo prohibido ha de obtenerse con base en lo que señale la Constitución, y muy especialmente las leyes Orgánicas o Estatutarias sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen.

“Ahora bien, dadas las posibilidades técnicas de manipular una filmación o fotografía, los jueces están en la obligación de adoptar las cautelas necesarias para preservar la autenticidad de todos los documentos fílmicos, es decir, para evitar que sean objeto de imitaciones o alteraciones fraudulentas (intercambio de palabras o imágenes para lograr un conjunto diferente al real montaje). Ello se logra a través de la aplicación de las normas sobre cadena de custodia, que aseguran la integridad, identidad y originalidad de la evidencia física representada por la respectiva grabación, para mantener inalterada, al mismo tiempo, su fuerza o capacidad demostrativa”²⁰.

La finalidad de la filmación o video es en esencia descubrir la comisión de un delito o falta disciplinaria, y para demostrar, por ejemplo, que a un determinado domicilio concurren numerosas personas para comprar drogas, o para identificar el posible autor del hecho delictivo investigado. La prueba obtenida a través de la utilización de una cámara oculta, de cualquier modo, no hace otra cosa que perpetuar la percepción visual del investigador de policía judicial que la realiza, y en consecuencia, debe ser estimada como válida.

En definitiva, las filmaciones o fotografías son libres o discrecionales cuando se realizan en lugar público, con la finalidad de satisfacer el interés público de descubrir la comisión de un delito o falta disciplinaria, cuando no se afecte la intimidad de la persona (su domicilio, v.g.), o su dignidad, pues para efectos de la injerencia en tales derechos fundamentales, la operación ha de estar precedida siempre de la correspondiente autorización judicial.

En este punto conviene advertir que incluso en lugares públicos existen sectores amparados por el derecho a la intimidad (como por ejemplo, los servicios sanitarios ubicados en un parque), en los cuales la utilización de

²⁰ Martínez Martínez Ricard. “Tecnologías de la Información, Policía y Constitución”. Tirant Lo Blanch Alternativa. Valencia. 2001, Pág. 257.

cámaras ocultas y videovigilancia debe estar autorizada por funcionario judicial competente, con base en el principio de proporcionalidad, y con el objeto de obtener información que conduzca al esclarecimiento de un delito o falta disciplinaria.

7.1. El seguimiento pasivo y la videovigilancia en el proceso disciplinario

En el proceso disciplinario es posible que el Procurador General de la Nación, con apoyo en las funciones jurisdiccionales que la Constitución y la ley le confieren, decrete un seguimiento pasivo, con utilización de las técnicas de videovigilancia, a efectos de obtener medios de pruebas que sustenten las providencias y decisiones que se habrán de adoptar en desarrollo del proceso.

Esta diligencia reservada, en la práctica, es ejecutada materialmente por la policía judicial disciplinaria, y concretamente por la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales. El sustento legal para su aducción está previsto en el artículo 243 de la ley 600 de 2000, donde se prevé la posibilidad de que el funcionario judicial ordene, entre otras diligencias, “seguimientos pasivos”, con el objeto de identificar o individualizar autores o partícipes de delitos (o faltas disciplinarias, para el caso de los procesos de esta índole); desarticular empresas criminales; impedir la realización o consumación de conductas punibles, o faltas disciplinarias, para nuestros efectos, entre otros objetivos.

Como antes se ha indicado, es la ley 600 de 2000 la que debe aplicarse como norma de reenvío en la práctica de pruebas en el proceso disciplinario, toda vez que el régimen probatorio regulado en la ley 906 de 2004 resulta incompatible con la naturaleza y estructura procesal prevista en el Código Disciplinario Único.

En el decurso del proceso disciplinario los seguimientos y videovigilancias, técnica y adecuadamente realizados por la policía judicial de la Procuraduría, pueden representar una posibilidad de aducir elementos probatorios determinantes, idóneos y útiles para acreditar la materialidad de faltas disciplinarias relacionadas con indebida participación en política de servidores públicos, violaciones de derechos humanos, corrupción administrativa, concretamente en punto de faltas que afectan la moralidad pública y enriquecimiento ilícito, e incluso, algunos registros filmicos, valorados como prueba documental, han resultado esenciales como fundamento de fallos sancionatorios por infracción a deberes funcionales relativos a la protección de la vida e integridad de los ciudadanos.

El Código Disciplinario Único, en el artículo 48, numerales 39 y 40, define como faltas gravísimas conductas realizadas por servidores públicos que afectan los principios de transparencia y la imparcialidad en desarrollo de procesos electorales y de elección popular de gobernantes y miembros de corporaciones públicas.

Según la primera disposición, incurre en falta disciplinaria el servidor público que “utilice el cargo para participar en las actividades de los partidos y movimientos políticos y en las controversias políticas, sin perjuicio de los derechos previstos en la Constitución y la ley”. La segunda falta consiste en “utilizar el empleo para presionar a particulares o subalternos a respaldar una causa o campaña política, o influir en procesos electorales de carácter político partidista”.

En el desarrollo de investigaciones disciplinarias por indebida participación en política, en algunos casos la determinación procesal de los hechos, y concretamente la materialidad de la falta y la responsabilidad del servidor público involucrado, se ha definido con base en información derivada de evidencia física obtenida por la policía judicial disciplinaria, en virtud de registros filmicos, seguimientos y videovigilancias legalmente ordenadas por el Procurador General en ejercicio de las facultades jurisdiccionales que le confiere la Constitución y la ley. Tales elementos materiales de prueba, como corresponde de acuerdo con la ley procesal, han de ser sometidos a la cadena de custodia desde el momento de su creación, durante todo el proceso de pericia técnica de que fueron objeto, y hasta ser utilizados como elementos de convicción en el fallo disciplinario.

En la investigación de faltas disciplinarias que constituyen violaciones a los derechos humanos, especialmente aquellas de tracto sucesivo, o cuya consumación se prolonga en el tiempo por la propia voluntad del servidor público que en ella incurre, los seguimientos pasivos al investigado y la utilización de la tecnología para el registro de imágenes y sonidos en el marco de tal diligencia reservada, se considera una prueba pertinente y de indiscutible idoneidad para la acreditación procesal de este tipo de hechos.

Los atentados contra el derecho a la vida, cometidos por servidores públicos en ejercicio de sus funciones, como la ejecución extrajudicial el genocidio, y el homicidio por razones de intolerancia, al igual que en los atentados contra la libertad personal, como los descritos en el artículo 48, numerales 13 y 14 (secuestro extorsivo y un tipo disciplinario semejante al secuestro simple), pueden acreditarse procesalmente con fundamento en cualquier medio

de prueba, en virtud del principio de libertad probatoria que es aplicable en el derecho disciplinario. Sin embargo, en la práctica es frecuente que la comisión de tales hechos se acredite a través de seguimientos y videovigilancias, que representan, en tal contexto, mecanismos que permiten obtener evidencias físicas en el decurso de investigaciones de esta índole.

Así mismo, la tortura, que constituye una falta disciplinaria gravísima, descrita en el artículo 48, numeral 9 del Código Disciplinario Único, en algunas ocasiones es también susceptible de ser acreditada probatoriamente a través de documentos filmicos obtenidos mediante videovigilancia.

El artículo 48, numeral 12 del Código Disciplinario Único, consagra como falta disciplinaria gravísima los vínculos de servidores públicos con grupos armados al margen de la ley. Según la mencionada disposición, se sancionan disciplinariamente la conducta consistente en “fomentar o ejecutar actos tendientes a la formación o subsistencia de grupos armados al margen de la ley; o promoverlos, auspiciarlos, financiarlos, organizarlos, instruirlos, dirigirlos o colaborar con ellos”.

Son muy diversas las pruebas que pueden incorporarse al proceso disciplinario a efectos de acreditar la cooperación y apoyo de agentes estatales con grupos armados ilegales, y entre ellas, es posible aportar al expediente, si existieren, videos, fotografías u otros documentos gráficos que demuestren la participación del servidor público en actividades de apoyo y auspicio a los mencionados grupos. En caso que los registros filmicos obtenidos con videocámaras o de audio, deban ser objeto de cotejos para efectos de acreditar la autoría o participación del servidor público, a tales elementos de prueba les deben ser aplicadas con todo rigor las normas sobre cadena de custodia, que como se ha indicado, hacen parte integral de la investigación adelantada desde la escena, y es un proceso conformado por actividades metódicamente diseñadas para garantizar la identidad, originalidad e integridad del elemento de prueba desde su hallazgo, hasta la presentación a la autoridad judicial o disciplinaria y la disposición final que ella haga de él.

Igualmente, en virtud de las características y dinámica de las faltas disciplinarias relacionadas con corrupción administrativa, los medios ordinarios de prueba suelen revelarse como insuficientes e ineficaces para investigar y esclarecerlas, y por ello, con frecuencia resulta indispensable acudir a las pruebas practicadas por la policía judicial disciplinaria, por iniciativa propia en la escena de la falta, donde se obtienen elementos probatorios con fuerza demostrativa que deben ser sometidos a cadena de custodia, o a la prácti-

ca por comisión diligencias reservadas ordenadas o decretadas por el Procurador en ejercicio de facultades jurisdiccionales, como las operaciones encubiertas, seguimientos, vigilancias, interceptación de comunicaciones telefónicas y afines, registros domiciliarios y de otros ámbitos cobijados o no por el derecho a la intimidad, entre otros, que permiten de igual forma obtener evidencias físicas a las que se les aplica la cadena de custodia, y que una vez valoradas pueden resultar de inestimable utilidad para la determinación procesal de los hechos relacionados con la corrupción administrativa.

En cuanto al tema del enriquecimiento ilícito como falta disciplinaria gravísima en el marco de los episodios de corrupción administrativa, esta se configura a través de un incremento injustificado del patrimonio del servidor público, a favor propio o de un tercero, o de igual manera, cuando el sujeto agente permite o tolera el incremento patrimonial de otro.

El incremento patrimonial debe ser demostrado por la autoridad disciplinaria competente para investigar o sancionar al servidor público, pues la carga de la prueba le corresponde al Estado. Se debe acreditar probatoriamente, en esencia, que el incremento patrimonial que registra el servidor público fue obtenido en forma injustificada, indebida o ilícita. Como falta disciplinaria de mera conducta, el incremento patrimonial indebido sólo requiere como prueba la admisión de dineros o bienes en infracción de los deberes como servidor público, sin importar que sea desproporcionado o significativo, ni para sí o a favor de un tercero.

Es necesario establecer entonces, en el decurso de la actividad probatoria, el incremento patrimonial no justificado, es decir, el que no deriva ni está vinculado con el ejercicio del cargo o con los ingresos lícitos que se obtienen como consecuencia de la actividad funcional. No obstante, ha de considerarse que los inculpados suelen acudir a maniobras engañosas para disfrazar el incremento de sus patrimonios, y concretamente a testafierros, amigos o familiares para eludir la acción de la justicia.

Por ello entonces, si bien la investigación disciplinaria por enriquecimiento ilícito se sustenta fundamentalmente en fuentes formales de información²¹ para determinar los movimientos de activos y pasivos, ingresos y gastos, y

²¹ Entre las fuentes formales de información para efectos de investigar el enriquecimiento ilícito se destacan la solicitada a entidades financieras, centrales de riesgo del sector financiero, Registraduría Nacional del Estado Civil, Instituto Geográfico Agustín Codazzi, Oficinas de Catastro, Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos y Notarías, Ministerio de Transporte, Secretarías de Tránsito; grupo de automotores de la DIJÍN; DIAN; Superintendencia de Industria y Comercio y Cámaras de Comercio; Secretarías de Hacienda; DAS; entre otras fuentes.

establecer así las diferencias patrimoniales y los gastos a justificar, ante la dinámica, características y métodos refinados que con frecuencia se aplican para ocultar el incremento patrimonial, en el esclarecimiento de este tipo de asuntos, con frecuencia resulta conveniente, útil y necesario acudir a las atribuciones de la Policía Judicial Disciplinaria, con el objeto de establecer, a través de diligencias reservadas ordenadas y decretadas por el Procurador General en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, o por medio de otras que la policía judicial puede llevar a cabo por iniciativa propia, los estilos y hábitos de vida del investigado y/o su grupo familiar, que no se corresponden con los ingresos lícitamente obtenidos, como elemento probatorio que contribuye a la eficacia de la investigación por tales hechos.

Así, a través de seguimientos de personas, o vigilancia de personas o cosas, con utilización en ambas actividades de los medios técnicos de audio, video, filmación y fotografías (videovigilancia); interceptación de comunicaciones y operaciones encubiertas, entre otros mecanismos, es posible determinar que el estilo de vida, en cuanto al consumo de bienes y servicios del investigado (servidor público) y sus familiares, no guarda armonía con los ingresos que ordinariamente obtiene por el ejercicio de sus funciones, lo cual acredita el incremento injustificado de su patrimonio.

Las pruebas tangibles o demostrativas que se obtengan de esta manera (videos, grabaciones de audio, fotografías, elementos materiales probatorios de origen electrónico, como copias de e-mails, entre otros), deben ser sometidos a cadena de custodia, con el objeto de asegurar la autenticidad de los mismos, su integridad, y preservación de su capacidad demostrativa, una vez realizados sobre ellos los cotejos y pruebas técnicas de rigor.

8. Intervenciones corporales

8.1. Delimitación conceptual. Inspecciones e intervenciones corporales

Conviene advertir, en primer término, que en el decurso de la actividad investigativa, en el proceso penal, es posible ordenar la práctica de intervenciones corporales, orientadas a obtener elementos materiales probatorios en el cuerpo del imputado, el que por esa vía se convierte en objeto de prueba.

Existe una diferencia básica y esencial entre la inspección y la intervención corporal. “La inspección se refiere al examen o exploración visual del imputado, o a la práctica de diligencias no invasivas, a fin de establecer si en la parte externa de su cuerpo, o en alguna de sus cavidades u orificios corpora-

les, de manera superficial, se encuentran objetos, elementos o instrumentos que provienen de la comisión de un delito, o que constituyen el objeto material del mismo. Por ejemplo, drogas ilícitas, armas, dineros y valores, etc. La inspección corporal es una diligencia de investigación que constituye una injerencia en el derecho a la intimidad corporal, y que por ello debe ser ordenada o decretada por un funcionario judicial, con apego estricto a las normas que integran el principio de proporcionalidad, y su práctica debe estar precedida de todas las formalidades legales y de instrucción médica”²².

La intervención corporal, en cambio, supone un acto de coerción que ordena la práctica de un examen de carácter instrumental e invasivo, realizado por un médico con el fin de obtener evidencia física en el cuerpo del imputado. La obtención de muestras a través de una exploración ginecológica, de fluidos corporales (semen, sangre, saliva, orina, etc.), con el fin de practicar por ejemplo un informe pericial, una prueba de alcoholemia, o un examen de ADN, encaminada a un cotejo forense, o los exámenes endoscópicos, TAC, resonancia magnética o de lavado gástrico al imputado para determinar si transporta alucinógenos en su cavidad estomacal, constituyen ejemplos doctrinarios y jurisprudenciales relativos a la figura de intervención corporal.

Atendiendo al grado de sacrificio y menoscabo a la integridad física del imputado, la intervención corporal podrá ser calificada como leve o grave. Leve, cuando a la vista de todas las circunstancias concurrentes, no son objetivamente susceptibles de poner en riesgo la salud ni de ocasionar sufrimientos a la persona afectada, como ocurre generalmente en los casos de extracción de elementos externos del cuerpo, como pelo o uñas. O incluso de algunos internos, como una muestra de sangre. Y son consideradas graves, las que implican riesgo para la salud e integridad del investigado, como por ejemplo las punciones lumbares o la extracción de líquido céfalo-raquídeo²³.

En tal sentido, esta diligencia de investigación no restringe la intimidad corporal sino la integridad física del indiciado o imputado, en casos donde su propio cuerpo se considera escena en que puede obtenerse evidencia física.

8.2. Las intervenciones corporales en el proceso disciplinario

Tanto las pruebas ordinarias como las practicadas en ejercicio de facultades de policía judicial en el proceso disciplinario, deben regirse por la ley 600 de 2000, ya que el régimen probatorio establecido en este Código de Proce-

²² Ver en López Barja de Quiroga, Jacobo. “Tratado de Derecho Procesal Penal”. Thomson. Aranzadi. 2005. 1050.

²³ López Barja de Quiroga, Jacobo. “Tratado de Derecho Procesal Penal” Thomson. Aranzadi. 2005. Pág. 1052.

dimiento Penal es compatible con la estructura del procedimiento disciplinario prevista en la ley 734 de 2002, como antes se indicó. Por tal motivo, es necesario tramitar en el Congreso de la República una ley que disponga la permanencia de las normas y principios probatorios de la ley 600 de 2000, exclusivamente para efectos de la integración normativa a que se refiere el artículo 21 del Código Disciplinario Único.

El problema radica en que la ley 600 de 2000 no prevé ni desarrolla las intervenciones corporales como una diligencia investigativa, y en tal sentido resultaría imposible practicar una prueba de esta naturaleza en el proceso disciplinario, por cuanto el principio de proporcionalidad exige como presupuesto de primer orden para que procedan las diligencias investigativas restrictivas de derechos fundamentales, que estas se encuentren desarrolladas en una ley formal.

Cabe anotar que las inspecciones e intervenciones corporales pueden representar una herramienta formidable para la determinación judicial de los hechos en algunos procesos disciplinarios, especialmente en los relacionados con graves violaciones a los derechos humanos, e infracciones al derecho internacional humanitario.

Por ejemplo, la violencia sexual cometida por servidor público en ejercicio de sus funciones, constituye una falta disciplinaria que vulnera los derechos fundamentales de la víctima, por remisión del artículo 48, 1 del Código Disciplinario Único, según el cual incurre en falta gravísima el servidor público que “realice objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando del mismo”. El Código Penal Colombiano (ley 599 de 2000), por su parte, consagra los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, en los cuales el sujeto agente, a través de violencia o abuso, logra acceder carnalmente o realizar actos sexuales diversos al acceso carnal sobre el cuerpo de la víctima (arts. 205 a 219 del Código Penal).

En el decurso de una investigación disciplinaria por tales hechos, es necesario acreditar probatoriamente el elemento constitutivo básico de la violencia sexual, es decir, la penetración con violencia, del miembro viril por vía anal, vaginal u oral, así como la introducción de cualquier objeto en algún esfínter u orificio del cuerpo humano.

En tal hipótesis el cuerpo humano de la víctima se considera escena primaria, pues en dicho contexto se pueden recaudar las huellas, rastros y evidencias materiales con mayor fuerza demostrativa y útiles para demostrar la materialidad de la falta disciplinaria y la identidad de los autores y partícipes.

Por ejemplo, en el examen físico que se realiza a la víctima, practicado en la fecha más cercana a la realización de los hechos, se reclama especial énfasis en la descripción de las lesiones que pueda presentar, y los hallazgos de semen u otros elementos o partículas que hayan podido recogerse mediante el frotis vaginal, oral o anal. Si en el examen médico se han encontrado fluidos corporales, debe ordenarse la confrontación de ellos con las características individuales del implicado –tipo de sangre, por ejemplo, o una prueba de ADN para determinar la pertinencia de tales sustancias–.

Los hallazgos de sustancias corporales en el cuerpo de la víctima, al igual que las muestras obtenidas del implicado para efectos del cotejo científico, constituyen elementos materiales de prueba que deben ser objeto de cadena de custodia, a fin de preservar la identidad, originalidad e integridad de los mismos, evitando cualquier manipulación inadecuada, alteración o sustitución de las mismas, que conduzca a la inexistencia de la prueba o a la pérdida de su capacidad demostrativa.

También la tortura constituye una falta disciplinaria gravísima, descrita en el artículo 48, numeral 9 del Código Disciplinario Único. En el marco de los procesos penal y disciplinario, los documentos que prueban la tortura deben provenir, preferencialmente, de un médico forense. Es necesario practicar un peritaje médico legal que determine las secuelas permanentes o transitorias de los dolores o sufrimientos causados, en un tiempo prudencial contado a partir de la fecha de la comisión de la falta, lo cual puede implicar en ocasiones que se obtengan, mediante intervención corporal, muestras biológicas en el cuerpo de la víctima, a fin de acreditar cabalmente la materialidad de la conducta investigada.

Incluso para la acreditación probatoria de faltas gravísimas como la descrita en el art. 48, numeral 48 de la ley 734 de 2002, en la que incurre el servidor público que “consume en su sitio de trabajo o en lugares públicos, sustancias prohibidas que produzcan dependencia física o síquica, o asista al trabajo en tres o más ocasiones en estado de embriaguez o bajo el efecto de estupefacientes”, la práctica de una intervención corporal puede resultar determinante. En los procesos de esta índole las pruebas biológicas de ADN o la prueba alcoholométrica que determina el porcentaje de alcohol en

la sangre, son de innegable eficacia para efectos de acreditar la materialidad del hecho y la responsabilidad del disciplinado, y la práctica de las mismas implicaría una intervención corporal previa sobre el servidor público vinculado al proceso, a fin de obtener por esta vía la muestra biológica sobre la cual será practicada la correspondiente pericia.

No obstante, al no existir regulación legal de la figura en la ley 600 de 2000, resulta imperativo concluir que la intervención corporal solo podrá ser llevada a cabo con el consentimiento del afectado, pues una ejecución coactiva de la medida no parece viable ante la carencia de una ley que regule el asunto.

Un medio de prueba se define como un procedimiento o acto procesal regulado por la ley, por intermedio del cual se realiza la aportación de hechos al proceso. El derecho procesal penal colombiano en esta materia se rige por un sistema de *numerus apertus*, esto es, que tras señalar los medios de prueba admisibles (inspección, peritación, documentos, testimonio, confesión e indicio), el legislador ha establecido que “el funcionario judicial practicará las pruebas no previstas en este Código, de acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes o según su prudente juicio, respetando siempre los derechos fundamentales” (artículo 233 Ley 600 de 2000).

No obstante, cuando se trata de diligencias de investigación que afectan derechos fundamentales, la reserva legal es un requisito insoslayable que deriva del mismo texto de la Constitución, o de las exigencias del principio de proporcionalidad.

Así, en términos generales la Constitución dispone que a través de leyes estatutarias el legislador regulará las materias relativas a los derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección (artículo 152, numeral 1, de la Carta Política), y pese a que la Corte Constitucional colombiana ha considerado que las disposiciones legales contenidas en el Código de Procedimiento Penal, y concretamente las que se refieren a diligencias reservadas que restringen derechos fundamentales, no se regularán por ley estatutaria sino ordinaria, de todas maneras el requisito de reserva legal ordinaria para la regulación de estas materias se mantiene vigente.

Incluso, con respecto a medios probatorios específicos, tales como aquellos que afectan el secreto de las comunicaciones y las formas de correspondencia privada, el constituyente exige que la ley defina los casos y las formali-

dades para que proceda este tipo de intervenciones (artículo 15, numeral 3, Constitución Política).

Asimismo, el artículo 28 constitucional determina que nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivos previamente definidos en la ley.

En este orden de ideas, las técnicas investigativas a través de intervenciones corporales, cuya característica esencial estriba en la afectación de derechos fundamentales como la intimidad corporal, la libertad física, y la integridad personal y salud, no puede ser practicada en el marco de la Ley 600 de 2000, con base en la cláusula de *numerus apertus* en materia de medios de prueba, en cuanto para la restricción de derechos fundamentales no puede regir la analogía, en materias que son esencialmente de derecho público.

Es de anotar que esta perspectiva de análisis es congruente con lo que opera en otras latitudes, como es el caso del convenio Europeo de derechos humanos, cuyo artículo 8° se refiere a la necesidad de previsión legal específica para las medidas que supongan una injerencia en el derecho a la intimidad y a la integridad física, como las intervenciones corporales. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de derechos humanos ha sido reiterativa y homogénea en este punto, y ha indicado en múltiples decisiones que la limitación de derechos fundamentales a través de la actividad investigativa, sólo podrá producirse con fundamento en una inexcusable previsión legislativa, incluso en ámbitos no penales, como las intervenciones sobre el cuerpo del demandado en los procesos civiles para investigación de la paternidad²⁴.

Cabe concluir, pues, que toda intervención corporal acordada en el curso de un proceso penal o disciplinario, por la afectación del derecho fundamental a la integridad física y a la intimidad corporal, no puede ser autorizada por la vía reglamentaria, sino que ha de estar prevista en la ley, con lo cual, la práctica de intervenciones corporales en el proceso disciplinario, actualmente sólo procedería en casos donde medie el consentimiento del servidor público investigado.

²⁴ En el mismo sentido Gimeno Sendra, Vicente y otros. Derecho Procesal Penal. Editorial Colex. Segunda Edición. 1997. Pág 467. Con respecto a la legislación Española, en 1997, indican: “ante la falta de regulación legislativa de dichas inspecciones corporales que comprometen seriamente el derecho fundamental a la intimidad, se hace obligado concluir que no respetan la primera exigencia del principio de proporcionalidad, cual es que la injerencia de la autoridad pública en este derecho esté prevista en la ley, como lo señala el artículo 18.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, sin que las declaraciones genéricas puedan dar cobertura al principio de legalidad”.

Revocatoria directa

Por Rubiola Meléndez Vargas y María Luz Álvarez Araújo*

1. Definición

La Revocatoria Directa, se concibe como una decisión de naturaleza constitutiva, soberana y unilateral de la administración, en cumplimiento del deber de revisión del Estado de sus propios actos, que se sustenta en el principio de legalidad y en los valores fundantes constitucionales de los administrados y de la justicia, que le permite rectificar su actuación o decisión, sin la necesidad de recurrir al conocimiento de los tribunales contencioso-administrativos (Sentencia C-095 de 1998, M.P. Hernando Herrera Vergara).

1.1. Diferencias con la revocatoria de actos administrativos

Lo primero que debe precisarse, es que en nuestro ordenamiento jurídico existen varios tipos de revocatoria directa, una de ellas, la contemplada en los artículos 69 y 70 del Código Contencioso Administrativo, se trata de una decisión unilateral de la administración, en cumplimiento de un deber de revisión del Estado de sus propios actos, que se sustenta en el principio de legalidad y justicia, que le permite rectificar su actuación o decisión sin la necesidad de acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Dicha figura también procede a solicitud de parte, pero siempre que se cumplan los requisitos establecidos en la ley, que la hagan viable, al tenor de lo dispuesto en los artículos 73 y 74 del C.C.A.

* Asesores Grado 24 del Despacho del Procurador General de la Nación.

Según la legislación que nos rige, los actos administrativos deberán ser revocados por los mismos funcionarios que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores, de oficio o a petición de parte, cuando se den las causales previstas en el artículo 69 del C.C.A. esto es, por razones de legitimidad o legalidad –oposición con la Constitución o la ley– o por razones de mérito o conveniencia cuando no estén conforme con el interés público social o cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona.

Cuando se trate de actos de contenido general es admisible su revocabilidad por la administración, sin ninguna limitación, mediante la invocación de las aludidas causales. En cambio, los actos administrativos que reconocen un derecho subjetivo o una situación jurídica particular y concreta, en favor de una persona no son revocables sino con el consentimiento escrito y expreso del titular del derecho. (Artículo 73, inciso 1º del C.C.A.).

Razones de seguridad jurídica y de respeto a los derechos adquiridos o de las situaciones jurídicas subjetivas que han quedado consolidadas en cabeza de una persona, como también la presunción de legalidad de las decisiones administrativas en firme, avalan el principio de la inmutabilidad o intangibilidad de los derechos subjetivos reconocidos por la administración a través de un acto administrativo.

El derecho disciplinario es de naturaleza administrativa y por tanto comparte las orientaciones de esta rama del derecho y sus actos pueden ser impugnados ante dicha jurisdicción, a través de los distintos controles jurisdiccionales existentes, por eso el artículo 113 de la Ley 200 de 1995, primer Código Único Disciplinario, en punto a la revocatoria directa, reprodujo el contenido normativo del artículo 70 del C.C.A. donde se establece que ella no es procedente en los casos en que el sancionado haya ejercido cualquiera de los recursos ordinarios de la vía gubernativa.

En consecuencia, cuando se trata de la revocatoria de un acto administrativo, no disciplinario, el Procurador sólo tiene competencia sobre los actos proferidos por él o por sus subalternos, tal como expresamente lo contempla el Decreto 262 de 2000, pero no está debidamente facultado para revocar actos administrativos proferidos por otras autoridades, de modo que el control de dicha actividad, corresponde, dentro de la misma administración al funcionario que profirió el acto, o a su superior jerárquico y por fuera de la entidad, a la justicia contencioso administrativa.

Sin embargo, el derecho Disciplinario, como rama independiente y con identidad y principios propios, al consagrar la revocatoria directa aunque

parte de las orientaciones del derecho Contencioso Administrativo, le da una nueva dimensión y naturaleza y por tanto un contenido especial, que se evidencia en que en el proceso disciplinario no sólo son aplicables las reglas de lo contencioso administrativo, sino que se debe acatar estrictamente lo relacionado con el derecho fundamental al debido proceso, aplicable a las actuaciones administrativas y judiciales, de manera que los presupuestos que conforman el debido proceso disciplinario están sujetos a las garantías sustanciales y procesales necesarias para la protección de los derechos fundamentales y libertades de los servidores públicos.

La Revocatoria Directa, como se dijo en la exposición de motivos de la Ley 734 de 2002, es un sistema cerrado que tan solo funciona ante la especialísima circunstancia de estar plenamente demostrado el vicio de ilegalidad del acto administrativo disciplinario.

A través de la figura de la Revocatoria Directa, se le da a la administración la oportunidad de corregir lo actuado por ella misma, bien sea a petición de parte o inclusive de oficio, con el fin de reparar una injusticia o de mantener el ordenamiento jurídico, incluso cuando el acto administrativo ya haya sido demandado ante lo contencioso administrativo, siempre y cuando no se hubiere proferido sentencia definitiva. Si se hubiere proferido, podrá solicitarse la revocatoria de la decisión por causa distinta a la que dio origen a la decisión jurisdiccional.

En torno a este tema, la Corte Constitucional en la sentencia T-105 de 2007, al analizar la posibilidad de revocar un auto de archivo proferido dentro de un proceso disciplinario, precisó la diferencia existente entre acto administrativo simple y acto administrativo en materia disciplinaria.

Señaló en dicha providencia, que un acto administrativo de carácter particular y concreto, sólo es revocable con el consentimiento expreso y escrito del particular y si no se cuenta con este requisito de procedibilidad, la administración debe demandar su propio acto ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Sin embargo, de forma excepcional, se permite que la administración disponga la revocatoria directa de un acto administrativo de carácter particular y concreto, en dos hipótesis:

- i) Si se trata de un acto administrativo fruto del silencio administrativo positivo, y
- ii) Si es evidente que el acto ocurrió por medios ilegales.

Se indica además, que el artículo 74 del C.C.A. establece para estos casos un debido proceso, que debe ser atendido necesariamente, por todo servidor público que pretenda efectuar la revocatoria aludida.

En relación con la revocatoria directa en materia disciplinaria, expresó la Corte, que esta se encuentra reglada en los artículos 122 a 127 de la Ley 734 de 2002, circunstancia que hace imposible acudir a la integración normativa para solicitar la revocatoria de un auto de archivo dentro de un proceso disciplinario, a través de las normas del C.C.A.

Dijo allí la Corte, que *“con la sola excepción del caso de las faltas constitutivas de violaciones del derecho internacional de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario, resulta improcedente la revocatoria del fallo absolutorio o del auto de archivo de un proceso disciplinario”*. También concluyó dicha Corporación que, con la excepción anotada, la improcedencia de la revocatoria directa, respecto de fallos disciplinarios absolutorios o la decisión de archivo de la actuación, es legítima, pues resulta coherente con la Carta la decisión legislativa de dar primacía en ese ámbito del derecho sancionador del Estado, al derecho a la seguridad jurídica que ampara al investigado.

En conclusión, la revocatoria de los autos de archivo, sólo procede en materia disciplinaria, cuando se trate de conductas que tengan relación con la violación de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario.

2. Diferencia sustancial entre la revocatoria directa y la nulidad del acto

2.1. La Revocatoria directa del acto administrativo disciplinario es de naturaleza constitutiva, y por ello se crean nuevas consecuencias jurídicas a partir de la decisión que se adopte, dejando las situaciones jurídicas concretas que hubieren nacido al amparo del acto revocado sin efecto, imperando la decisión posteriormente emitida.

Ello no quiere significar, que la protección y el amparo que otorga la administración a los ciudadanos, motu proprio, de sus derechos al debido proceso y a la defensa, a través de la revocatoria de los actos, los faculte para pretender, adicionalmente, que se les resarza económicamente el tiempo que perduró el acto ilegalmente emitido, toda vez que el derecho disciplinario al tener como objeto la conducta funcional de los servidores públicos, y estar estructurado sobre la infracción de estos deberes, no tiene alcance suficien-

te para ordenar en sus decisiones la restitución de los derechos de terceros afectados o vulnerados con el actuar de los funcionarios, actuación que correspondería en principio a la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

El ciudadano que considere que su sanción, o la víctima que estime que la absolución, vulnera sus derechos constitucionales y legales, o atenta contra el interés público o social, o se causa agravio injustificado, puede solicitar la revocatoria directa, una vez se den los presupuestos establecidos en la Ley 734 de 2002, para invocar la misma, esto es, no haber agotado la vía gubernativa, o invocar su conocimiento, por vía oficiosa, pero sólo en los casos especialísimos, que se tratarán más adelante y no esperar el límite de los cinco (5) años, para solicitarla, en busca de un resarcimiento económico, no estipulado en la ley.

La nulidad de los actos administrativos disciplinarios, por su parte, es de naturaleza declarativa, y extingue o invalida situaciones jurídicas hacia el pasado, es decir, permite retrotraer la actuación disciplinaria al momento en que se configuró la causal de nulidad y conlleva la reposición de la actuación que dependa de la decisión declarada nula.

2.2. La revocatoria directa, precisamente, por no ser un recurso, sólo podrá invocarse una vez finalizada la actuación disciplinaria, cuando esté debidamente ejecutoriada.

En este punto es importante precisar, una discusión que se ha venido presentando al interior de la Procuraduría General de la Nación, en cuanto al tema de la prescripción de la acción. Resulta, que se han encontrado algunas decisiones que en sede de revocatoria directa, han decretado la prescripción de la acción disciplinaria, por haber operado dicho fenómeno después de finalizada la investigación disciplinaria, es decir, después de proferidos los fallos de segunda instancia y de haberse resuelto el recurso de reposición de los fallos de única, confundiendo el término para solicitar la revocatoria, que es de cinco (5) años, con el plazo para que aplique el fenómeno de la prescripción de la acción, que opera únicamente, cuando está en curso la actuación disciplinaria.

Situación distinta sería, que se invocara como causal de revocatoria directa la prescripción de la acción, durante la actuación disciplinaria, esto es, bien sea por haber prescrito la acción durante la primera o segunda instancia o en vía de reposición, en los casos de única instancia, los eventuales casos que se han presentado, han tenido ocurrencia durante la notificación de los fallos

proferidos, casos en los cuales, la decisión a adoptar al estudiar la solicitud de revocatoria, sería, incuestionablemente, la declaratoria de la prescripción de la acción disciplinaria, si esta tuvo lugar, como fallo sustitutivo.

La nulidad de la actuación, aunque tampoco es un recurso, contrario sensu, debe formularse, según lo dispuesto por el artículo 146 de la Ley 734 de 2002, hasta antes de proferirse el fallo definitivo, entendido este, como de primera instancia, cuando no se agote la vía gubernativa, de segunda, cuando se hace uso del recurso de apelación y de única, cuando se reponga la decisión o no se haga uso de este recurso, es decir, siempre se deberá impetrar la nulidad dentro de la investigación disciplinaria.

En consecuencia es un error que el operador disciplinario, revoque directamente un acto administrativo disciplinario, acudiendo a la nulidad de la actuación, retrotrayendo la misma a la etapa en la que se configuró la causal invocada, porque se insiste, la revocatoria directa, se solicita respecto de actos disciplinarios que hayan cobrado fuerza ejecutoria y la nulidad se invoca cuando aún existe actuación disciplinaria.

3. Decisiones disciplinarias objeto de revocatoria directa

Según lo establecido en los artículos 122 y 123 de la Ley 734 de 2002 y en la Sentencia de la Corte Constitucional No. C- 014 de 2004, podrán ser revocados de oficio o a petición de parte, las siguientes decisiones disciplinarias:

3.1. Los fallos sancionatorios: por petición del sancionado o de oficio, por el Procurador General de la Nación, por quien los profirió, o por su superior funcional.

3.2. Los fallos absolutorios y los archivos definitivos: por petición de las víctimas o perjudicados de una falta disciplinaria, en calidad de sujetos procesales, portadores de un interés legítimo y directo en las resultas de la investigación disciplinaria, cuando de la infracción del deber que la constituye surge, de manera inescindible y directa, la violación del derecho internacional de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario. La competencia para su decisión, recae en el funcionario que profirió el fallo o respecto del auto de archivo definitivo, en el superior o en el Procurador General de la Nación.

4. Causales de revocación de los fallos sancionatorios

Los fallos sancionatorios son revocables, en las siguientes eventualidades:

- 4.1.** Cuando infrinjan manifiestamente las normas constitucionales, legales o reglamentarias en que deben fundarse.
- 4.2.** Cuando con ellos se vulneren o amenacen manifiestamente los derechos fundamentales.

5. Presupuestos de procedibilidad de la revocatoria directa

5.1. El sancionado podrá solicitar la revocación total o parcial del fallo sancionatorio, del fallo absolutorio y del auto de archivo definitivo, bajo el entendido en los dos últimos casos, que se trate de conductas relacionadas con la violación de derechos humanos, o de DIDH siempre y cuando no se hubiere interpuesto contra los mismos los recursos ordinarios previstos en el Código Disciplinario Único.

Con lo dispuesto en el artículo 125 de la Ley 734 de 2002, se pretende observar plenamente el principio de seguridad jurídica y el respeto a los derechos adquiridos o de las situaciones jurídicas subjetivas que han quedado consolidadas en cabeza de una persona, como también la presunción de legalidad de las decisiones administrativas en firme, con las cuales se avala el principio de la inmutabilidad o intangibilidad de los derechos subjetivos reconocidos por la administración a través de un acto administrativo (Corte Constitucional C-742 de 1999).

No obstante lo anterior, el sancionado podrá solicitar, al funcionario competente, la revocatoria, oficiosa, del fallo sancionatorio, del fallo absolutorio o del auto de archivo definitivo, o este avocarla directamente, cuando se den las causales previstas en el artículo 124 de la Ley 734 de 2002, en circunstancias especialísimas, que ameriten que la administración, de prevalencia al principio de justicia material sobre el principio de seguridad jurídica, los cuales no tienen valor absoluto, para proceder a la revisión del fallo, en aras a garantizar la vigencia del ordenamiento jurídico, en eventos extremos como la prescripción de la acción dentro de la investigación disciplinaria, en caso de que se presente reformatio in pejus, en el evento de que la decisión de sanción se haya fundamentado en pruebas falsas aportadas por los disciplinados, cuando la sanción no guarde proporción con la falta endilgada, y cuando se trate de la violación del derecho internacional de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario

En los casos citados, el funcionario competente para resolver la solicitud de revocatoria directa, analizará la conveniencia o no de avocarla de oficio y, en el evento de no acceder a conocer la petición de manera oficiosa, la rechazará por improcedente o se abstendrá de conocerlas

Los fallos absolutorios, cuando no se ocupan de violación del derecho internacional de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario, donde se hayan aportado pruebas falsas, no pueden ser revocados oficiosamente, por falta de autorización legal para ello, y porque de otra parte el pronunciamiento sobre la falsedad escapa a la esfera de competencia del Ministerio Público, en este caso, el Ente de Control debe acudir bien sea ante la jurisdicción penal para establecer la naturaleza espúrea de la prueba y posteriormente ante la Justicia Contencioso Administrativa, en acción de lesividad para demandar su propio acto.

Es importante resaltar, que cuando se haya agotado la vía gubernativa, lo primero que habrá que analizarse, son las circunstancias en que se proferieron los fallos de primera y segunda instancia, de única y de reposición, en cuanto a que si la decisión fue unánime en dichos casos, esto es, sancionatoria o absoluta, lo más seguro es que no haya lugar a variar las mismas en sede de revocatoria, en virtud a que se coincidió en los fallos adoptados; esta apreciación, no es absoluta, por cuanto puede presentarse cualquiera de las situaciones previstas en párrafos anteriores y por ello habrá lugar a revocar el fallo revisado.

5.2. Procede, aunque el sancionado haya acudido a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, siempre y cuando no se hubiere proferido sentencia definitiva; y si esta se hubiere dictado, podrá solicitarse la revocatoria de la decisión por causa distinta a la que dio origen a la decisión judicial.

6. Requisitos para solicitar la revocatoria de los fallos

Conforme a lo señalado en el artículo 126 del C.D.U., la solicitud de revocatoria se formulará dentro de los cinco (5) años siguientes a la fecha de ejecutoria del fallo, mediante escrito que debe contener:

6.1. El nombre completo del investigado o de su defensor, con la indicación del documento de identidad y la dirección, que para efectos de la actuación se tendrá como única, salvo que oportunamente señalen una diferente.

6.2. La identificación del fallo o auto de archivo definitivo cuya revocatoria se solicita.

6.3. La sustentación expresa de los motivos de inconformidad relacionados con la causal de revocatoria en que se fundamenta la solicitud.

La solicitud que no reúna los anteriores requisitos será inadmitida mediante decisión que se notificará personalmente al solicitante o a su defensor, quienes tendrán un término de (5) cinco días para corregirla o complementarla. Transcurrido este sin que el peticionario efectúe la corrección, será rechazada.

El término de cinco (5) años previsto para solicitar la revocatoria directa, tiene aplicación en el caso de que la misma se impetre a petición de parte, puesto que cuando la administración decida avocarla de oficio, no tiene límites en el tiempo, por no haberlo estipulado así la ley disciplinaria. Lo anterior tiene sustento, además, por las circunstancias excepcionales, en que habrá lugar a revocar de oficio las decisiones proferidas por la Procuraduría General de la Nación, o por las Oficinas de Control Interno Disciplinario de las entidades estatales.

7. Competencia para decidir la solicitud de revocatoria directa

Antes de entrar en materia, se hará referencia a la figura de la competencia, para dilucidar algunas imprecisiones que se han venido presentando, en cuanto a que la Ley 734 de 2002, modificó el Decreto 262 de 2000, en relación a las competencias asignadas para conocer de las solicitudes de revocatoria directa.

La discusión se centra en que el artículo 122 de la Ley 734 de 2002, al hacer referencia a la procedencia de la revocatoria directa, se estableció que los fallos sancionatorios podrán ser revocados de oficio o a petición del sancionado, por el Procurador General de la Nación o por quien los profirió.

En ese sentido, algunos interpretan que la competencia para revocar los fallos, radica exclusivamente en el Procurador General de la Nación.

Consultadas las Gacetas del Congreso de la República que contienen la exposición de motivos y las discusiones que se surtieron en los proyectos de la Ley 734 de 2002, antes de su aprobación, se constató que, efectivamente, siempre se tuvo claro, que el Procurador General de la Nación, como supremo director del Ministerio Público, tiene entre otras funciones: *“Ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el*

poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley” (Artículo 277 numeral 6); pero el carácter de superior que le atribuye la norma constitucional, a la competencia del Procurador General de la Nación, indica la existencia de jerarquías inferiores encargadas de la vigilancia de la conducta oficial de los servidores del Estado, y así lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia C-996-01, al precisar que:

“Igualmente, al referirse la norma superior a la facultad del ejercicio preferente del poder disciplinario que ejerce el Procurador General, implica el reconocimiento del poder disciplinario en otros funcionarios del Estado.

“En ese sentido la doctrina constitucional ha manifestado: “Por un lado existe la potestad disciplinaria interna, que es ejercida por el nominador o el superior jerárquico del servidor estatal. Por el otro, existe un control disciplinario externo, que de acuerdo con la Constitución (arts. 118 y 277-6), les corresponde al Procurador General de la Nación, sus delegados y agentes, y en virtud del cual deben ‘ejercer la vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive los de elección popular, ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes; e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley”

No obstante lo anterior, el artículo 278 C.P., asignó funciones exclusivas al Procurador General de la Nación, las cuales deben ser asumidas directamente por él sin que pueda delegarlas en sus subalternos jerárquicos, y así lo dispuso igualmente el legislador al expedir el Decreto-Ley 262 de 2000, que en el inciso primero del parágrafo del artículo 7, dispuso que: *“El Procurador General de la Nación ejercerá directamente las funciones que le otorga el artículo 278 de la Constitución Política. Las señaladas en el artículo 277 constitucional y las demás atribuidas por el legislador podrá ejercerlas por sí, o delegarlas en cualquier servidor público o dependencia de la entidad, en los términos establecidos en este decreto”.*

En consecuencia, no puede interpretarse que las disposiciones que asignan competencias disciplinarias a otros entes estatales, o ser ejercidas por agentes y delegados del Ministerio Público, vulneran la normatividad constitucional, contrario sensu, desarrollan lo estipulado en el artículo 277 constitucional, sin que ello implique que el Procurador General de la Nación, no pueda asumir directamente el conocimiento de la revocatoria directa de oficio o por solicitud de parte, cuando él lo considere necesario, en virtud de la trascendencia social y jurídica de la misma, además de que constitucionalmente, es el Supremo Director del Ministerio Público.

Entrando en materia, el artículo 123 de la Ley 734 de 2002 “Competencia”, establece que los fallos sancionatorios podrán ser revocados por el funcionario que los hubiere proferido o por su superior funcional.

En el párrafo, se estipuló, que el Procurador General de la Nación podrá revocar de oficio los fallos sancionatorios expedidos por cualquier funcionario de la Procuraduría, o asumir directamente el conocimiento de la petición de revocatoria, cuando lo considere necesario, caso en el cual proferirá el fallo sustitutivo correspondiente.

Respecto de la norma citada, es importante precisar que no sólo se trata de fallos sancionatorios, sino también de los fallos absolutorios y de los autos de archivo que se profieran dentro de las investigaciones disciplinarias que se adelanten por violación del derecho internacional de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario.

Como quiera que son tres (3) las decisiones que pueden ser revisadas, mediante el mecanismo de la revocatoria directa, bien sea a petición de parte o de oficio, se analizarán por separado, cada una de ellas, para determinar, la competencia al interior de la Procuraduría General, en aras de resolver las solicitudes correspondientes, teniendo en cuenta las precisiones anteriormente efectuadas:

7.1. Revocatoria de fallos sancionatorios

Los fallos sancionatorios expedidos por los servidores públicos de la Procuraduría General de la Nación o por las Oficinas de Control Interno Disciplinario, podrán ser revocados por el funcionario que los hubiere proferido, por su superior funcional, o por el Procurador General de la Nación, si decide asumir su conocimiento.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 7°, numerales 26 y 27, el Procurador General de la Nación está facultado para revocar de oficio o a solicitud de parte, sus propios actos y los expedidos en materia disciplinaria por los servidores de la Procuraduría General de la Nación, cuando sea procedente de acuerdo con la ley y no esté asignada a otra dependencia de la entidad.

En este contexto, el Procurador General de la Nación, podrá revocar, de oficio o a solicitud de parte, sus propios actos, y en su carácter de superior funcional inmediato, los expedidos por el Viceprocurador General de la Na-

ción, la Sala Disciplinaria, el Director Nacional de Investigaciones Especiales, cuando el Procurador General le asigne o delegue investigaciones disciplinarias, la Veeduría, cuando conoce en primera instancia de los procesos disciplinarios, por faltas gravísimas contra servidores de la Procuraduría distintos a los mencionados en el artículo 72 del Decreto 262 de 2000; y los de las Oficinas de Control Interno Disciplinario, cuando los fallos de segunda instancia o única instancia, hayan sido proferidos, por servidores públicos aforados (Artículo 7, numerales 26 y 27, Decreto 262 de 2000 y artículos 122 y 123 parágrafo de la Ley 734 de 2002).

Igualmente, conoce de las revocatorias directas solicitadas en procesos disciplinarios adelantados contra el Viceprocurador, los Procuradores Delegados, los Procuradores Auxiliares, el Secretario General, el Veedor, el Director del Instituto de Estudios del Ministerio Público, el Director Nacional de Investigaciones Especiales y el Secretario Privado, cuando se haya adelantado proceso disciplinario en su contra en única instancia, conforme a lo preceptuado en el artículo 72 del Decreto 262 de 2000, ya que estos funcionarios sólo pueden ser investigados por el Jefe del Ministerio Público.

El Viceprocurador General de la Nación, sólo podrá revocar sus propios actos, de oficio o a solicitud de parte, cuando existan las causales previstas en la ley (Artículo 17, numeral 18, Decreto 262 de 2000).

A la Sala Disciplinaria, le corresponde revocar, de oficio o a solicitud de parte, sus propios actos y los expedidos por los Procuradores Delegados y el Veedor, cuando sea procedente de acuerdo con la ley (Artículo 22, numeral 2, Decreto 262 de 2000).

A las Procuradurías Delegadas, se les atribuye la función de revocar, de oficio o a solicitud de parte, sus propios actos y los expedidos por los Procuradores Regionales y ellas a su vez revocan, sus propios actos y los expedidos por los Personeros y los Procuradores Distritales o Provinciales, quienes sólo están facultadas para revocar sus propios actos (Artículo 25, numeral 7, Decreto 262 de 2000).

7.2. Revocatoria de los Fallos Absolutorios

Los fallos absolutorios, sólo podrán ser revocados de oficio o por solicitud de la víctima o los perjudicados, por quien profirió el fallo, por el superior funcional o el Procurador General de la Nación.

La competencia exclusiva del Procurador General de la Nación, para revocar los fallos absolutorios que se profirieran en los procesos disciplinarios cuando se trata de faltas constitutivas de violaciones del derecho internacional de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario, tiene sustento legal y jurisprudencial.

En efecto, en la exposición de motivos de la Ley Disciplinaria y en las discusiones que se surtieron en los debates adelantados en Senado y Cámara, se mantuvo durante un tiempo considerable la posibilidad de que los fallos absolutorios podían ser revocados, pero única y exclusivamente por el Procurador General de la Nación. El texto inicial de los artículos 126 y 127, era del siguiente tenor:

“Artículo 126. Procedencia. Los fallos sancionatorios podrán ser revocados de oficio o a petición del sancionado. Los absolutorios, de oficio por el Procurador General o por solicitud del Presidente de la República, del Fiscal General de la Nación, del Contralor General de la República, o del Defensor del Pueblo.

Artículo 127. Competencia. Los fallos sancionatorios podrán ser revocados por el funcionario que los hubiere proferido o por su superior funcional. Los absolutorios únicamente por el Procurador General de la Nación.

Parágrafo. El Procurador General de la Nación podrá revocar de oficio los fallos sancionatorios expedidos por cualquier funcionario de la Procuraduría, o asumir directamente el conocimiento de la petición de revocatoria, cuando lo considere necesario, caso en el cual proferirá el fallo sustitutivo correspondiente. Así mismo, podrá revocar los fallos absolutorios proferidos por cualquier autoridad administrativa” (Proyecto de Ley 19 de 2000 Senado, Gaceta 315 de 10/08/00 Senado).

Posteriormente, se planteó la posibilidad de que los fallos absolutorios pudieran ser revocados únicamente por el Procurador General de la Nación, de oficio, o por petición del Defensor del Pueblo, siempre que se dieran las circunstancias del artículo 127 del Código (Gacetas 474 y 510 de 2000, Senado).

En las Gacetas 31 de 07/02/01 y 263 del 04/06/01 del Senado, se discutió el artículo 116, el cual permitiría la revocatoria directa del fallo absolutorio

únicamente por el Procurador General de la Nación, de oficio, o por petición del Defensor del Pueblo, siempre que se den las circunstancias del artículo 120 de este Código.

En la discusión surtida ante la Cámara de Representantes, se hizo una proposición sustitutiva a los artículos 122 y 123 del proyecto de ley 129 de 2000 Cámara, 19 de 2000 Senado (Gaceta No. 575 de 13/11/01 Cámara), quedando dicha modificación como texto definitivo, como se consagra en la Ley 734 de 2002.

Obsérvese, que desde la exposición de motivos de la Ley 734 de 2002, la intención del legislador era permitir la revocatoria directa de los fallos absolutorios, pero en virtud de la trascendencia de una decisión de esa magnitud que le daba primacía al principio de la inmutabilidad o intangibilidad de los derechos subjetivos reconocidos por la administración, sobre el de la seguridad jurídica, estableció la competencia para revocarlos, única y exclusivamente en el Procurador General de la Nación.

Posteriormente, la Corte Constitucional en la Sentencia C-014 de 2004, entró a *“conciliar el alcance del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, de los contenidos materiales del debido proceso, del derecho de igualdad, del derecho de participación y de los derechos de las víctimas, como también las funciones de la Procuraduría General de la Nación, con el régimen de la revocatoria de los fallos absolutorios o decisiones de archivo, la Corte declarará exequibles los apartes demandados del artículo 123 y los citados apartes de los artículos 122 y 124 en el entendido que cuando se trata de faltas constitutivas de violaciones del derecho internacional de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario, también procede la revocatoria del fallo absolutorio y del auto de archivo. Tal revocatoria procede de oficio o puede ser solicitada por la víctima o los perjudicados, aunque con las limitaciones derivadas de la interposición de recursos, y la competencia para su decisión recae en el funcionario que profirió el fallo o en el superior o en el Procurador General”*.

Interpretando el alcance del pronunciamiento de la Corte Constitucional, los fallos absolutorios que se profieran por faltas constitutivas de violaciones del derecho internacional de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario, sólo podrán ser revocados de oficio o a petición de las víctimas, o los perjudicados, con las explicaciones dadas en acápite anteriores, en cuanto al agotamiento de la vía gubernativa, por los siguientes servidores públicos:

7.2.1. El Procurador General de la Nación, podrá revocar sus propios fallos, o los expedidos por la Procuraduría Delegada Disciplinaria para la Defensa de los Derechos Humanos; la Sala Disciplinaria, y los proferidos por las Oficinas de Control Interno Disciplinario de las Fuerzas Armadas, o de Policía, o por los Oficiales que tengan asignadas funciones disciplinarias (Sentencia C-014 de 2004, de la Corte Constitucional; Artículo 7, numerales 26 y 27 del Decreto 262 de 2000 y artículos 122 y 123 parágrafo de la Ley 734 de 2002).

7.2.2. La Procuraduría Delegada Disciplinaria para la Defensa de los Derechos Humanos, sólo podrá revocar sus propios fallos absolutorios, cuando la revocatoria sea a solicitud de parte (Sentencia C-014 de 2004, de la Corte Constitucional; Artículo 25, numeral 7 del Decreto 262 de 2000).

7.2.3. A la Sala Disciplinaria, le corresponde revocar sus propios actos y los expedidos por la Procuraduría Delegada Disciplinaria para la Defensa de los Derechos Humanos, cuando la revocatoria sea a solicitud de parte (Sentencia C-014 de 2004 de la Corte Constitucional y artículo 22, numeral 2, Decreto 262 de 2000).

7.2.4. Los superiores funcionales de las Oficinas de Control Interno Disciplinario de las Fuerzas Militares y de Policía, o de los Oficiales que tengan asignada dicha función, podrán revocar los fallos absolutorios proferidos por sus subalternos (Sentencia C-014 de 2004).

7.2.5. Las Oficinas de Control Interno Disciplinario de las Fuerzas Militares y de Policía, o los Oficiales que tengan asignada dicha función, sólo podrán revocar los fallos absolutorios que hayan proferido (Sentencia C-014 de 2004).

7.3. Revocatoria de los autos de archivo definitivo:

Los autos de archivo definitivo que se hubieren proferido dentro de una actuación disciplinaria por faltas constitutivas de violaciones del derecho internacional de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario, podrán ser revocados de oficio a petición de las víctimas o los perjudicados, así:

7.3.1. El Procurador General de la Nación, podrá revocar sus propios autos de archivo definitivo, o los expedidos por la Procuraduría Delegada Disciplinaria para la Defensa de los Derechos Humanos; la Sala Disciplinaria,

y los proferidos por las Oficinas de Control Interno Disciplinario de las Fuerzas Armadas, o de Policía, o por los Oficiales que tengan asignadas funciones disciplinarias.

7.3.2. La Procuraduría Delegada Disciplinaria para la Defensa de los Derechos Humanos, sólo podrá revocar sus propios autos de archivo, cuando se den las circunstancias establecidas en la Ley 734 de 2002 y en la Sentencia C-014 de 2004.

7.3.3. Los superiores funcionales de las Oficinas de Control Interno Disciplinario de las Fuerzas Militares y de Policía, o de los Oficiales que tengan asignada dicha función, podrán revocar los autos de archivo definitivo expedidos por sus subalternos.

7.3.4. Las Oficinas de Control Interno Disciplinario de las Fuerzas Militares y de Policía, o los Oficiales que tengan asignada dicha función, sólo podrán revocar los autos de archivo definitivo dictados por ellos.

8. De las víctimas o perjudicados

Aunque existen criterios según los cuales, para poder solicitar la revocatoria directa de los fallos absolutorios y de los autos de archivo, cuando se trate de faltas constitutivas de violaciones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos o del Derecho Internacional Humanitario, las víctimas o perjudicados han debido ser legalmente reconocidas dentro de la actuación procesal disciplinaria, dándole alcance a la sentencia C-014 de 2004, es posible que aún dentro de la solicitud de revocatoria, esto es, por fuera de la actuación disciplinaria, la víctima o perjudicado puede acudir a este instrumento jurídico, para que allí se efectúe el reconocimiento y se estudie la procedencia o no de su solicitud.

Dicha posibilidad queda circunscrita, a que habiéndose adelantado el procedimiento interno establecido por la Procuraduría General de la Nación, para identificar las víctimas o perjudicados dentro de la actuación disciplinaria, estos no se hayan presentado para obtener el reconocimiento.

La posibilidad de acudir en vía de revocatoria cuando no ha operado el reconocimiento de la víctima o perjudicados directos, el actor popular o el representante legal de las comunidades indígenas, negritudes o similares, queda limitada para situaciones excepcionales, como en los casos en que aquellos no hayan conocido la existencia de la investigación disciplinaria

por violación de derechos humanos, por desplazamiento forzado, por encontrarse fuera del país, o por estar en riesgo su integridad personal.

En desarrollo de lo dispuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia C-014 de 2004, el Procurador General de la Nación, profirió la Resolución número 089 del 25 de marzo de 2004, donde reguló lo relacionado con la calidad de sujetos procesales de las víctimas o perjudicados directos, el actor popular o el representante legal de las comunidades indígenas, negritudes o similares, quienes deberán estar debidamente representados conforme a los postulados del artículo 229 de la Carta Política.

De igual forma, se reguló allí lo relativo al traslado que debe darse a los sujetos procesales arriba señalados, para garantizar el ejercicio de contradicción y de defensa, en los eventos en los cuales se proponga la revocatoria de un auto de archivo, o de un fallo absolutorio.

9. De los fallos sustitutivos

Sea lo primero precisar que esta constituye una de las diferencias fundamentales en el tratamiento de la figura de la revocatoria directa en la Ley 200 de 1995 y en la Ley 734 de 2002, en la medida en que la primera normatividad no preveía la obligación de dictar un fallo sustitutivo de aquel que era objeto de revocatoria, pero dicha falencia fue cubierta con la expedición del nuevo Código Disciplinario Único, que en el parágrafo del artículo 123 así lo establece.

Es importante resaltar, que el fallo sustitutivo debe adoptarse en la misma decisión en que se decide la solicitud y por ello debe cumplir los requisitos contemplados en el artículo 142 de la Ley 734 de 2002, a saber, debe contarse con prueba que conduzca a la certeza sobre la existencia de la falta y de la responsabilidad del investigado, o contrario sensu, plena prueba que desvirtúe la falta disciplinaria que dio origen a la sanción, ya que como no se trata de una nueva instancia, no cabe aquí la práctica de nuevas pruebas o una nueva valoración de las existentes en el proceso, de modo que el nuevo fallo sólo podrá proferirse con los elementos que se cuenten al momento de adoptar la decisión.

No de otra forma puede interpretarse lo dispuesto por el artículo 127 cuando dice que ni la petición de revocatoria de un fallo, ni la decisión que la

resuelve revivirán los términos legales para el ejercicio de las acciones contenciosas administrativas y tampoco darán lugar a interponer recurso alguno, ni a la aplicación del silencio administrativo.

Según su contenido puede ser:

9.1 Modificando la decisión objeto de revocatoria.

9.2. Revocando totalmente la decisión y en consecuencia, absolviendo de responsabilidad.

9.3. Revocando la decisión absolutoria para imponer la sanción correspondiente

10. De la solicitud de revocatoria del auto de archivo

Las decisiones procedentes en materia de revocatoria del auto de archivo pueden ser:

10.1. Confirmar el auto de archivo de cuya solicitud se trata.

10.2. Revocar el auto de archivo y en su lugar, disponer que se continúe con la actuación disciplinaria correspondiente de acuerdo con las competencias fijadas por la ley.

11. Otras decisiones en materia de revocatoria

El Procurador General de la Nación, en su condición de Supremo Director del Ministerio Público, siguiendo las modernas corrientes constitucionalistas que predicán el control concentrado de constitucionalidad, en asuntos de trascendencia como es el caso de la revocatoria directa, profirió la Directiva No. 0011 del 19 de julio de 2007, mediante la cual radicó en su Despacho la competencia para pronunciarse de oficio o a petición de parte, sobre las revocatorias directas formuladas contra los fallos sancionatorios, los absolutorios y los autos de archivo, estos dos últimos, sólo cuando se trate de faltas que vulneren el Derecho Internacional de los Derechos Humanos o del Derecho Internacional Humanitario, proferidos por las Oficinas de Control Interno Disciplinario, las Personerías Municipales o Distritales o por cualquier funcionario de la Procuraduría.



**LIBRO CUARTO
DOCUMENTOS**

Estadutos del “Instituto Colombiano de Derecho Disciplinario”

Las personas que suscribimos el presente instrumento privado:

Conscientes de la importancia del Derecho disciplinario como herramienta del Estado para asegurar la consecución de sus fines;

Determinados a colaborar en el establecimiento de una ética de lo público;

Decididos a aportar desde la academia la difusión de una cultura contra la corrupción y el desgüeño administrativo;

Resueltos a contribuir al desarrollo y consolidación del Derecho Disciplinario;

Dispuestos a impulsar y a fortalecer el Derecho Disciplinario colombiano como modelo para los Estados iberoamericanos;

Teniendo presente que el respeto por la dignidad humana se yergue como principio fundamental del Estado Social de Derecho que nos rige, y

Animados por la esperanza de un futuro mejor para las generaciones venideras;

Hemos acordado constituir, como en efecto lo hacemos, el

INSTITUTO COLOMBIANO DE DERECHO DISCIPLINARIO

Cuya filosofía descansa en el anhelo por hacer efectivos el imperio del derecho, la justicia material y social, la búsqueda de una sociedad sin exclusiones y la vigencia de una democracia respetuosa de los derechos humanos, como escenario de realización de las aspiraciones de la colectividad.

SUS ESTATUTOS, APROBADOS EN ASAMBLEA GENERAL,
SON LOS SIGUIENTES:

TÍTULO I PARTE GENERAL

Capítulo I DEL NOMBRE, NATURALEZA JURÍDICA Y DOMICILIO

ARTÍCULO 1o. La asociación civil de derecho privado, sin ánimo de lucro y de carácter científico denominada INSTITUTO COLOMBIANO DE DERECHO DISCIPLINARIO, se registrará por los presentes estatutos y por las leyes colombianas aplicables a esta clase de asociaciones.

ARTÍCULO 2o. El domicilio del INSTITUTO será en la ciudad de Bogotá D. C. y podrá establecer centros de estudio en otras ciudades del país a criterio del Consejo Directivo.

ARTÍCULO 3o. La duración del INSTITUTO será de noventa y nueve años, contados a partir de su fundación, el 13 de julio de 2007.

Capítulo II

MISIÓN, VISIÓN, VALORES, PRINCIPIOS Y OBJETIVOS

ARTÍCULO 4o. Misión.

La misión del INSTITUTO es trabajar por el desarrollo, promoción y avance del Derecho Disciplinario, en el marco del Estado social y democrático de derecho y en aras a generar una ética de lo público, compatible con el respeto por la dignidad humana, dentro de un marco jurídico y social justo.

ARTÍCULO 5o. Valores y Principios.

El Instituto reconoce como propios los siguientes valores y principios:

1. Reconocimiento de la persona como eje central de la vida, la justicia y la paz
2. La justicia
3. La Disciplina de sus miembros
4. El respeto por el imperio del derecho
5. La verdad
6. La Equidad
7. La Objetividad

8. La integración de la comunidad iberoamericana en torno al Derecho disciplinario

9. El progreso de sus miembros

ARTÍCULO 6o.- Visión.

En 10 años, dando aplicación a los valores consagrados en el artículo precedente, el **INSTITUTO COLOMBIANO DE DERECHO DISCIPLINARIO**, junto con sus miembros, serán reconocidos como foro y fuente autorizada de consolidación, desarrollo y consulta sobre el Derecho Disciplinario, sobre su estado del arte, su proyección y tendencia tanto en el ámbito nacional como en el Iberoamericano.

ARTÍCULO 7o. Objetivos General y Específicos

OBJETIVO GENERAL:

El objeto del INSTITUTO es contribuir al estudio, desarrollo, investigación, divulgación, avance, depuración y perfeccionamiento del derecho disciplinario y demás temas jurídicos con él relacionados. También lo es, la generación de espacios y oportunidades para el reconocimiento y progreso de sus miembros a través de las actividades compatibles con las que, a título enunciativo, se consignan en la cláusula siguiente.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

1. Adelantar estudios, *lege lata* y *lege ferenda*, sobre el Derecho Disciplinario;
2. Efectuar investigaciones académicas sobre temas disciplinarios en todos los ámbitos;
3. Participar activamente, en los espacios académicos en materia disciplinaria;
4. Implementar mecanismos que permitan la permanente actualización en las diferentes vertientes del derecho disciplinario;
5. Velar, dentro de su resorte misional, por el progreso personal, profesional, académico y económico de sus miembros;
6. Constituirse en órgano de consulta académica, tanto para el Estado como para los particulares en materia disciplinaria y en las demás temáticas afines al derecho punitivo;
7. Publicar los resultados de las labores involucradas en los numerales anteriores de este artículo;
8. Implementar planes y programas encaminados a impulsar el desarrollo del derecho disciplinario a nivel nacional e iberoamericano.
9. Establecer convenios de cooperación académica con la comunidad universitaria nacional y extranjera en el ámbito del derecho público en general y del derecho disciplinario en particular.

10. Los demás compatibles con los anteriores y con el OBJETIVO GENERAL.

ARTÍCULO 8o. Para la realización de su objeto el INSTITUTO desarrollará principalmente las siguientes actividades:

- a) Impulsar el estudio e investigación de las disciplinas jurídicas relacionadas con el derecho disciplinario;
- b) Promover el perfeccionamiento de estudios a nivel superior relacionados con el derecho sancionador;
- c) Producir estudios de carácter general orientados al perfeccionamiento de la legislación y la jurisprudencia en la rama disciplinaria;
- d) Mantener relaciones con organizaciones similares del país y del exterior y participar en reuniones nacionales e internacionales que estudien las disciplinas que son objeto del INSTITUTO.
- e) Procurar el desarrollo de una conciencia sobre la importancia social de las normas disciplinarias tanto por parte de las autoridades como de los destinatarios.
- f) Velar por la ética y pulcritud en el desarrollo de las actividades relacionadas con la aplicación y cumplimiento de las normas disciplinarias;
- g) Formar una biblioteca de derecho disciplinario y editar publicaciones para información y divulgación de los trabajos del INSTITUTO;
- h) Editar obras de autores nacionales o extranjeros relativas a las materias de su especialización;
- i) Crear y participar en espacios de capacitación en materia disciplinaria;
- j) Establecer convenios de cooperación, y
- k) Las demás compatibles con los anteriores y con los objetivos del INSTITUTO.

TÍTULO II MIEMBROS DEL INSTITUTO

ARTÍCULO 9o. El INSTITUTO tendrá las siguientes clases de miembros:

- a) Fundadores.** Abogados especializados en derecho disciplinario que suscriban el documento de constitución del INSTITUTO;

b) De número. Abogados titulados por una universidad nacional autorizada o reconocida oficialmente o extranjera de reconocido prestigio y que demuestren experiencia en el ramo y/o interés por las investigaciones que constituyen el objeto del INSTITUTO y sean aceptados por el Consejo Directivo;

c) Adherentes. Quienes, previa certificación de su experiencia disciplinaria, ejerzan una profesión relacionada con el derecho disciplinario y demás ramas afines y/o quienes sean reconocidos como expertos en la materia en razón a cargos ejercidos o a estudios publicados y sean admitidos por el Consejo Directivo;

d) Honorarios. Quienes, en razón de su mérito y aporte al derecho disciplinario, sean reconocidos como tales por la Asamblea General, previo concepto favorable y unánime del Consejo Directivo del INSTITUTO. La condición de miembro honorario es equivalente a la de calidad de miembro de adherente.

e) Correspondientes. El Consejo Directivo podrá otorgar el título de miembro correspondiente a personas naturales extranjeras, sin domicilio en Colombia, pertenecientes a organizaciones similares al INSTITUTO, o que tengan una posición destacada en el campo del derecho disciplinario, previa solicitud escrita formulada por cuatro (4) miembros fundadores o en su defecto de número, a la cual debe anexarse la documentación respectiva.

f) Vitalicios. En razón de su vinculación como miembros del INSTITUTO por espacio no menor a veinte (20) años, el Consejo Directivo del INSTITUTO podrá conferir la calidad de miembro vitalicio que es equivalente con la calidad de miembro de número.

Parágrafo Transitorio. En la Asamblea General de constitución del INSTITUTO, se reconocerá como Miembro Honorario a las personas que en tal calidad fueron invitadas a la misma y suscriban el acta de constitución.

ARTÍCULO 10. El Consejo Directivo podrá aceptar como miembro de número o adherente a las personas naturales que, respaldados por dos (2) miembros fundadores o en su defecto de número, formulen por escrito su solicitud de admisión con la documentación suficiente para acreditar las calidades correspondientes a la categoría solicitada, previo concepto favorable del Consejo Consultivo.

Previamente el Consejo Directivo pondrá en conocimiento de los miembros del INSTITUTO a través de publicación en cartelera de su sede principal y/o por intermedio de la página web del INSTITUTO, la existencia de cualquier

solicitud de ingreso formulada, a efecto de que hagan las observaciones que estimen del caso, las cuales se tendrán como confidenciales.

ARTÍCULO 11. Los miembros del INSTITUTO tendrán los siguientes derechos:

- a) Participar en las reuniones de la Asamblea General;
- b) Elegir y ser elegidos, conforme a las regulaciones especiales de los presentes estatutos sobre Asamblea General, Consejo Directivo, presidente y otros dignatarios del INSTITUTO;
- c) Participar en las reuniones y actividades académicas organizadas por el INSTITUTO;
- d) Recibir las publicaciones periódicas de la asociación;
- e) Recibir los estímulos académicos y reconocimientos que otorgue el INSTITUTO, y
- f) Representar al INSTITUTO por delegación de la junta directiva, en los eventos académicos nacionales e internacionales.

Parágrafo. Todo miembro del INSTITUTO podrá retirarse voluntariamente del mismo, anunciando su retiro con no menos de tres meses de anticipación y siempre y cuando se encuentre al día con el cumplimiento de sus obligaciones económicas para con el INSTITUTO.

ARTÍCULO 12. Los miembros del INSTITUTO tendrán las siguientes obligaciones:

- a) Cumplir estos estatutos y los reglamentos que dicte el organismo competente;
- b) Pagar oportunamente las cuotas que fije el Consejo Directivo;
- c) Cumplir las comisiones y labores que le sean encomendadas;
- d) Asistir a los actos públicos que se organicen por el INSTITUTO y que sean calificados como obligatorios por el Consejo Directivo;
- e) Abstenerse de utilizar para fines de propaganda profesional su calidad de miembro del INSTITUTO, y

f) Para los miembros adherentes, pagar los derechos de admisión y las cuotas de sostenimiento de que trata el párrafo 1 de este artículo.

Parágrafo 1. La Asamblea General podrá establecer, como derechos de admisión de los miembros adherentes, el pago de una suma de dinero **DE AFILIACIÓN Y UNA DE SOSTENIMIENTO ANUAL**, cuya cuantía será establecida por el Consejo Directivo.

Parágrafo 2. Después del décimo (10º) año de permanencia ininterrumpida, los miembros fundadores, no sufragarán las obligaciones de contenido económico de que trata este artículo.

Parágrafo transitorio. Para el primer año, quienes suscriben el documento de constitución, contribuirán, por concepto de afiliación, con la suma de sesenta mil pesos (\$60.000). El aporte anual por concepto de sostenimiento será de cien mil pesos (\$100.000) para el primer año.

El pago de la suma correspondiente al sostenimiento del INSTITUTO para el primer año, se verificará dentro de los seis (6) meses siguientes al otorgamiento del presente instrumento.

ARTÍCULO 13. El Consejo Directivo con el voto favorable de dos terceras partes de las personas que lo integran, podrá imponer las sanciones de reconvencción, suspensión de derechos o desvinculación de los miembros que falten al cumplimiento de sus deberes o que incurran en faltas que den lugar a la imposición de sanciones disciplinarias con arreglo al régimen disciplinario común o especial; a la Ley 1123 de 2007 o al Código de Ética del Abogado vigente para la época de realización de la conducta.

Cuando la sanción a imponer provenga de faltas a la ética del abogado, el Consejo Directivo no podrá iniciar actuación alguna hasta tanto se imponga sanción definitiva por parte del Consejo Seccional o Superior de la Judicatura o del ente disciplinario que haga sus veces. De igual manera se procederá cuando se trate de sanciones derivadas de la responsabilidad disciplinaria deducida respecto de servidores públicos.

Parágrafo transitorio. El Consejo Directivo, someterá a la aprobación de la Asamblea General, un proyecto de decisión sobre las faltas disciplinarias que con arreglo al principio de legalidad, darán lugar a la imposición de las sanciones disciplinarias a que se refiere este artículo. Tal decisión, contemplará los aspectos sustantivos y adjetivos sobre la materia.

TÍTULO III DE LOS ÓRGANOS DE DIRECCIÓN Y REPRESENTACIÓN

ARTÍCULO 14. El INSTITUTO estará dirigido por la Asamblea General, el Consejo Directivo, la Presidencia y la Comisión de la Mesa.

Capítulo I DE LA ASAMBLEA GENERAL

ARTÍCULO 15. La Asamblea General es la máxima autoridad del INSTITUTO. Estará integrada por todos los miembros del INSTITUTO que estuvieren al día en el pago de sus obligaciones de acuerdo con el reglamento de tesorería.

Solamente los miembros de número tendrán derecho de voto en las asambleas generales.

Parágrafo. Para todos los efectos, se entenderá que todos los miembros fundadores, son miembros de número.

ARTÍCULO 16. Serán funciones de la Asamblea General las siguientes:

- a) Decidir la reforma de los estatutos;
- b) Elegir al presidente y al vicepresidente del INSTITUTO y a los miembros principales y suplentes del Consejo Directivo, así como reconocer a los miembros vitalicios que reúnan las calidades estatutarias para ello;
- c) Aprobar, improbar o modificar los estados financieros a 31 de diciembre del año calendario inmediatamente anterior;
- d) Aprobar, improbar o modificar los estados financieros correspondientes a los doce (12) meses terminados a 30 de abril del respectivo período estatutario;
- e) Aprobar, improbar o modificar el presupuesto de ingresos y gastos por efectuar durante el siguiente período estatutario según propuesta del Consejo Directivo.
- f) Aprobar o improbar los proyectos de decisión que el Consejo Directivo deba someter a su consideración.

ARTÍCULO 17. La Asamblea tendrá sesiones ordinarias y extraordinarias, previa convocatoria efectuada mediante nota enviada con una anterioridad no inferior a diez (10) días calendario o mediante publicación en la página WEB de la entidad con antelación no inferior a 15 días.

Las sesiones ordinarias se llevarán a cabo el tercer viernes del mes de julio de cada año, a las cinco de la tarde (5:00 p. m.), en las oficinas del INSTITUTO, o en el lugar que para el efecto se designe en la notificación. Las sesiones ordinarias podrán verificarse en uno o en varios días, según la extensión y complejidad de la agenda a tratar en ellas.

Las reuniones extraordinarias se podrán efectuar en cualquier día por convocatoria:

- a) Del presidente del INSTITUTO
- b) Del Consejo Directivo
- c) De un número equivalente al 30% de los miembros de número. Para tales efectos, los interesados elevarán la correspondiente solicitud al presidente del INSTITUTO precisando el asunto a tratar en la Asamblea. Recibido el escrito de solicitud la presidencia convocará la asamblea dentro de un término no inferior a quince (15) días ni superior a treinta (30) días calendario.

En la convocatoria y su notificación se indicará el objeto, el lugar, la fecha y la hora de la reunión, en la cual sólo se podrán tratar los temas específicamente señalados.

Habrà quórum para deliberar y decidir cuando esté presente la mitad más uno de los miembros de número. Sin embargo, si transcurrida una hora no hubiere quórum, previa constancia, se podrá deliberar y decidir con una tercera parte de los miembros del INSTITUTO.

ARTÍCULO 18. Las decisiones serán adoptadas por la mayoría de los miembros de número que concurran, salvo la disolución del INSTITUTO, que sólo podrá ser adoptada por mayoría no inferior a dos terceras partes (2/3) de los miembros de número.

ARTÍCULO 19. En todos los casos en que la Asamblea General tenga que elegir más de dos (2) personas se aplicará el sistema de cuociente electoral. La Asamblea, con el voto favorable de dos terceras (2/3) partes de sus miembros, podrá modificar dicho sistema.

Parágrafo. De toda reunión de la Asamblea General deberá dejarse constancia en un acta, que será firmada por el Presidente y el Secretario, previa aprobación de la asamblea o de una comisión designada por ella.

Capítulo II DEL CONSEJO DIRECTIVO

ARTÍCULO 20. El Consejo Directivo estará conformado por:

1. El presidente
2. El Vicepresidente

3. El Secretario
4. El Tesorero
5. El Bibliotecario

Cuando ningún miembro fundador presente su candidatura al Consejo Directivo, la asamblea podrá hacer recaer su elección en miembros de número con antigüedad no inferior a cinco (5) años si los hubiere.

Su elección será por periodos de dos (2) años que se iniciarán el primero de julio de cada año.

ARTÍCULO 21. El Consejo Directivo se designará mediante la conformación de planchas que serán sometidas a la elección de la Asamblea.

En caso de empate entre dos (2) o más planchas presentadas, se efectuará una nueva votación en la que únicamente se tendrán en cuenta las planchas que obtengan mayor votación. De persistir el empate, se someterá a una tercera y última votación que se realizará en sesión diferente, la que será convocada por el presidente del INSTITUTO.

Parágrafo. Mientras no se produzca una nueva elección, los miembros del Consejo Directivo continuarán en el ejercicio de su cargo.

ARTÍCULO 22. El Consejo Directivo sesionará cuando menos una vez por bimestre y sólo podrá deliberar y decidir cuando estén presentes miembros del Consejo Directivo que representen por lo menos las tres cuartas partes (3/4) del total de los miembros.

Los suplentes podrán asistir a las sesiones con derecho a voz y, en ausencia de los titulares, los reemplazarán por orden numérico, con iguales atribuciones y deberes que los principales.

Las decisiones del Consejo se adoptarán por la mayoría absoluta de los presentes con derecho de voto. De las reuniones se extenderán y conservarán actas firmadas por el presidente y el secretario.

ARTÍCULO 23. El Consejo Directivo administrará y regirá los destinos del INSTITUTO con amplias facultades para adoptar las decisiones que tengan relación con el objeto de la institución, excepto aquellas reservadas a la Asamblea General, y se ocupará especialmente de los siguientes asuntos:

- a) La admisión de nuevos miembros;

- b) La suspensión o cancelación de la calidad de miembros a quienes dieren lugar a ello, salvo lo previsto en el reglamento de tesorería;
- c) La aprobación de los actos y contratos cuya cuantía sea superior al 15% del patrimonio del INSTITUTO, según el último balance general;
- d) La adquisición, enajenación o gravamen de los bienes inmuebles;
- e) La creación de empleos y la fijación de sus asignaciones;
- f) La fijación de las cuotas de admisión, las ordinarias y las extraordinarias, lo mismo que las de inscripción para certámenes que organice el INSTITUTO;
- g) La elección de las personas necesarias para llenar las faltas absolutas o temporales que se presenten en los cargos que según los estatutos deben ser provistos por la Asamblea General;
- h) La aprobación en primera instancia del presupuesto anual del INSTITUTO y de los estados financieros, para someterlos a la Asamblea General;
- i) La delegación de sus funciones de manera temporal, y
- j) La adopción del reglamento para el funcionamiento del INSTITUTO.

Parágrafo 1. El Consejo Directivo deberá requerir el concepto del Consejo Consultivo para la designación de los miembros honorarios o correspondientes, la expulsión de miembros de la entidad y la fijación de políticas del INSTITUTO en sus relaciones con entidades afines.

Parágrafo 2. El Consejo Directivo podrá modificar el periodo de sesiones de que trata el artículo 22 de estos estatutos.

ARTÍCULO 24. Con carácter permanente funcionará el Consejo Consultivo, integrado por los ex presidentes del INSTITUTO que no formen parte del Consejo Directivo.

Serán funciones del Consejo Consultivo, emitir conceptos sobre:

- a) La designación de miembros honorarios y correspondientes;
- b) La expulsión de miembros que falten a sus deberes o que sean sancionados por el organismo disciplinario de cada profesión;
- c) La política del INSTITUTO en sus relaciones con entidades afines, nacionales o extranjeras, y

d) Los otros asuntos respecto de los cuales sea consultado por el Consejo Directivo.

Parágrafo. Los conceptos del consejo consultivo no son obligatorios, pero su inobservancia deberá ser suficientemente motivada.

Parágrafo Transitorio. Durante los primeros tres años del INSTITUTO, contados a partir de su fundación, el consejo consultivo será conformado por cuatro (4) miembros fundadores y dos (2) de número. Estos serán reemplazados por quienes ostenten la calidad de ex presidentes del INSTITUTO.

Capítulo III DEL PRESIDENTE Y VICEPRESIDENTE

ARTICULO 25. Para ser presidente del INSTITUTO se requiere ser natural colombiano, abogado en ejercicio, especialista en Derecho Disciplinario y miembro de número del INSTITUTO.

El presidente y Vicepresidente del INSTITUTO podrán ser reelegidos, incluso para periodo inmediato.

Parágrafo. Podrán ser presidente y vicepresidente del INSTITUTO, quienes ostenten la dignidad de Procurador General de la Nación o de Viceprocurador General de la Nación.

ARTÍCULO 26. Son funciones del presidente:

- a) Representar legalmente al INSTITUTO;
- b) Presidir las reuniones de la Asamblea General, del Consejo Directivo, de la comisión de la mesa y de los eventos académicos y protocolarios que organice el INSTITUTO;
- c) Citar y convocar a la Asamblea General, el Consejo Directivo y la comisión de la mesa y fijar el día, la hora y el lugar de las reuniones;
- d) Presentar un informe anual a la Asamblea en sus sesiones ordinarias, sobre las investigaciones y trabajos realizados por el INSTITUTO, sus estados financieros y administrativos y sus actividades generales;
- e) Dirigir el INSTITUTO y procurar su buen funcionamiento;

- f) Cumplir y hacer cumplir los estatutos y las disposiciones de la Asamblea, del Consejo Directivo y de la comisión de la mesa;
- g) Representar al INSTITUTO ante organizaciones similares, nacionales o extranjeras;
- h) Propender la difusión del derecho disciplinario, mediante la celebración de convenios con universidades e instituciones reconocidas nacional e internacionalmente, participando en actividades académicas en materia disciplinaria, e
- i) Las demás que le señalen los estatutos y las disposiciones de la Asamblea General o el Consejo Directivo.

ARTÍCULO 27. El vicepresidente reemplazará al Presidente en sus faltas absolutas, con los mismos deberes y facultades. En tales eventos el Vicepresidente Suplente asumirá las funciones del Vicepresidente titular. De manera permanente ejercerá las funciones de dirigir y orientar las publicaciones del INSTITUTO y formará parte de la comisión de la mesa.

Parágrafo. Cuando se trate de faltas temporales, los miembros principales del Consejo Directivo, serán reemplazados por sus suplentes.

Capítulo IV DE LA COMISIÓN DE LA MESA

ARTÍCULO 28. La comisión de la mesa estará integrada por el Presidente, Vicepresidente, el Secretario y el Tesorero y se reunirá por lo menos bimestralmente.

La Comisión de la Mesa podrá tomar resoluciones válidas mientras actúe con tres (3) de sus miembros, por lo menos, siempre y cuando concorra el presidente o quien haga sus veces. En caso de empate decidirá el voto de quien lo presida.

Serán funciones de la comisión de la mesa:

- a) El nombramiento y remoción de los empleados del INSTITUTO y la asignación de sus funciones;
- b) La aprobación de los actos y contratos cuya cuantía no exceda del 15% del patrimonio del INSTITUTO, según el último balance general aprobado, y no estén asignados al organismo superior;

- c) La elaboración del presupuesto anual de ingresos y gastos para someterlo a la aprobación del Consejo Directivo y, por conducto de este, a la Asamblea General;
- d) La expedición de las normas sobre el manejo de los bienes del INSTITUTO, con indicación de las entidades vigiladas por el Estado donde deben estar depositados los dineros del INSTITUTO;
- e) La selección de obras que deba adquirir el INSTITUTO para su biblioteca, y
- f) Las demás funciones que señale el Consejo Directivo.

Capítulo V DE OTROS FUNCIONARIOS

ARTÍCULO 29. El secretario. Son funciones del secretario, que ejercerá bajo la supervisión del presidente, las siguientes:

- a) Llevar los libros de actas de la Asamblea General, del Consejo Directivo y de la comisión de mesa;
- b) Mantener actualizada la lista de los miembros del INSTITUTO;
- c) Informar al Consejo Directivo sobre las solicitudes de admisión y de retiro de miembros;
- d) Organizar y dirigir el trabajo de los empleados del INSTITUTO;
- e) Llevar al día la correspondencia;
- f) Disponer de la logística requerida para la sesión de la Asamblea General;
- g) Preparar el borrador de la agenda de sesiones de la Asamblea General, la cual será aprobada por esta y establecer el tiempo estimado de la duración de aquellas que demanden más de un día, y
- h) Las demás que le fijen los estatutos y las disposiciones de la Asamblea General, del Consejo Directivo, del Presidente y de la comisión de la mesa.

ARTÍCULO 30. El tesorero. Serán atribuciones y funciones del tesorero, que ejercerá bajo la supervisión del presidente, las siguientes:

- a) Cumplir y hacer cumplir el reglamento de tesorería expedido por el Consejo Directivo;
- b) Cobrar las cuotas de admisión, las ordinarias y las extraordinarias, lo mismo que la de inscripción a certámenes que organice el INSTITUTO;

- c) Velar porque se lleve en forma adecuada los libros de contabilidad;
- d) mantener los fondos del INSTITUTO en entidades vigiladas por el Estado indicadas por la comisión de la mesa;
- e) Pagar u ordenar el pago de las cuentas del INSTITUTO, de acuerdo con las apropiaciones del presupuesto y las autorizaciones del presidente y de la comisión de la mesa;
- f) Rendir su informe anual, acerca del estado y conservación de los fondos y bienes bajo su responsabilidad;
- g) Las demás funciones que le señalen los estatutos y las disposiciones de la Asamblea, del Consejo Directivo, del presidente y de la comisión de la mesa, y
- h) Constituir una póliza de manejo de los recursos del INSTITUTO cuyo manejo se le confía.

ARTÍCULO 31. El bibliotecario. Serán deberes y atribuciones del bibliotecario que ejercerá bajo la supervisión del presidente, las siguientes:

- a) Sistematizar, organizar y actualizar las bases de datos sobre derecho disciplinario;
- b) Organizar la prestación de servicios de información en materia disciplinaria a los miembros del INSTITUTO y a terceros, de acuerdo con el reglamento que se expida para tales efectos;
- c) Organizar y conservar la biblioteca;
- d) Mantener actualizado el listado de obras de propiedad del INSTITUTO y a disposición de los interesados;
- e) Ejercer control sobre la correcta aplicación del reglamento de la biblioteca;
- f) Proponer a la comisión de la mesa la adquisición de obras que se deben adquirir;
- g) Propender por el intercambio de obras o publicaciones con otras instituciones nacionales o extranjeras;
- h) buscar y preparar, dentro del ámbito de sus funciones, convenios con establecimientos afines a la naturaleza del INSTITUTO, dirigidos a mejorar, actualizar y ampliar la biblioteca, e

i) Las demás que le asignen estos estatutos, así como las disposiciones de la Asamblea General, del Consejo Directivo, del presidente y de la comisión de la mesa.

Título VI DEL REVISOR FISCAL

ARTÍCULO 32. El INSTITUTO tendrá un revisor fiscal, con su respectivo suplente, que serán designados por la Asamblea General para períodos iguales al de este. Mientras no se produzca una nueva elección continuarán en el ejercicio de sus cargos los revisores últimamente nombrados. Su elección se hará preferencialmente dentro de los miembros adherentes.

El cargo de revisor fiscal será incompatible con cualquier otro dentro del INSTITUTO.

ARTÍCULO 33. Serán funciones del revisor fiscal las siguientes:

- a) Inspeccionar asiduamente los bienes del INSTITUTO y procurar que se tomen oportunamente las medidas de conservación y seguridad de los mismos y de los que tenga en custodia a cualquier otro título.
- b) Examinar los inventarios, balances, cuentas, libros de actas y correspondencia de la institución, cerciorándose de que las operaciones realizadas se hayan efectuado con sujeción a las disposiciones legales, a los estatutos y a las decisiones de la Asamblea General, el Consejo Directivo y la comisión de la mesa.
- c) Informar oportunamente a la Asamblea General, al Consejo Directivo, al presidente o a la Comisión de la Mesa, según los casos, de las irregularidades que observe en el INSTITUTO;
- d) Autorizar con su firma los estados financieros, acompañados de su dictamen o informe correspondiente, y
- e) Las demás que le señalen la ley, los estatutos y la Asamblea General.

ARTÍCULO 34. El revisor fiscal podrá concurrir a la Asamblea General, al Consejo Directivo y a la comisión de la mesa.

Parágrafo. El Consejo Directivo elegido designará de manera provisional un REVISOR FISCAL, quien ejercerá sus funciones hasta tanto la Asamblea General se reúna y realice la elección definitiva.

TÍTULO VII DEL PATRIMONIO

ARTÍCULO 35. El patrimonio del INSTITUTO estará integrado por:

- a) Las cuotas de admisión, las ordinarias y extraordinarias de los miembros del INSTITUTO;
- b) Las donaciones que reciba, previa aceptación del Consejo Directivo;
- c) Las utilidades que se obtengan en las ventas de obras y publicaciones que edite el INSTITUTO, y
- d) Los ingresos que obtengan por cualquier otra causa, como los derechos de participación en los eventos académicos organizados por el INSTITUTO.

ARTÍCULO 36. En caso de liquidación del INSTITUTO, todo su patrimonio pasará a institución de beneficencia o de carácter científico, sin ánimo de lucro, que señale la Asamblea que apruebe la liquidación y, en su defecto a la que indique el Presidente de la República de conformidad con lo dispuesto al respecto por las leyes colombianas.

