



Los grandes Interrogantes de derecho disciplinario y su solución

Tomo II

Silvano Gómez Strauch
María Lourdes Hernández Mindiola
Esiquio Manuel Sánchez Herrera
John Harvey Pinzón Navarrete

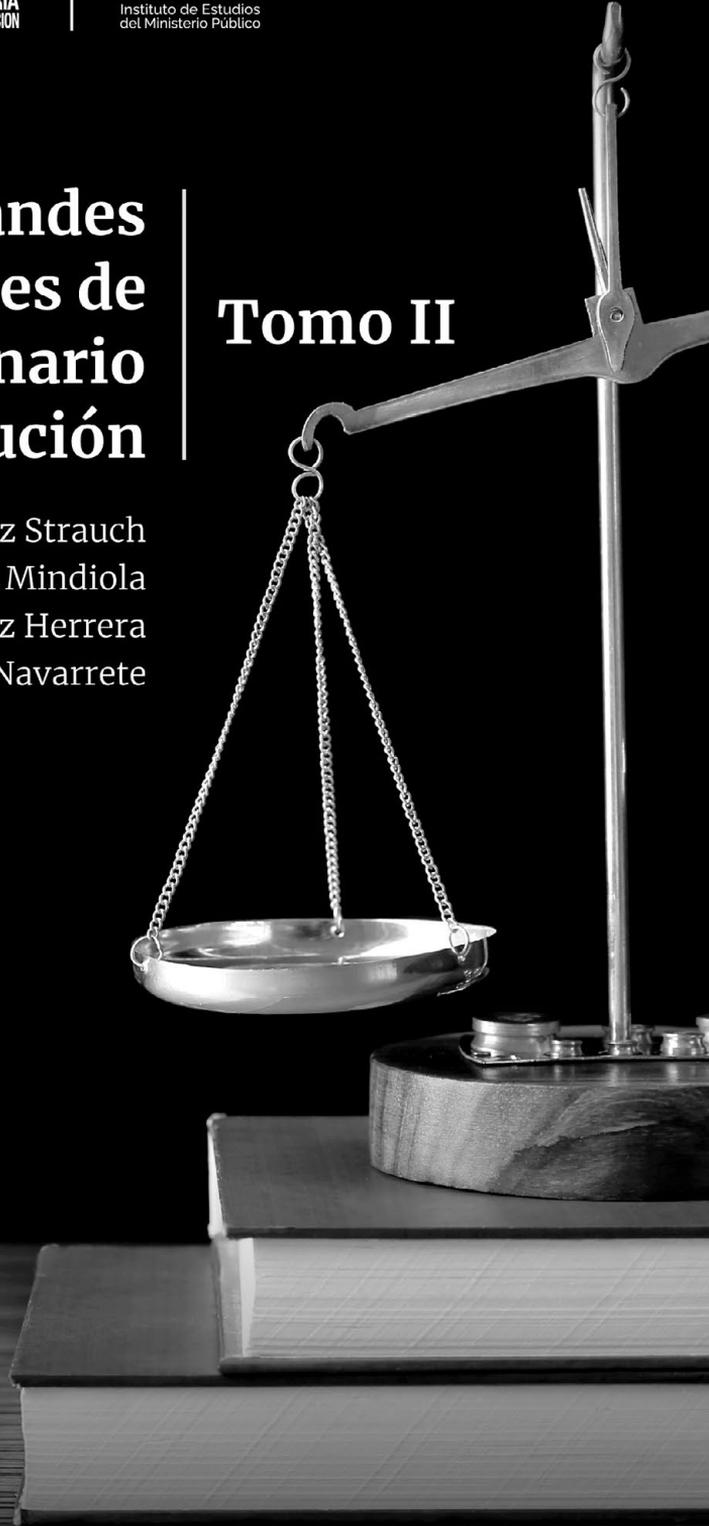




Los grandes Interrogantes de derecho disciplinario y su solución

Tomo II

Silvano Gómez Strauch
María Lourdes Hernández Mindiola
Esiquio Manuel Sánchez Herrera
John Harvey Pinzón Navarrete





**PROCURADURIA
GENERAL DE LA NACION**



Instituto de Estudios
del Ministerio Público

Los grandes interrogantes del derecho disciplinario y su solución TOMO II

© Instituto de Estudios del Ministerio Público–IEMP, 2024.

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

pbx: (1) 587 8750 - Ext. 11621

Tel: 283 27 21 - Ext. 115

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

© Procuraduría General de la Nación, 2024.

Carrera 5 No. 15-80,

Bogotá, D. C., Colombia

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

www.procuraduria.gov.co

Directora del Instituto de Estudios del Ministerio Público

María José Campo Caparroso

Coordinador editorial-IEMP

Luis Felipe Núñez Mestre

Diseño de portada

Diego Hernando González Trujillo

Conceptualización y diseño

William Botía Suárez

Colombia

ISBN: 978-958-734-339-7



**PROCURADURIA
GENERAL DE LA NACION**

Margarita Cabello Blanco

PROCURADORA GENERAL DE LA NACIÓN

Silvano Gómez Strauch

VICEPROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

María José Campo Caparroso

DIRECTORA DEL INSTITUTO DE ESTUDIOS
DEL MINISTERIO PÚBLICO

PRÓLOGO

El derecho disciplinario impone a los servidores públicos la obligación de actuar con integridad, responsabilidad y transparencia en el ejercicio de sus funciones, garantizando que su conducta se ajuste a los principios que rigen la función pública. Asimismo, exige a quienes investigan y aplican este derecho la responsabilidad de llevar a cabo su labor con rigurosidad, respetando plenamente la normatividad sustancial y asegurando un proceso justo y equilibrado. Es por esta razón, que me complace presentar el segundo tomo de “Los grandes interrogantes del derecho disciplinario y su solución”, resultado de la cálida acogida de su primera edición. Esta nueva entrega no solo continúa con el análisis profundo de los retos del derecho disciplinario, sino que también busca abrir un espacio enriquecedor de reflexión y debate para quienes se dedican al estudio y práctica de esta área fundamental del derecho.

En esta segunda entrega, el esfuerzo por mantener un equilibrio entre los aspectos teóricos y prácticos ha sido fundamental. Este balance es clave, y me atrevo a afirmar que nuevamente lo hemos logrado. La metodología adoptada, basada en preguntas como eje del proyecto, fomenta un análisis crítico y un intercambio de ideas significativo. Cada interrogante es una invitación a profundizar, y cada respuesta es un esfuerzo por ofrecer soluciones claras y bien fundamentadas a los complejos problemas que enfrenta actualmente el derecho disciplinario.

Con un lenguaje cercano y preciso, elaboramos contenidos dirigidos tanto a quienes se inician en el estudio del derecho disciplinario como a los expertos que buscan nuevas perspectivas y herramientas para afrontar los desafíos de la justicia disciplinaria. Cada página de este libro está pensada para despertar el deseo de aprender más acerca de esta importante rama del derecho, organizando los contenidos de manera eficiente y facilitando su comprensión. Además, se promueve la aplicación práctica del conocimiento, que fortalecen el desarrollo de habilidades críticas y analíticas en el ámbito jurídico. Eso es especialmente relevante en el derecho disciplinario, en el que cada tema puede desglosarse en aspectos manejables, permitiendo un enfoque más claro y estructurado para la resolución de problemas.

Respecto de los contenidos, cabe destacar que mientras en el primer tomo se abordaron cuestiones constitucionales, dogmáticas y procesales, en esta ocasión se incluyen asuntos novedosos y bien particulares, que rara vez se encuentran en un mismo texto con la profundidad y precisión necesarias. Por ejemplo, dentro del primer grupo de temas se analizan principios fundamentales que sustentan la codificación disciplinaria. Se presentan desarrollos fructíferos sobre la dignidad humana, la teoría de la sanción disciplinaria y los principios de igualdad, favorabilidad y motivación de las decisiones.

Además, se abordan dos temas que considero de gran relevancia en la sociedad colombiana actual: el enfoque de género y la ley de cuotas. El cómo decretar, practicar y valorar las pruebas con perspectiva de género cuando sea procedente, y la efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios del poder público, son cuestiones fundamentales para el ejercicio de la acción dis-

ciplinaría. Estos temas, que antes apenas figuraban en las agendas de derecho disciplinario, han sido incorporados de manera destacada en esta edición, demostrando una materialización del compromiso real y coherente de esta administración con el enfoque diferencial y de género.

Posteriormente, el libro explora temas variados y complejos, como la aplicación de la Ley 2213 de 2022, que adoptó de manera permanente el Decreto Ley 806 de 2020 con el fin de implementar el uso de tecnologías de información y comunicaciones en las actuaciones judiciales. Asimismo, se abordan asuntos más especializados como aquellos que tienen que ver con la contratación estatal y su relación con el derecho disciplinario.

También se incluyen temas esenciales como los regímenes intensificados, el ejercicio del poder preferente, la supervigilancia administrativa, la revocatoria directa y algunos aspectos procesales. Tanto los principiantes como los expertos encontrarán respuestas a cuestiones relacionadas con las normas que deben aplicarse, cómo operan algunos beneficios y qué hacer para que la Procuraduría actúe, ya sea desplazando a la autoridad disciplinaria, constituyéndose de forma excepcional como sujeto procesal dentro de la actuación o ejerciendo la facultad que viene dada por un mecanismo procesal como lo es la revocatoria directa. Además, se podrán encontrar unas buenas pautas para ejercer de forma adecuada el ejercicio del derecho de contradicción y de defensa en el marco de la actuación disciplinaria.

Finalmente, nada mejor que haber dedicado un par de preguntas y sus correspondientes respuestas a la importantísima función que cumple nuestra Dirección Nacional de Investigaciones Espe-

ciales de la Procuraduría General de la Nación. Esta queridísima dependencia durante muchos años le ha prestado un servicio enorme, no solo al órgano de control, sino al derecho disciplinario y al país, pues muchos de los asuntos a veces dependen de la asesoría técnico científica para la práctica de ciertas pruebas.

Como podrá observarse, detrás de cada pregunta formulada y cada respuesta argumentada existe un esfuerzo generoso de trabajo en equipo, basado en el compromiso, la preparación y la coordinación. Los coautores y sus colaboradores han dedicado su conocimiento al servicio de las y los lectores, con el deseo de que se aprovechen al máximo estas valiosas lecciones. Es evidente que no están aquí todos los interrogantes y respuestas posibles, pero sí los más relevantes para quienes desean ejercer y aplicar el derecho disciplinario de manera rigurosa.

En mi rol de Procuradora General de la Nación, he tenido el privilegio de participar en foros y encuentros académicos en los que he comprobado el gran interés que ha despertado esta obra. Los comentarios positivos recibidos desde oficinas de control interno, así como de personeras y personeros, funcionarias y funcionarios judiciales y otras voces dentro de la Procuraduría, me llenan de satisfacción y me motivan a seguir adelante con esta tarea.

Este libro ha sido una fuente constante de inspiración y aprendizaje, y tuve la fortuna de compartir su desarrollo con mis colaboradores más cercanos, quienes también hicieron suyo el noble objetivo de aportar conocimiento en beneficio de todas y todos los interesados en el derecho disciplinario, enriqueciendo el resultado final y haciendo de este libro una obra de gran utilidad para quienes se adentren en sus páginas.

Hoy, solo me queda felicitar a quienes hicieron posible este segundo tomo: a los participantes del primero y a las nuevas voces que se sumaron a este hermoso proyecto. Agradezco especialmente a nuestro Viceprocurador General de la Nación, Silvano Gómez Strauch; a María Lourdes Hernández Mindiola; Esiquio Manuel Sánchez; John Harvey Pinzón Navarrete; Lina María Vega Sarmiento; Silvio Luis Rivadeneira Stand; Angelica María Torres García y Paul Eduardo Martha Piñeros. Con esta publicación, reafirmamos nuestro firme compromiso con la comunidad académica y con los profesionales de esta especialidad. Estoy convencida de que las ideas y soluciones aquí planteadas son un valioso punto de partida para contribuir al crecimiento y fortalecimiento de nuestra labor disciplinaria.

Agradezco profundamente a cada lector y lectora que, con su interés, observaciones y crítica constructiva, enriquece este conocimiento compartido. Sin duda, este libro es solo un paso más en el camino hacia una mejor comprensión y aplicación del derecho disciplinario.

Espero que este segundo tomo sea recibido con el mismo entusiasmo que el primero y que sigamos avanzando en la evolución constante de esta disciplina, esencial para mantener y fortalecer el Estado de derecho, especialmente en el contexto actual.

Bogotá D.C, noviembre de 2024

MARGARITA CABELLO BLANCO
PROCURADORA GENERAL DE LA NACIÓN

ÍNDICE

INTERROGANTES EN LA PARTE SUSTANCIAL	17
1. ¿En qué consiste y cuáles son las implicaciones del principio de Dignidad Humana en materia disciplinaria?	17
2. ¿Cuáles son los fines de las sanciones disciplinarias y como se sustenta teóricamente?	23
3. ¿Cuál es el fundamento y cómo se explica el principio de igualdad en materia disciplinaria?	29
4. ¿En qué consiste el principio de favorabilidad en materia disciplinaria?	37
5. ¿A qué se refiere el principio de motivación en el proceso disciplinario?	45
6. ¿Es posible aplicar el enfoque de género en el derecho probatorio disciplinario?	51
7. ¿Cuáles son las pautas mínimas que se deben observar al momento de decretarse una prueba que esté relacionada con hechos disciplinariamente relevantes a los que deba aplicarse un enfoque de género?	55
8. ¿Cómo debe practicarse una prueba testimonial con enfoque de género?	59
9. ¿El enfoque de género también es procedente al momento en que se produce la valoración probatoria en la actuación disciplinaria?	63
10. ¿Cómo probar un acoso sexual o, en general, aquellas conductas que, por su naturaleza, suelen perpetrarse en ambientes de intimididad?	67

11. ¿Cuál es la forma correcta de efectuar la adecuación típica y la correspondiente sanción por el incumplimiento de la ley de cuotas?	73
12. ¿Las disposiciones de la Ley 2213 de 2022 son concordantes con la Ley 1952 de 2019?	79
13. ¿Qué características tiene la facultad de una entidad pública para declarar la caducidad de un contrato de obra?	83
14. ¿Cómo diferenciar un contrato de prestación de servicios de un contrato consultoría?	89
15. ¿Cuál es la competencia de los superiores jerárquicos en materia disciplinaria y como se garantiza la segunda instancia cuando la estructura de la entidad no lo permite?	97
16. ¿Cómo aplica el principio de confianza en la responsabilidad del representante legal de una entidad en materia de contratación estatal?	101
17. ¿Qué régimen disciplinario se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares, y cuáles son sus principales diferencias con el Código General Disciplinario?	109
18. ¿En qué casos NO se aplica el Código Disciplinario Militar?	117
19. ¿En qué consiste el ejercicio del poder disciplinario preferente y cuáles son sus requisitos?	121
20. ¿Cuál es el trámite para asumir el conocimiento de una investigación en virtud del poder disciplinario preferente?	127
21. ¿Qué es la supervigilancia administrativa y en qué casos procede?	131
22. ¿Cuáles son las decisiones disciplinarias susceptibles de revocatoria directa?	135
23. ¿Cuándo procede la revocatoria directa de las decisiones disciplinarias?	141

24. ¿Quién es la autoridad competente para revocar las decisiones disciplinarias?	147
25. ¿Cuáles son los efectos de la decisión por la cual se revoca directamente una decisión disciplinaria?	151
26. ¿En sede de revocatoria directa se puede declarar la nulidad del proceso disciplinario?	155
INTERROGANTES EN LA PARTE PROCESAL	159
27. ¿Cuáles servicios presta la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación?	159
28. ¿Cómo deben formularse los respectivos requerimientos a la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación?	163
29. ¿El auto que corre traslado para alegar de conclusión previo al fallo de primera instancia, por ser de sustanciación, debe comunicarse?	167
30. ¿Cómo debe hacerse la comunicación al quejoso en el marco de una actuación disciplinaria?	169
31. ¿Quién puede fungir como defensor ante la ausencia de apoderado y la imposibilidad de notificar al investigado?	173
32. ¿Qué aspectos prácticos se deben tener en cuenta para aplicar la favorabilidad en la graduación de la sanción, en el marco de la transición entre la Ley 734 de 2002 y la Ley 1952 de 2019?	177
33. ¿Es posible recusar al titular de la acción disciplinaria con fundamento en causales distintas a las previstas en el Código General Disciplinario?	179
34. ¿Está permitido el uso de medios técnicos en el proceso disciplinario?	183

INTERROGANTES EN LA PARTE SUSTANCIAL

1

¿EN QUÉ CONSISTE Y CUÁLES SON LAS IMPLICACIONES DEL PRINCIPIO DE DIGNIDAD HUMANA EN MATERIA DISCIPLINARIA?

La dignidad humana es el reconocimiento del valor que tiene una persona por el solo hecho de serlo. En ese sentido, implica tener al ser humano como un fin en sí mismo y no como un medio¹. Dicho de otro modo: no es correcto instrumentalizar al hombre.

El Código General Disciplinario (C.G.D.) consagra, en su primer artículo y como norma rectora, el reconocimiento de la dignidad humana. Lo anterior coincide con lo expresado en el artículo primero de la Constitución Política, cuyo respeto a este principio ha sido entendido como «una norma jurídica de carácter vinculante para todas las autoridades sin excepción, además, es la razón de ser, el principio y el fin último del Estado constitucional y democrático de Derecho y de su organización»².

1 Corte Constitucional, Sentencia T-479 de 1993. M.P. Jose Gregorio Hernández Galindo.

2 Corte Constitucional, Sentencia T-401 de 1992. M.P. Luis Eduardo Cifuentes Muñoz.

El referido reconocimiento no es una simple muletilla retórica, sino que tiene importantes implicaciones en el trámite de los procesos disciplinarios:

De una parte, constituye un imperativo para que el respeto sea la línea de acción de todos aquellos que intervienen en la actuación disciplinaria.

En segundo lugar, la prohibición de instrumentalizar al ser humano impone límites a las autoridades estatales en la confección de normas disciplinarias como también en su interpretación y aplicación.

En materia Disciplinaria, el hecho de que la dignidad humana sea la principal y más importante norma rectora, presupone las siguientes consecuencias: el Derecho Disciplinario es culpabilista, por lo tanto, en este campo domina un derecho de acto, se responde por las acciones y omisiones que impliquen infracciones sustanciales a los deberes, está proscrita la responsabilidad objetiva; la sanción disciplinaria no puede sobrepasar el grado de culpabilidad del disciplinable; las sanciones deben respetar los principios de razonabilidad y proporcionalidad, y en el proceso no se puede instrumentalizar y mediatizar al individuo, hay que reconocerle sus derechos y garantías.

En el trámite de un proceso disciplinario el referido principio impone la prohibición de usar preguntas capciosas en un interrogatorio, la revictimización de una persona que ha sido abusada sexualmente mediante la reiteración de su relato, el uso de lenguaje inapropiado y ofensivo para referirse a intervinientes procesales, el forzar la versión libre del disciplinable y el recaudo de pruebas a cualquier precio vulnerando derechos de los intervinientes procesales. En fin, como se observa, son variadas y múltiples las manifestaciones que tiene la dignidad humana en el ejercicio cotidiano de esta especie del derecho sancionador.

La dignidad es parte esencial del ser humano, previa a cualquier ordenamiento normativo y no requiere para su subsistencia reconocimiento jurídico alguno. Sin embargo, los ordenamientos jurídicos que en forma expresa la recogen se otorgan con ello legitimidad.

Lo anterior permite hablar de la teoría del sujeto, la cual «no es otra que la consecuencia necesaria, inexorable e indefectible de aquella idea que definitivamente se ha impuesto en nuestra cultura: la dignidad humana como premisa antropológica, sentido y meta del orden político»³.

La Constitución Política de nuestro país, en el título primero, relativo a los principios fundamentales, determina en el artículo primero: «Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria... fundada en el respeto a la dignidad humana...». La Carta entroniza, en virtud de ese postulado, la misión fundamental del Estado social de derecho haciéndola recaer en la consideración de la dignidad humana; el sustento de esa forma de Estado no podrá ser otro que la protección de la **condición** humana a partir de la comprensión de su dignidad.

Al concebir la Norma de Normas que el fundamento del Estado lo constituye la prevalencia de la dignidad de la persona se establece, en nuestro entender, un especial *status* para el ser humano, situándolo por encima del mismo Estado, pues este se encontrará al servicio de la persona. La superioridad concedida por la Constitución a la persona a partir de su racionalidad evidencia la verdadera significación de la dignidad en un entorno jurídico-político, toda vez que la sociabilidad, la libertad y la responsabilidad caracterizan al ser razonable.

3 Miguel Ángel Alegre Martínez. La Dignidad de la persona, Universidad de León, 1996, página 14 y ss.

La dignidad caracteriza al ser racional y determina la capacidad de actuación moral del hombre, ya que «su existencia es trascendente, pues al estar dotado, entre otras, de la facultad de ‘pensar’, toma distancia de la naturaleza tanto física como psicofísica y tiene dominio sobre la propia vida: tal dominio es la raíz de la dignidad»⁴.

La Constitución, al establecer en el artículo 5º «la primacía de los derechos inalienables de la persona», patentiza una vinculación entre estos derechos y el reconocimiento de la dignidad humana. Si estos derechos son «inalienables» es por la propia condición de persona; son intocables y su acatamiento es un imperativo para el Estado y para los demás individuos. De manera que la violación de estos no solo comporta un atentado al desarrollo de la personalidad, sino también a la personalidad misma y, por tanto, a la dignidad humana.

Millán Puelles destaca que la palabra «dignidad» admite al menos dos acepciones: como forma de comportarse (portarse digna o indignamente), o como superioridad e importancia de un ser independientemente de su comportamiento⁵.

Nuestra Constitución se identifica con la segunda acepción, sin embargo, no puede desconocerse que los dos conceptos son de algún modo complementarios, pues quien se comporta dignamente lo hace por la condición de ser humano racional con capacidad de valorar, de suerte que esa conducta responderá a su posición de ser superior. Aquellos comportamientos que no respeten tal consideración serán calificados como «inhumanos» o «degradantes», los que, conforme con el artículo 12 de la Suprema Norma, constituyen atentados graves a la dignidad de la persona, en la medida en que comportan la consideración del hombre como ser inferior, esto es, como objeto, desconociendo que él ante todo es un fin en sí mismo.

4 Ibid., página 93.

5 A. Millán Puelles. *Persona humana y justicia social*, Madrid, 1973, página 32 y ss.

El reconocimiento expreso que hace la Constitución en el artículo 1° de la dignidad humana como pilar fundante del Estado social de derecho no es una simple declaración de propósitos, es ante todo una norma jurídica vinculante y un valor inspirador de todo el ordenamiento jurídico.

La Corte Constitucional ha enfatizado esa argumentación en varias decisiones; de especial significación al respecto es la sentencia T-090 de 1996, en donde estimó: «Como bien lo ha expresado esta Corporación, la dignidad humana [...] es en verdad un principio fundante del Estado [...] que más que un derecho en sí mismo, es el presupuesto esencial de la consagración y efectividad del entero sistema de derechos y garantías contemplados en la Constitución».

En conclusión, el acatamiento a la Constitución, a la ley y a los derechos de los demás, tal y como la Norma Superior lo expone, es una consecuencia más de la dignidad de la persona, principio contemplado en el artículo 1°, que permite situar debidamente el reconocimiento de esta en el contexto del Estado social de derecho al que se alude desde la propia norma constitucional de apertura.

Así las cosas, como se ha resaltado, el respeto a la dignidad de la persona es por consiguiente el fundamento del derecho, y en un Estado social de derecho apareja no solo que sus miembros y las ramas del poder público están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, sino, ante todo, que ese ordenamiento jurídico ha de realizar lo que es debido para que la pueda desarrollar libremente su personalidad. Esa dignidad, comprendida en ese sentido, se vincula necesariamente con el respeto a la vida, a la libertad, a la justicia, a la igualdad y al pluralismo.

La dignidad humana es el *plus* lógico y ontológico para la verificación y realización de los demás derechos que se reconocen

en el texto constitucional. Este principio se halla íntimamente conectada con el libre desarrollo de la personalidad, con la libertad de creencias, con el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, entre otros muchos derechos que se reconocen en la Constitución.

La consagración del principio de respeto a la Dignidad Humana, en el artículo 1º del C.G.D. pone a tono la legislación disciplinaria con la penal y procesal penal, que también en sus primeras disposiciones estatuyen a este principio como la principal norma rectora. Esa postura de asumir como primera norma el respeto a la dignidad humana es consustancial al modelo de Estado que nos rige, pues en el Estado social y democrático de derecho el primer pilar fundante es el respeto a la dignidad humana.

2

¿CUÁLES SON LOS FINES DE LAS SANCIONES DISCIPLINARIAS Y COMO SE SUSTENTA TEÓRICAMENTE?

El Derecho Disciplinario se justifica por ser un mecanismo de autotutela de la administración pública, que busca garantizar que los ciudadanos puedan recibir del Estado y sus agentes las condiciones para la realización de sus derechos fundamentales. De esa manera, el Derecho Disciplinario antes que todo es una garantía de los ciudadanos de poderle exigir a las autoridades el cumplimiento de sus misiones funcionales.

El Derecho Disciplinario, en virtud del principio de última ratio y el carácter fragmentario que rige al Derecho Penal, es subsidiario de éste, pero también los dos pueden aplicarse conjuntamente sin que se afecte el principio de la doble incriminación.

Un ejemplo claro del carácter subsidiario del Derecho Disciplinario frente al Derecho Penal es la causal de aplicación del principio de oportunidad, contemplada en el numeral 9 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004, que expresa:

En los casos de atentados contra bienes jurídicos de la administración pública o de la recta administración de justicia, cuando la afectación al bien jurídico funcional resulte poco significativa y la infracción al deber funcional tenga o haya tenido como respuesta adecuada el reproche institucional y la sanción disciplinaria correspondientes.

Un evento de su aplicación conjunta lo constituye la falta gravísima de la comisión de la conducta constitutiva de delito (art. 65 del C.G.D.), desde el ámbito objetivo, pues por lo general tal comportamiento implica la investigación paralela de los dos estatutos.

En Derecho Disciplinario, al igual que en el Derecho Penal, la sanción responde a unas razones filosóficas, se enmarca en unos principios y cumple unas determinadas funciones.

Las razones filosóficas de la sanción disciplinaria están directamente vinculadas a la finalidad de garantía del buen funcionamiento de la administración pública como misión del derecho disciplinario.

La sanción disciplinaria debe respetar, principalmente, los principios de dignidad humana, orden justo, legalidad, culpabilidad, razonabilidad y proporcionalidad, dentro del marco del debido proceso por su imposición y ejecución.

Ahora bien, conforme lo regula el artículo 5 del C.G.D., «la sanción disciplinaria tiene una finalidad preventiva y correctiva», vocablos que no son de novel confección, sino que han sido producto de profundas reflexiones filosóficas y que han sido tratados en teorías que surgieron para explicar los fines y funciones de la pena, pero que pueden también justificar la imposición de la sanción que conlleva la comisión de una falta disciplinaria.

Así, cuando se alude a la prevención, es claro que ello implica tanto la denominada prevención especial como la general. Las dos con sus respectivas facetas negativas y positivas.

En relación con la prevención especial negativa, esta indica que aquel que comete una falta disciplinaria constituye un riesgo para el buen funcionamiento de la administración y, por tanto, es menester apartarlo de su vínculo con la función pública. En ese sentido, la imposición de sanciones como la destitución, suspensión en el ejercicio del cargo o las inhabilidades generales y especiales, se justifican y cumplen con ese cometido preventivo.

La sanción también tiene un fin correctivo, que bien puede ser entendido como una expresión de la prevención especial positiva, la cual indica que la sanción que se impone al infractor debe serle útil, en la medida que le muestra la necesidad de mantenerse fiel al derecho, al juramento que hizo de cumplir el ordenamiento jurídico. La suspensión transitoria de su función, la multa o la amonestación pretenden cumplir con ese objetivo.

Junto a la prevención especial también la sanción cumple con una prevención general, la que, como se indicó, también puede ser negativa o positiva.

Es negativa, en tanto que la ejecución de una sanción, y los consecuentes antecedentes disciplinarios que aquello reporta, debe servir para que otras personas que ostentan una relación especial de sujeción, bien por cuenta de su condición de servidor público o de particular que ejerce función pública, se abstengan de cometer faltas. La sanción adquiere, desde esta perspectiva, un efecto disuasivo.

También es positiva, pues cuando se impone una sanción al infractor disciplinario, se envía el mensaje a la comunidad de que ese tipo de conductas son incorrectas, y que pueden seguir confiando que los servidores públicos corruptos o que desvían su proceder serán castigados por el ordenamiento jurídico.

El Código General Disciplinario destina otro artículo para referirse a aspectos relacionados con el fin de la sanción. Se trata del artículo 6 en el que se introduce el principio de proporcionalidad y razonabilidad de la sanción disciplinaria, lo cual se circunscribe en el carácter retributivo que se le asigna a esta.

De hecho, históricamente, una de las primeras justificaciones para imponer una consecuencia jurídica aflictiva para una persona que cometía un acto reprochable era que aquella debía ser equivalente al daño ocasionado. Pues bien, exactamente eso es lo que ordena el precepto normativo citado: limitar la sanción disciplinaria atendiendo el tipo de falta (gravísima, grave, leve) y acorde con criterios de graduación (modalidad subjetiva, atenuantes, agravantes).

La pregunta que surge, luego del repaso anterior, es ¿cómo armonizar esas múltiples funciones y fines de la sanción disciplinaria? La respuesta puede encontrarse de modo similar a lo que sucedió en penal donde se presentó un fenómeno similar⁶; obviamente, adaptándola a las particularidades propias del disciplinario.

Así, la fijación abstracta de la sanción, es decir, aquella que contempla la norma de manera general, es algo que compete al legislador y, para ello, prevalentemente, tendrá en cuenta criterios de prevención general negativa, esto es, buscará, a partir de la consagración de unas conductas catalogadas como faltas y la referencia a unas sanciones que se impondrían en el evento de incurrir en ellas, disuadir a los servidores públicos o particulares que ejercen funciones públicas de cometer esos comportamientos dañinos para la administración. Sin embargo, para evitar que terminemos instrumentalizando a los potenciales infractores y les demos trato de medio para esa disuasión, la delimitación abstracta de la sanción tendrá como límite un ejercicio de razo-

⁶ En este caso, acudiendo a llamada teoría unificadora dialéctica de Claus Roxin.

nabilidad y proporcionalidad, con lo cual, la retribución termina siendo otro de los insumos relevantes.

Al momento de tasar una sanción concreta a una persona en particular, surge como criterio relevante la prevención general positiva, pues la sociedad, al advertir que aquellos que detentan una relación especial de sujeción y han actuado con desconocimientos de las reglas de la ética pública reciben un castigo, reafirman su confianza en el derecho y en las instituciones encargadas de aplicarlo. Al igual que en la fase anterior, para evitar caer en consecuencias excesivas, vuelve la retribución a constituirse en una importante limitante legal de la sanción.

Finalmente, la ejecución de la sanción conlleva una prevención especial, tanto en su faz negativa como positiva, ya referida.

3

¿CUÁL ES EL FUNDAMENTO Y CÓMO SE EXPLICA EL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN MATERIA DISCIPLINARIA?

En la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 217 A (III) del 10 de diciembre de 1948, en su artículo 1º dice: «Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros».

De esa norma se infiere que la libertad y la igualdad son derivaciones exclusivas de la dignidad. La dignidad posibilita la libertad y la igualdad; son metas que perfeccionan, cuando son cumplidas, la dignidad del hombre. Entre mayor sea la libertad y la igualdad, más digno será el hombre.

La igualdad ante el ordenamiento jurídico o ante la ley es conocida como igualdad formal, y aquella que posibilita la vida en

comunidad y las relaciones entre los hombres para vivir en sociedad, es conocida como igualdad material.

La igualdad ante el derecho, desde el punto de vista de la aplicación de la ley, impone que esta sea aplicada de modo igual a todos aquellos que se encuentran en la misma situación, sin que el operador jurídico pueda establecer diferencia alguna en razón de las personas, o de circunstancias que no estén precisamente contenidas en ella. En ese sentido, el principio de igualdad formal se identifica con el principio de legalidad y con la seguridad jurídica.

El principio de igualdad formal determina que el legislador no puede crear disposiciones estableciendo en ella distinciones basadas en criterios específicamente prohibidos por la Constitución, como raza, religión, sexo, etc., o que no guarden una razonable conexión con la finalidad propia de la ley. El incumplimiento de esta determinación daría lugar a la inconstitucionalidad de la respectiva disposición.

Las distinciones que el legislador puede hacer al crear la ley no riñen con la igualdad formal, cuando de ellas se infiere una finalidad conforme con la Constitución y cuando, además, las disposiciones de las que se diferencia muestran una estructura de razonable proporcionalidad con el fin pretendido.

La igualdad formal impone como consecuencia de lo dicho hasta ahora: la igualdad como generalización -ante situaciones iguales, consecuencias jurídicas iguales-, y, la igualdad procesal -igual trámite procedimental para todos; igualdad de trato formal como equiparación y como diferenciación-. La igualdad como equiparación es el fundamento de la seguridad jurídica, en la medida en que disposiciones que contengan supuestos de hecho sin trascendencia para justificar un trato desigual no deben posibilitar en su aplicación hacer tal distinción o diferenciación, y en

concordancia con lo expresado por la Corte Constitucional, esta igualdad de trato por parte de las autoridades respecto de la ley representa que estas «deben otorgar a las personas una igualdad en la interpretación y la aplicación de la ley»⁷.

La igualdad de trato formal como diferenciación es un elemento de conexión con la igualdad material, puesto que el establecimiento de los datos relevantes, que aquí solo tiene una repercusión jurídica dentro del sistema, aplicando o no una norma jurídica determinada, puede abrir la puerta a reflexiones sobre criterios de redistribución general que faciliten la satisfacción de necesidades importantes. Por eso, como veremos, la igualdad material se afronta desde criterios de igualdad de trato como diferenciación⁸.

Por su parte, la igualdad material como meta, como propósito, entraña igualdad de oportunidades para todos, pero en especial, y ese es su núcleo determinante, igualdad de satisfacción de necesidades básicas para las personas.

La igualdad de oportunidades tiene tanto sustrato objetivo como subjetivo: a partir del primer fundamento implica que el Estado procurará establecer parámetros para que las personas tengan posibilidades de mejorar sus condiciones de vida y realizar sus metas, y desde el segundo, se relaciona la igualdad con el libre desarrollo de la personalidad, en tanto permita que la persona adopte comportamientos sociales distintos, asumidos individualmente como queridos.

La igualdad material, como satisfacción de las necesidades fundamentales de la persona, le impone al Estado la obligación de

7 Corte Constitucional, Sentencia C- 836 de 2001, M.P., Rodrigo Escobar Gil.

8 Gregorio Peces Barba. Derechos Fundamentales. Teoría General, Universidad Carlos III, Madrid, 1995, página 283.

procurar que aquellas personas que se encuentren en situaciones reales de desigualdad -en términos de sus condiciones económicas, sociales, culturales, etc.- sean prioritariamente favorecidas con los beneficios que el Estado pueda dar, antes que otros en mejores condiciones. Es ese el mandato contenido en el artículo 13 *in fine* de la Constitución Política: «El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan».

La igualdad como principio fundante del Estado social de derecho en la jurisprudencia de la Corte Constitucional

La Constitución Política de 1991 considera en el Preámbulo la igualdad como principio fundante del Estado social de derecho, vinculado necesariamente como meta o propósito del Estado. Y, en el artículo 13, desarrolla la igualdad como derecho, tanto desde la perspectiva de la igualdad formal como desde la material.

La Corte Constitucional ha establecido como elementos del derecho a la igualdad, contenido en el artículo 13 superior, en sentencia C-565 de 1993, los siguientes:

- a. Un principio general, según el cual todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, y recibirán la misma protección y trato de las autoridades.
- b. La prohibición de establecer o consagrar discriminaciones: este elemento pretende que no se otorguen privilegios, se niegue el acceso a un beneficio o se restrinja el ejercicio de un derecho a un determinado individuo o grupo de personas de manera arbitraria e injustificada, por razón de su sexo, raza, origen nacional o familiar, o posición económica.

- c. El deber del Estado de promover condiciones para lograr que la igualdad sea real y efectiva para todas las personas.
- d. La posibilidad de conceder ventajas o prerrogativas a favor de grupos disminuidos o marginados.
- e. Una especial protección en favor de aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta.
- f. La sanción de abusos y maltratos que se cometan contra personas que se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta.

En la misma decisión se destacan los supuestos que según la Corte justifican el trato diferenciador, los cuales son:

- a. *La diferenciación razonable de los supuestos de hecho:* El principio de igualdad sólo se viola si el tratamiento diferenciado de casos no está provisto de una justificación objetiva y razonable. La existencia de tal justificación debe ser apreciada según la finalidad y los efectos del tratamiento diferenciado.
- b. *Racionalidad y proporcionalidad:* Fuera del elemento anotado anteriormente, debe existir un vínculo de racionalidad y proporcionalidad entre el tratamiento desigual, el supuesto de hecho y el fin que se persigue.

Así, los medios escogidos por el legislador no sólo deben guardar proporcionalidad con los fines buscados por la norma, sino compartir su carácter de legitimidad. Este principio busca que la medida no sólo tenga fundamento legal, sino que sea aplicada de tal manera que los intere-

ses jurídicos de otras personas o grupos no se vean afectados, o que si ello sucede, lo sean en grado mínimo.

En la sentencia C-530 de 1993, en relación con las modalidades de igualdad que surgen del artículo 13 de la Norma Superior, expresó la Corte:

Se destaca que la consagración explícita de igualdad tiene por lo menos tres dimensiones en la Constitución: como generalidad, como equiparación y como diferenciación, así:

-La igualdad como generalidad: es la consagración de la igualdad ante la ley para efectos de los derechos y deberes, así como de los procedimientos. Está consagrada en la Carta en las siguientes materias y disposiciones:

- a. Designada por la palabra 'personas': art. 2º, 8º, 30, 38, 42, 46, 91 y 95; b) Designada por la alocución 'todos': arts. 13, 14, 15, 16, 19, 20, 23, 24, 25, 26, 28, 29, 36, 49, 52, 54, 67, 69, 74, 79, 86, 87 y 229; c) Designada por la palabra 'nadie': arts. 12, 18, 29 y 33. e) Y designada por la expresión 'ciudadano': 40 y 95.

- La igualdad como equiparación: se encuentra consagrada en los artículos 43 (igualdad de la mujer y el hombre) y [...] 42 (igualdad de derechos y deberes de la pareja).

- La igualdad como diferenciación: es la diferencia entre distintos. Está regulada en el artículo 13 incisos 2º y 3º (adopción de medidas a favor de grupos marginados o débiles), artículo 58 (criterios para fijar la indemnización por expropiación: los intereses de la comunidad y del afectado), y artículos 95.9 y 362 (principios tributarios: equidad y progresividad).

La Constitución colombiana, comprendida desde el punto de vista del criterio de igualdad que ella contempla, nos muestra un orden normativo superior, de corte personalista, propio de una sociedad diferente y pluralista, cuyo motor se halla en el conflicto: entendido en el sentido de posibilitar las diversas posturas en los diferentes esquemas de la vida en comunidad. La Norma Superior es eminentemente principialista y valorativa, propicia la pluralidad ideológica, política y filosófica y la encamina a la consecución de la libertad en términos de bienestar para los ciudadanos. Sin embargo, es importante señalar que las autoridades judiciales, en estricto cumplimiento y respeto del principio-derecho de la igualdad y de los principios de confianza legítima, seguridad jurídica y buena fe, deben guardar «observancia del derecho a la igualdad en el ámbito judicial, implicando ello que los jueces deben resolver los casos semejantes de la misma manera en que han resuelto los casos anteriores»⁹.

El Código General Disciplinario, en su artículo 7º, consagra como principio rector el de Igualdad, señalando que las autoridades disciplinarias deberán hacerlo efectivo, esto es, materializarlo. Ello implicará entonces, que el juez disciplinario tendrá como especial deber en el trámite de todo el proceso disciplinario garantizar y hacer realidad los derechos que le asisten a los intervinientes, en especial, deben destacarse los de las víctimas, por ejemplo, en actuaciones en las que se investiguen conductas relativas a infracciones al Derecho Internacional Humanitario o al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como también eventos de acoso laboral o sexual. En ese sentido, las víctimas adquieren la condición de sujetos procesales, con legitimación para hacer efectivos los derechos de contradicción y defensa de sus intereses.

9 Corte Constitucional. Sentencia SU 074 de 2014, M.P. Mauricio González Cuervo.

4

¿EN QUÉ CONSISTE EL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD EN MATERIA DISCIPLINARIA?

El principio de favorabilidad, cuya aplicación es universal en el derecho penal, ha sido reconocido en el Derecho Disciplinario, por ser uno de los campos que conforman el denominado derecho administrativo sancionatorio.

El artículo 8 del C.G.D. lo consagra expresamente al señalar que «En materia disciplinaria la ley permisiva o favorable, sustancial o procesal de efectos sustanciales, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Este principio rige también para quien esté cumpliendo la sanción, salvo lo dispuesto en la Constitución Política».

En Sentencia C-181 de 2002, la Corte Constitucional analizó la aplicación del principio de favorabilidad en materia disciplinaria:

En materia sancionatoria, el principio de que la ley rige las situaciones de hecho que surgen durante su vigencia se traduce en la máxima jurídica *nullum crimen, nulla pena sine lege*, cuya consagración constitucional se encuentra en el artículo 29 de la Carta que dispone: “nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto se le imputa” [...] El claro mandato que se incluye en la carta señala que, por regla general, la norma aplicable en un caso determinado es aquella que se encuentra vigente al momento de la comisión del hecho imputado, lo que en otros términos significa que los efectos de la norma jurídica no son retroactivos.

En términos generales, el principio que se analiza tiene plena efectividad en relación con las situaciones jurídicas consolidadas que se predicán de los derechos subjetivos. De este modo, y según la prohibición del artículo 58 constitucional, una ley posterior estaría impedida para regir una situación jurídica que ha surgido con anterioridad a su vigencia.

En materia procesal –no obstante– el principio se invierte: la regla general es que la aplicación de la ley procesal en el tiempo es inmediata, debido al carácter público de la misma, y que la ley nueva rige los procedimientos que se han iniciado bajo la vigencia de la ley anterior; excepto las diligencias, términos y actuaciones que hayan comenzado a correr o a ejecutarse bajo la vigencia del régimen derogado.

En efecto, la normatividad, la doctrina y la jurisprudencia han entendido que la regla básica en este campo es la de la aplicación inmediata de las normas procesales, ya que el diseño de los trámites a que debe someterse una discusión jurídica no es asunto que incida necesariamente en el contenido del derecho sustancial, por lo que su alteración no modifica la intangibilidad de los derechos adquiridos, protegida constitucionalmente en el artículo 58 de la Carta.

[...]

Ahora bien, el principio [...] que prescribe que la ley aplicable a una situación fáctica es la vigente al momento de su acaecimiento, tiene como fin primordial la protección del principio de la seguridad jurídica, pilar fundamental del orden público. No obstante, la tradición jurídica ha reconocido la posibilidad de establecer una excepción a tal precepto para permitir que situaciones de hecho acaecidas bajo la vigencia de una ley sean reguladas por otra.

La Corte se refiere en estos términos al principio de favorabilidad, según el cual, una situación de hecho puede someterse a la regulación de disposiciones jurídicas no vigentes al momento de su ocurrencia cuando, por razón de la benignidad de aquellas, su aplicación se prefiere a las que en, estricto sentido, regularían los mismos hechos.

[...]

En materia penal y, actualmente, en el campo del derecho disciplinario, el principio de favorabilidad se aplica también a las normas procesales, a pesar de que se mantiene el principio general de la aplicación inmediata. Así lo ha reconocido reiteradamente la Corte Constitucional, uno de cuyos fallos se cita a continuación: “...la norma general que fija la ley es el efecto general inmediato de las nuevas disposiciones procesales, salvo en lo referente a los términos que hubiesen empezado a correr y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, las cuales continúan rigiéndose por la ley antigua. Esta norma general, en principio, no resulta contraria a la Constitución pues no tiene el alcance de desconocer derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas, que es lo que expresamente prohíbe el artículo 58 superior. Sin embargo, su aplicación debe respetar el principio de favorabilidad penal”. (Sentencia C-619 de 2001).

Tal como lo reconoce la providencia en cita, el ingreso de nuevas disposiciones procesales en materia penal también debe respetar el principio de la favorabilidad. Ello hace que el principio en cuestión también sea aplicable al derecho disciplinario, ya que las máximas de esta área jurídica se inspiran, por naturaleza, en las del derecho penal.

La aplicación del principio de favorabilidad no puede conducir a la creación de una tercera ley (*lex tertia*) o régimen mixto, distinto del adoptado por el Congreso de la República, es decir, una normativa compuesta por disposiciones del estatuto anterior y del nuevo, por vía interpretativa, especialmente cuando cada uno de ellos obedezca a una orientación legislativa o filosófica diferente¹⁰.

En ese sentido, señaló la Corte Constitucional que:¹¹

El principio de favorabilidad se aplica en aquellos casos en que surge duda en el operador jurídico sobre cuál es la disposición jurídica aplicable al momento de resolver un asunto sometido a su conocimiento, al encontrar que dos o más textos legislativos vigentes al momento de causarse el derecho, gobiernan la solución del caso concreto. En estos eventos los cánones protectores de los derechos [del investigado] ordenan la elección de la disposición jurídica que mayor provecho otorgue [al disciplinado]. El texto legal así escogido debe emplearse respetando el principio de inescindibilidad o conglobamiento [sic], es decir, aplicarse de manera íntegra en su relación con la totalidad del cuerpo normativo al que per-

10 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Bogotá, D.C., veintiuno (21) de junio de dos mil veintitrés (2023), Radicación: 11001-03-06-000-2023-00041-00, Referencia: Conflicto negativo de competencias, Partes: Agencia Nacional de Hidrocarburos y Procuraduría General de la Nación Aclaración de voto Consejera de Estado Ana María Charry Gaitán.

11 Corte Constitucional, sentencia T-832A/13

tenece, sin que sea admisible escisiones o fragmentaciones tomando lo más favorable de las disposiciones en conflicto, o utilizando disposiciones jurídicas contenidas en un régimen normativo distinto al elegido.

Entonces «La favorabilidad en el derecho sancionador del Estado, penal o disciplinario, es un principio orientador para el operador jurídico no de la interpretación de la ley, sino de la escogencia de la ley aplicable al caso cuando hay sucesión de leyes en el tiempo».¹²

De conformidad con los anteriores planteamientos, con la entrada en vigencia de la Ley 1952 de 2019, modificada por la Ley 2094 de 2021, se introdujeron cambios que pueden dar lugar a la aplicación del principio de favorabilidad, respecto de normas sustanciales o procesales con efectos sustanciales que resulten más benévolas que las previstas en la Ley 734 de 2002. En particular, verbigracia, en materia de prescripción, naturaleza de las faltas y determinación de las sanciones y modificación en los tipos disciplinarios, respecto de las cuales se amerita el análisis en virtud del principio de favorabilidad.

En materia de prescripción

El artículo 33 de la Ley 1952 del 2019 se aplica a los procesos regidos por la Ley 734 de 2002, en ese sentido, corresponde examinar, independientemente de la fecha de la apertura de investigación disciplinaria, si han transcurrido más de cinco años a partir de la ocurrencia de los hechos, y en caso que no se haya notificado el fallo de primera instancia es necesario, en virtud del principio de favorabilidad, aplicable a las normas procesales con efectos sustanciales, decretar la prescripción de la acción disciplinaria.

12 Corte Constitucional. Sentencia T-152 de 2009.

Modificación en las sanciones

Establecía la Ley 734 de 2002 la sanción de destitución e inhabilidad general de 10 a 20 años para las faltas gravísimas dolosas o realizadas con culpa gravísima. El artículo 48 del C.G.D. establece que la destitución e inhabilidad será de 10 a 20 años para las faltas gravísimas dolosas y de 8 a 10 años para las faltas gravísimas con culpa gravísima.

Sanciones en los casos en que hubo confesión

Las sanciones aplicadas en vigencia de la Ley 734 de 2002, en procesos en los cuales hubo confesión y esta fue determinante para la aplicación de la sanción, podrían estar sujetas a los beneficios de la confesión y aceptación de cargos previstos en el artículo 162 del C.G.D., para la rebaja de la sanción, dependiendo en la etapa en que se presentó, esto es, si tuvo lugar en etapa de investigación o en la fase de juzgamiento, en cuyos casos la sanción se reduciría hasta la mitad o en una tercera parte, respectivamente.

Eliminación y modificación de tipos disciplinarios

Con el nuevo régimen disciplinario desaparecieron algunas faltas y otras fueron modificadas, de esta manera algunas que antes estaban previstas como falta gravísima fueron degradadas a falta grave.

- Dentro de las faltas gravísimas previstas en el artículo 48 de Ley 734 de 2002, por ejemplo, desaparecieron la de numeral 27 «Efectuar inversión de recursos públicos en condiciones que no garanticen, necesariamente y en orden de precedencia, liquidez, seguridad y rentabilidad del mercado» y la del numeral 55 «55. El abandono injustificado del cargo, función o servicio» ya que ahora se castiga un supuesto diferente¹³.

13 Ver artículo 55 numeral 5 del C.G.D.

En el caso de los funcionarios y empleados judiciales, consagra el parágrafo 2 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, como falta gravísima, la incursión en la prohibición de retardar o negar injustificadamente el despacho de los asuntos o la prestación del servicio a que están obligados dichos servidores, cuando la mora superara el término de un año calendario, falta que fue eliminada del catálogo de faltas gravísimas consagradas en el artículo 63 del C.G.D.

- Faltas disciplinarias gravísimas que pasaron a tener la naturaleza de un deber. El numeral 57 del artículo 48 se convirtió en un deber en el numeral 43 del artículo 38 así:

Enviar a la Procuraduría General de la Nación dentro de los cinco 5 días siguientes a la ejecutoria del fallo judicial, administrativo o fiscal, salvo disposición en contrario, la información que de acuerdo con la ley los servidores públicos están obligados a remitir, referida a las sanciones penales y disciplinarias impuestas, y a las causas de inhabilidad que se deriven de las relaciones contractuales con el Estado, de los fallos con responsabilidad fiscal, de las declaraciones de pérdida de investidura y de las condenas proferidas en ejercicio de la acción de repetición o del llamamiento en garantía.

De igual forma el numeral 26 del artículo 48 «26. No llevar en debida forma los libros de registro de la ejecución presupuestal de ingresos y gastos, ni los de contabilidad financiera...» pasó a ser un deber en el numeral 41 del artículo 43 del C.G.D.

5

¿A QUÉ SE REFIERE EL PRINCIPIO DE MOTIVACIÓN EN EL PROCESO DISCIPLINARIO?

El *ius puniendi* estatal guarda relación con la facultad de imponer sanciones a los servidores públicos y particulares ante el incumplimiento de las normas que regulan las relaciones entre las personas y entre aquellas y el Estado. Una de sus manifestaciones es la potestad disciplinaria que se concreta a través de las reglas que regulan el cumplimiento de los deberes funcionales de los servidores públicos y en la posibilidad de investigar y sancionar a quienes con su conducta por acción u omisión impiden que la función pública sea desplegada para privilegiar el interés general en beneficio de la comunidad, que conlleva la protección de sus derechos y libertades.¹⁴

En ese contexto, tenemos que la Corte Constitucional en su jurisprudencia precisó que la potestad disciplinaria resulta «consustancial»¹⁵ con el Estado social de derecho, en razón a

14 Al respecto consultar la sentencia C-028 de 2006.

15 Sentencia C-280 de 1996.

que garantiza la buena marcha de la administración y el buen nombre de la administración pública; expuesto de otra forma, el control disciplinario es una herramienta que garantiza los valores democráticos que nos rigen.

Asimismo, las autoridades cuando ejercen la facultad disciplinaria están obligadas a respetar los principios constitucionales que sirven de sustento, entre estos, el de legalidad¹⁶, entendido como el sometimiento de las actuaciones a la ley, y el debido proceso¹⁷, que se materializa en que durante la actuación se deben respetar las formas propias del juicio con la finalidad de preservar las garantías sustanciales y procesales previstas en la ley disciplinaria.

En ese sentido, uno de los alcances de los referidos principios constitucionales es la necesidad que tiene la autoridad disciplinaria de motivar las providencias que se profieran en la actuación, obligación que se consagró en el artículo 19 del C.G.D.¹⁸ al exigir que «Toda decisión de fondo deberá motivarse»; disposición que se desarrolló en el artículo 117 al mencionar que las decisiones interlocutorias, los fallos de primera y segunda instancia y de doble conformidad deben ser motivados, siendo del caso precisar que tales decisiones se denominan actos administrativos disciplinarios¹⁹.

Con relación al principio de motivación de las decisiones, la máxima instancia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo ha referido:

16 Artículo 1 de la C.P.

17 Artículo 29 de la C.P.

18 En adelante CGD.

19 Consultar la sentencia C-030 de 2023.

Ahora, con respecto a la motivación de las providencias debemos precisar que se trata de un deber que tienen todas las autoridades de expresar las razones que conducen a la toma de una determinada decisión o a la expedición de un acto, en efecto, la motivación de las decisiones judiciales y administrativas se proyecta como una manifestación y garantía del derecho fundamental al debido proceso que prevé el artículo 29 constitucional.²⁰

De tal forma, la autoridad, al expedir una decisión de las previstas en el artículo 117 del C.G.D., debe consignar las razones de hecho y de derecho en que se fundó para adoptar la determinación. El Consejo de Estado, sobre la motivación del acto administrativo, precisó que “implica que la manifestación de la administración tiene una causa que la justifica y debe obedecer a criterios de legalidad, certeza de los hechos, debida calificación jurídica y apreciación razonable”.²¹

En efecto, los argumentos consignados en las decisiones disciplinarias deben ser precisos²² y suficientes²³ para que los sujetos procesales tengan claridad de los motivos que justifiquen la providencia y puedan, en ejercicio del derecho a la defensa, refutar la *ratio decidendi*²⁴, haciendo uso de los recursos previstos en el C.G.D., en las oportunidades procesales, y ante la

20 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”. (25 de enero de 2018) Radicación número: 0001-23-33-000-2013-00277-01(1498-15). CP. William Hernández Gómez.

21 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. (26 de julio de 2017), Radicación número: 11001-03-27-000-2018 00006-00 (22326). CP. Camilo Alberto Riaño Abaunza.

22 Creemos que la precisión se relaciona con la utilización de la norma adecuada para resolver el asunto en cuestión conforme a los hechos y a las pruebas que se valoran.

23 Consideramos que la suficiencia significa que la motivación del acto es razón lógica y jurídica de lo que se resuelve en la providencia.

24 Conforme con la Corte Constitucional en la sentencia T-292 de 2006 se entiende por *ratio decidendi* aquellas razones de la parte motiva de la sentencia que constituyen la regla determinante del sentido de la decisión y de su contenido específico.

jurisdicción durante el trámite del recurso de revisión²⁵ o del medio de control que corresponda.

Conforme con lo anterior, resulta inocultable la relación que guarda la motivación de las providencias con el principio de publicidad, por cuanto la autoridad disciplinaria está en la obligación de dar a conocer las premisas y las conclusiones a las que llega para resolver el problema jurídico que ha sido puesto a su consideración. Expuesto de otra forma, la decisión, en su parte considerativa, debe tener correspondencia entre la norma que la sustenta (premisa mayor), los hechos del proceso (premisa menor) y la conclusión a la que se llega, todo lo anterior acompasado con las pruebas que legalmente se hubieren adjuntado al proceso.

Al respecto, la Corte Constitucional, al recordar la importancia de motivar los actos administrativos disciplinarios, precisó:

El principio de motivación, por su parte, se establece para que toda decisión de fondo sea motivada (art. 19, CDU). Se trata de una demanda mínima de racionalidad, en la cual se garantice que el fundamento de las decisiones disciplinarias no sean producto del mero capricho o la pura voluntad del funcionario encargado. La razón y el respeto por los principios involucrados en el caso, en la medida que sea posible, son los criterios con que se cuenta para producir una decisión razonable. Es la publicidad de tales razones, además, lo que permitirá a las personas controvertir las decisiones que se hayan tomado en su contra o que, a su juicio, los afecten.²⁶

25 En las condiciones señaladas en la sentencia C-030 de 2023.

26 Corte Constitucional. Sentencia de 5 de mayo de 2011. MG. María Victoria Calle Correa. Expediente T – 2903079 – Acción de Tutela interpuesta por el Ex Magistrado César Julio Valencia Copete en contra de la Procuraduría General de la Nación.

En virtud de lo anterior, la autoridad, al proferir sus decisiones, debe cumplir con la carga de argumentar el proveído analizando todas las cuestiones jurídicas, fácticas y las pruebas que sean del caso, para respetar el debido proceso, el derecho a la defensa y otorgar solidez al acto administrativo disciplinario.

Todo lo anterior permite colegir que **(i)** el principio consignado en el artículo 19 del C.G.D. y desarrollado en su artículo 117 impone a la autoridad la obligación de indicar en las providencias las razones jurídicas y fácticas que llevan al convencimiento para emitir la decisión en un determinado sentido; **(ii)** es una garantía que permite el derecho de contradicción y concreta el debido proceso, pues es una forma-exigencia propia en el trámite de la actuación y, **(iii)** es un requisito para la validez del acto administrativo disciplinario.

6

¿ES POSIBLE APLICAR EL ENFOQUE DE GÉNERO EN EL DERECHO PROBATORIO DISCIPLINARIO?

El enfoque de género es una «herramienta de interpretación que toma en consideración las relaciones de poder gestadas a partir del género o sexo y, en especial, las desigualdades que tales asignaciones propician o crean en la sociedad, con el fin de mitigarlas, neutralizarlas o compensarlas»²⁷. En la actualidad, se ha identificado una variedad de factores de discriminación, como la raza, la etnia, la clase, el origen nacional, la lengua y el género o sexo, entre muchos otros.

Esa variedad de factores en muchas ocasiones debe ser objeto de una actuación disciplinaria, pues puede suceder que lo que se investigue sea una conducta de discriminación que se encuadre en el incumplimiento del deber funcional. En otras ocasiones, es

27 María Luisa Rodríguez Peñaranda. Debido Proceso con enfoque de género. Puede consultarse en Problemática Jurídica posdoctoral. Debates iusfilosóficos, iusteóricos y iusdogmáticos. Omar Huertas Díaz & Oscar Mejía Quintana. Editores. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá (Colombia). 2020. Pág. 247.

necesario comprender de forma mucho más minuciosa por qué una persona en condición de vulnerabilidad actuó de determinada manera. Incluso, para las cuestiones procesales y de trámite de la actuación, es importante considerar a aquellos sujetos que participan en esa actuación y que puedan verse afectados por alguna decisión que implique discriminación o al menos una consideración diferencial conforme a una determinada situación.

De esa manera, el enfoque de género no debe ser considerado como una sola herramienta propia del derecho sustancial, sino que esta es transversal a todos los aspectos jurídicos, entre ellos, los que corresponden a las cuestiones adjetivas o procesales. Por tanto, el enfoque de género no solo es posible aplicarlo al derecho probatorio disciplinario, sino que ello debe ser una obligación constitucional cuando se advierta que dentro del objeto de los hechos disciplinariamente relevantes se encuentren situaciones que podrían considerarse como conductas que afectan a una mujer, por su condición, o a otras personas que pertenecen a poblaciones que tengan una calidad de vulnerabilidad, como sucede con los miembros de las comunidades *LGTBIQ+*.

En el proceso disciplinario, cualquier autoridad debe advertir tres aspectos fundamentales: el decreto de pruebas, su práctica y su valoración. En cada uno de estos momentos es necesario aplicar el enfoque de género cuando corresponda hacerlo, para lo cual deben observarse unas mínimas pautas en procura de salvaguardar el derecho fundamental de la igualdad.

La autoridad disciplinaria debe tener en cuenta que en el proceso disciplinario es relevante establecer si existe o no una relación desequilibrada de poder, por lo cual es necesario tener en claro quién tomó las decisiones, quién tuvo el control y el poder; quién fue sometido por cuenta del control del dinero, de la movilidad, de la comunicación, de la sexualidad, de la autodeterminación (maestro vs estudiante; jefe vs. empleado; mujer-trans vs. em-

pleador; policía vs. ciudadano; adulto/a vs. niño/a; marido vs. esposa; pastor de iglesia vs. feligrés)²⁸.

Por su parte, es importante que se evalúe con mucha rigurosidad el eventual daño causado, pues es habitual que estos comportamientos lleven aparejados la afectación a la integridad personal, la vida privada, la honra, la vida, la libertad e integridad sexual, el buen nombre, la familia y la unidad de familia, entre muchos otros aspectos²⁹.

Frente a lo anterior, es oportuno recordar que por regla general el ilícito disciplinario no requiere de la demostración de un daño o resultado lesivo. Empero, si el ilícito está asociado a conductas graves de indisciplina que lleven consigo estos resultados indeseados, es claro que desde el punto de vista probatorio se deben acreditar estas consecuencias de la conducta, pues ello tendrá incidencia en los respectivos juicios de adecuación típica.

En muchos casos, los asuntos de enfoque de género en el derecho disciplinario pasan por el aspecto probatorio, cuestión imprescindible en la actuación disciplinaria. Como lo expone el autor Jordi Nieva Fenoll³⁰, la valoración de la prueba es una actividad (jurisdiccional, anota el autor) muy relevante y extraordinariamente compleja, en la que se puede ser muy fácilmente víctima de la superficialidad de una labor judicial mal llevada a cabo. Si bien no es una parte esencial del proceso, porque a veces la discusión es acerca de la interpretación del derecho, sí resulta significativa en cuanto es un importante episodio del juicio (jurisdiccional) en su conjunto³¹.

28 Criterios orientadores con enfoque de género para el cumplimiento de funciones misionales en la Procuraduría General de la Nación. Herramienta metodológica de reflexión en clave de derechos humanos. Instituto de Estudios del Ministerio Público. Procuraduría General de la Nación. 2024. p. 25.

29 Ibidem.

30 Jordi Nieva Fenoll. La valoración de la prueba. Marcial Pons. 2010. p. 19.

31 Ibidem.

Así las cosas, es necesario siempre dirigir la mirada a esta gran herramienta denominada enfoque de género cuando estemos frente a hechos disciplinariamente relevantes o conductas que puedan significar tratos discriminatorios u otras afectaciones a personas como las mujeres o miembros de grupos que históricamente han sido objeto de todo tipo de discriminaciones o afectaciones.

La jurisprudencia de las altas cortes, en especial de la Corte Constitucional, ha sido muy enfática en que el enfoque de género ha de estar presente en el proceso disciplinario. Cada vez es más recurrente ver que se anulan decisiones de carácter disciplinario por el hecho de no haberse aplicado el enfoque de género para determinadas conductas.

7

¿CUÁLES SON LAS PAUTAS MÍNIMAS QUE SE DEBEN OBSERVAR AL MOMENTO DE DECRETARSE UNA PRUEBA QUE ESTÉ RELACIONADA CON HECHOS DISCIPLINARIAMENTE RELEVANTES A LOS QUE DEBA APLICARSE UN ENFOQUE DE GÉNERO?

Como el enfoque de género es una «herramienta de interpretación» que busca proteger el derecho fundamental de la igualdad, lo primero que debe tener presente la autoridad disciplinaria es que debe asumir una actitud proactiva, decisiva y, si se quiere, ingeniosa, con el fin de que los tradicionales principios de conducencia, pertinencia y utilidad probatoria se apliquen de forma óptima.

Así, por ejemplo, si la queja disciplinaria y más concretamente los hechos disciplinariamente relevantes consisten en presuntas irregularidades por un posible acoso sexual entre un jefe y un subordinado³², la autoridad disciplinaria no debe decretar, aunque ello sea conducente, e incluso pertinente, la declaración

32 Para quien escribe estas líneas, en los conceptos jefe o subordinado deben estar entendidas todas las categorías biológicas o culturales. Por tanto, el utilizar esta sola posibilidad, desde el punto de vista del género gramatical, se explica con el fin de no hacer un indebido y desgastante desdoblamiento del uso del lenguaje.

de todos los compañeros de trabajo. En un escenario como esos, lo más aconsejable es intentar primero la declaración de aquella persona que ha sido posiblemente afectada con esa conducta de acoso sexual y solo, como prueba sobreviniente, decretar con posterioridad las declaraciones de aquellas personas que les pueda constar ciertos hechos o que incluso puedan hacer aquellas corroboraciones periféricas acerca de lo que el testigo víctima ha declarado³³.

Ahora bien, respecto de esa persona posiblemente afectada, es necesario ilustrar aquí dos recomendaciones que la Procuraduría General de la Nación ha hecho respecto del manejo probatorio en la prueba testimonial cuando deba observarse el enfoque de género³⁴:

Recomendación de protección al declarante	Recomendación de no revictimización
Las víctimas podrán declarar con protección a su intimidad, dignidad y seguridad	La víctima no será revictimizada o descalificada en sus intervenciones

En principio, pareciera que estas dos recomendaciones fueran en cierto sentido excluyentes. Ello por cuanto la recomendación de la columna de la izquierda indicaría que sí es procedente la declaración de la víctima del posible acoso sexual en el ejemplo citado, pero, al revisarse la otra recomendación (columna de la derecha), pareciera que no es procedente esa declaración para que la persona afectada no sea revictimizada.

33 Sobre las corroboraciones periféricas, ver el Tomo I de esta publicación, relacionado la apreciación integral y las reglas de la sana crítica.

34 Criterios orientadores con enfoque de género para el cumplimiento de funciones misionales en la Procuraduría General de la Nación. Herramienta metodológica de reflexión en clave de derechos humanos. Instituto de Estudios del Ministerio Público. Procuraduría General de la Nación. 2024. p. 24.

Sin embargo, una revisión en su conjunto debe arrojar como conclusión que ambas orientaciones están dirigidas a que la prueba se decrete en unas condiciones óptimas y que, si se llegare a presentar un escenario de revictimización, las posibilidades están desde adoptar ciertas medidas, e incluso, el de no practicar o continuar con esa prueba testimonial. Veamos.

El primer escenario que debe analizarse son las condiciones en que se va a practicar esa prueba. Por ejemplo, ¿es acorde hacerla de manera presencial o es mejor acudir a las herramientas tecnológicas para no tener un contacto físico e incluso solo acudir al audio? Con esta sola posibilidad ya se está logrando cumplir, en la mayor medida de lo posible, la intimidad, dignidad y seguridad y, al mismo tiempo, lograr su recaudo.

Un segundo escenario puede tener lugar con el decreto de una prueba que por diversas razones solo puede llevarse a cabo de forma presencial. Pues bien, es válido que el funcionario instructor planee esa diligencia en un sitio aislado de terceros, con unas condiciones de distancia prudencial e, incluso, que permita la presencia de una unidad policial o de un tercero como otra autoridad o un colaborador de la vigilancia y seguridad privada, sin dejar de lado que la diligencia tiene carácter reservado.

No obstante, el que tenga ese carácter no quiere decir que algunas personas no puedan presenciar ese relato, como las autoridades, secretarios, abogados, dependientes judiciales, entre otros. Por ello, en un escenario tenso y excepcional la autoridad disciplinaria no debe descartar el apoyo (traducido en presencia física y prudencial) de un externo, con el fin de garantizar el buen trámite de esa diligencia. Allí bastará advertirle a este tercero la razón de su presencia y que debe mantener en reserva lo que allí advierta o presencie.

Un tercer escenario está relacionado con la forma en que se decreta dicho testimonio, que puede incluso estar condicionado a la disponibilidad física, emocional o psicológica de la persona eventualmente afectada. Desde el decreto mismo de la prueba se puede anunciar este condicionamiento y delimitarse dicho objeto con el fin de preservar de mejor manera los derechos de esta persona. De hecho, como fórmula intermedia, es posible considerar que las eventuales preguntas para contrainterrogar se hagan por escrito o incluso acordar y condicionar que quien no esté de forma presencial y sí virtual sea el disciplinable o su abogado defensor.

Un cuarto escenario puede suceder en que se decreta la prueba, pero que a último momento la posible víctima no esté en condiciones para asistir o decida no hacerlo. En un escenario como esos, lejos de dejar constancias ordinarias o de las consecuencias jurídicas de no cumplir ese deber (mucho menos pensar en una conducción), lo que debe hacer la autoridad disciplinaria es proponer o examinar las alternativas que puede tener a su alcance para modificar las condiciones en que fue decretada esa prueba. Operaría así una modificación de las condiciones de tiempo, modo y lugar en que fue decretada, teniendo la autoridad disciplinaria la capacidad de decisión para hacerle saber a los presentes la forma en que se puede practicar con posterioridad.

El quinto y último escenario puede estar en la consideración de no practicarse, pese a que hubiese sido decretada. Para ello, existen otras alternativas, como por ejemplo, decretar la evaluación técnica científica y psicológica a la persona afectada. Esta prueba, que puede ser decretada y solicitada a la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación u otras entidades públicas, consiste en que un profesional de psicología realice una valoración de la posible víctima. Allí se aplica una metodología, se realizan una serie de pasos y se estructuran unas conclusiones que pueden servir, no solo para la respectiva valoración, sino para decidir qué pruebas se deben practicar en la actuación disciplinaria.

8

¿CÓMO DEBE PRACTICARSE UNA PRUEBA TESTIMONIAL CON ENFOQUE DE GÉNERO?

Decretada la prueba testimonial —para seguir con el ejemplo ofrecido en el numeral anterior—, la autoridad disciplinaria debe observar unas pautas mínimas no solo de forma, como las referidas al sitio, los medios, los asistentes y eventuales condicionamientos. En efecto, el interrogador y servidor público encargado de esta prueba debe tener en cuenta, para el fondo del asunto, el enfoque de género.

En tal modo, las principales recomendaciones para una diligencia como esta, además de las fijadas en precedencia y que atienden a las formas, son las siguientes:

El principio de la dignidad no sería comprensible si el necesario proceso de socialización del individuo se entendiera como una forma de masificación y homogenización integral de su conducta, reductora de toda traza de originalidad y peculiaridad. Si la persona es en sí misma un fin, la búsqueda y el logro incansables

de su destino conforman su razón de ser y ellas por fuerza acompañan, en cada instante, una inextirpable singularidad de la que se nutre el yo social, la cual expresa un interés y una necesidad radicales del sujeto que no pueden quedar desprotegidas por el derecho a riesgo de convertirlo en cosa³⁵.

- Los antecedentes personales y sexuales de la posible víctima son pruebas impertinentes. La autoridad disciplinaria debe abstenerse, so pretexto de acreditar un contexto, preguntar por el pasado, por las preferencias sexuales y otros asuntos que escapen al objeto de los hechos disciplinariamente relevantes que se investigan.
- No se pueden admitir conjeturas negativas por el tiempo transcurrido entre el hecho acaecido y la queja interpuesta. Este es un aspecto muy delicado. Una cosa es preguntar las razones por las cuales la queja se interpuso pasado un tiempo determinado de haber tenido lugar la conducta —lo que de por sí ya es riesgoso—³⁶ y otra cosa es hacer conjeturas negativas explícitas o incluso implícitas. Por ejemplo, evite preguntas con una estructura como la siguiente: «¿No le parece que ha pasado demasiado tiempo...?»; ¿Es razonable que

35 Sentencia T-090 de 1996 de la Corte Constitucional.

36 Por ejemplo, podría ser válido, pero no tan necesario, hacer una pregunta como la siguiente: ¿Existe alguna razón por la cual usted interpuso la queja después de seis meses (o un año) de ocurrida la conducta? Es una pregunta riesgosa, sin duda. Pero qué tal que la respuesta sea una como la siguiente: «porque fui víctima de amenazas»; «fui objeto de un soborno»; «me dijeron que si denunciaba podría correr peligro los miembros de mi familia», entre muchas otras. Claro, el tema es tan complejo y delicado que hay que pensar muy bien si es realmente necesario esta pregunta. Por supuesto, un criterio orientador puede ser que entre más pase el tiempo, mayor la necesidad de preguntar por ello, pero sin que se hagan conjeturas de forma negativa. Por el contrario, valdría la pena considerar una conjetura positiva. Por ejemplo: «ha pasado algún tiempo desde la ocurrencia de los hechos y la interposición de la queja. Por tanto, ¿usted ha sido víctima de amenazas, ofrecimientos u otra situación que le haya impedido acudir a las autoridades?». No existe la última palabra y ni el manual exacto, pero es obvio que lo que debe mediar es racionalidad y razonabilidad, entre muchos otros aspectos.

usted hasta ahora interponga la queja...?»; ¿Qué razones explican la *mora* en la queja...?».

- En cuanto a las conjeturas implícitas negativas, puede haber otro tipo de actitudes que pueden afectar los derechos de la persona eventualmente afectada, como el tono, el volumen, la utilización de muletillas o la expresión verbal con la que se hace la pregunta. La mejor recomendación es no hacer esa pregunta, evitar ese tipo de acciones y más bien que de las respuestas se obtenga la explicación que de forma objetiva y posterior deba valorarse.
- El enfoque de género debe ejercerse en el ejercicio de las preguntas y las respectivas respuestas. La autoridad disciplinaria no solo debe ser cuidadosa en la forma como interroga, sino en la forma como hacen las preguntas los otros sujetos procesales. Debe evaluarse y analizarse la forma en que fue elaborada la pregunta. Debe mirarse a la posible víctima en todo momento y asentir con ella si la pregunta fue comprendida y si puede responderla. Se debe considerar la posibilidad de pedirle al sujeto procesal que recomponga, acorte o precise la pregunta, e incluso se puede pensar en que la formule la autoridad, de un modo acorde con la personalidad, dignidad y situación del posible afectado.
- En cuanto a las respuestas, la autoridad disciplinaria debe examinar si la pregunta ya fue respondida. Además, debe conminar a los sujetos procesales para que no insistan de forma inadecuada en una respuesta que ya se dio o que pretendan que se responda algún punto impertinente o que de forma evidente pueda significar revictimizar a la persona posiblemente afectada.
- La autoridad disciplinaria, por regla general, tiene siempre la dirección y manejo de la práctica de la prueba testimonial.

De esa manera, estas atribuciones de corrección e instrucción están reforzadas gracias al enfoque de género. No hay lugar a la duda para acudir a ellas cuando sea necesario proteger a la persona posiblemente afectada, con el fin de pausar, redireccionar o tomar el testimonio. Incluso, es posible pedir a los sujetos procesales medida, ponderación y precisión en la forma y contenido de cada una de las preguntas.

- En todo momento, la autoridad disciplinaria debe privilegiar el estado emocional de la posible víctima. Siempre se debe tener un trato cortés, adecuado y privilegiado para la posible víctima. Los servidores públicos deben cerciorarse antes, durante y finalizada la diligencia que el testigo es una persona que puede estar considerablemente afectada. La agilidad, ponderación y razonabilidad deben estar presentes. Al comienzo de la diligencia, para explicar cómo se va a desarrollar; durante el trámite de esta para evitar cualquier perturbación, afectación o revictimización; al finalizar para hacer todo lo posible del trato privilegiado para la posible víctima. El aspecto más sencillo debe ser de mayor cuidado, como por ejemplo aquel instante en que se recogen las firmas, el momento y el sitio por los cuales los asistentes abandonan las instalaciones o las preguntas por la situación, temores o represalias que puede expresar una persona afectada por una situación de estas. Siempre se debe privilegiar a la persona posiblemente afectada, lo cual no solo ocurre en el trámite de la diligencia, sino en momentos anteriores y posteriores del respectivo testimonio.
- La autoridad disciplinaria debe recordar que en todo momento estará presente el enfoque de género. No se trata de un trato discriminatorio con los otros sujetos procesales, pero sí se debe tener en cuenta el trato especial y privilegiado que tiene la persona presuntamente afectada, para lo cual es necesario comprender que los poderes de instrucción y corrección están reforzados en virtud de un necesario enfoque diferencial.

9

¿EL ENFOQUE DE GÉNERO TAMBIÉN ES PROCEDENTE AL MOMENTO EN QUE SE PRODUCE LA VALORACIÓN PROBATORIA EN LA ACTUACIÓN DISCIPLINARIA?

La valoración probatoria comprende por lo menos dos momentos diferentes. Por un lado, el análisis individual de cada medio de prueba. Por el otro, el análisis en conjunto de los medios de prueba. En ambos, es necesario aplicar el enfoque de género cuando ello sea procedente.

Así las cosas, en lo que corresponde con la valoración individual de un medio probatorio como el testimonio, es necesario recordar que existen unos criterios como la coherencia del relato, su contextualización, la corroboración periférica y la existencia de detalles oportunistas³⁷. El enfoque de género no excluye estos criterios, pero deben agregarse otros como la investigación en contexto, el evitar los estereotipos o prejuicios, tener presente la variedad de perspectivas y, en últimas, que el enfoque de género trascienda de lo simplemente conceptual o normativo.

37 Sobre estos criterios, ver el Tomo I de esta publicación.

De ese modo, la investigación en contexto, o también conocido como el método del posicionamiento³⁸, corresponde a un concepto de verdad no arbitrario basado en la experiencia³⁹. Con este método se busca evitar las interpretaciones universalistas y apartadas de la realidad, que, bajo el manto de neutralidad del derecho, ocultan las relaciones de opresión basadas en el género en circunstancias concretas⁴⁰. Para ello pueden aplicarse unos métodos más concretos como la pregunta por la mujer⁴¹, el razonamiento práctico feminista⁴² y el aumento de la conciencia⁴³.

La pregunta por la mujer debe ser neutral y objetiva, para lo cual es necesario observar las circunstancias en que esta se encontraba en una situación determinada. La pregunta por la mujer significa comprender su rol en específico y no que las preguntas arrojen como respuesta una discriminación. Allí es necesario evitar ciertos estereotipos. Ante la pregunta «¿por qué iba vestida de esa manera?, fácil es advertir ya un prejuicio. La investigación en contexto y la pregunta por la mujer deben llevar a la conclusión de que no es trascendente la forma como vestía, sino a que a esta se le debía respeto y consideración.

El razonamiento práctico feminista no es asumir una perspectiva generalizada, sino comprender los intereses, sus valores, sus miedos e ideales, entre muchos otros. El interrogante acerca de

38 María Luisa Rodríguez Peñaranda. Debido Proceso con enfoque de género. Ob, cit. Pág. 271.

39 Ibidem. p. 272.

40 Ibidem.

41 Con esta pregunta, como punto de partida, se pretende que no se alberguen conceptos, ideas y concepciones discriminatorias contra la mujer. Ibidem.

42 Con este punto se pretende expandir las nociones abstractas de relevancia legal y universal para incluir otras inexploradas por la doctrina legal. Ibidem.

43 Lo experimentado como un daño individualmente sufrido pasa a ser, mediante la narrativa compartida, una experiencia colectiva de opresión que puede ser nombrada, interpretada y enjuiciada. Ibidem. En dicho texto, se pone como ejemplos paradigmáticos las experiencias relacionadas con la violación marital, la pornografía, el acoso sexual, los ataques en la calle y otras formas de opresión y exclusión.

¿por qué no reaccionó de forma física ante un tocamiento o una agresión?, lleva implícito un prejuicio que puede derivar en una incorrecta valoración probatoria. Existen casos en que, ante una similar conducta, las reacciones son diferentes, las cuales van desde reacciones físicas, salir en huida, dar una coartada o una explicación no cierta o, incluso, quedarse la persona víctima petrificada o exenta de daño ante un determinado comportamiento.

Por su parte, el aumento de la conciencia hace que la valoración acerca de conductas indebidas como la violación marital, la pornografía, el acoso sexual, los ataques en la calle y otras formas de opresión y exclusión sean comprendidos de forma diferente. Lo que antes podía ser considerado como algo normal, desde el punto de vista individual, hoy es algo que, a la luz de la experiencia colectiva, es una real afectación a la mujer. Piénsese en aquel sujeto que, además de ser hombre, ostenta cierto dominio, jerarquía o poder por pertenecer a la Fuerza Pública. En tal modo, no es posible que un superior trate de forma desproporcionada a sus subalternas o compañeras anteponiendo una disciplina castrense frente a evidentes tratos discriminatorios.

Por su parte, algo similar ocurre con los abusos de poder de los docentes a sus alumnos. El aumento de conciencia contribuye a una correcta valoración para no tolerar, como podría ocurrir en el pasado, algunas conductas que se traducen en formas de discriminación, por razones de raza, género o religión. La superioridad o si se quiere el prejuicio de la autoridad que se ejerce hace ceder frente al respeto y reconocimiento de la dignidad que cada sujeto debe tener en cualquier relación u organización.

Por su parte, en lo que corresponde a la valoración en conjunto de las pruebas, debe tenerse en cuenta la variedad de las perspectivas o que el enfoque de género trascienda de lo conceptual o normativo. Frente a lo primero, es recomendable no caer en la trampa del falso dilema, como, por ejemplo, de si

hubo violación o no, o si se trató de un acoso sexual o no. Allí, la variedad de las perspectivas debe abrir paso a otras posibles conductas de afectación, de irrespeto, de coacción o de violencia, entre muchas otras. La dignidad de cualquier sujeto puede verse afectada en cualquiera de las facetas y componentes que le pertenecen a la personalidad.

Por último, el enfoque de género debe trascender a lo que ocurre en la realidad, pues en virtud de la conciencia y de la experiencia se presentan conductas de difícil comprobación, pero que, en virtud de las relaciones de poder generan enormes daños. Allí, entonces, la respuesta, para un adecuado enfoque de género, puede ser el concepto de verdad no arbitrario basado en la experiencia, que, para ser muy gráficos, podría ubicarse un eslabón antes de aquel estándar probatorio de certeza o más allá de toda duda razonable⁴⁴.

44 Con ello no se quiere significar que con el enfoque de género se modifique el estándar de garantía para cualquier disciplinable. Sin embargo, es obvio que en últimas el principio de duda razonable deber ser visto de manera diferente, cuando deba aplicarse el enfoque de género.

10

¿CÓMO PROBAR UN ACOSO SEXUAL O, EN GENERAL, AQUELLAS CONDUCTAS QUE, POR SU NATURALEZA, SUELEN PERPETRARSE EN AMBIENTES DE INTIMIDAD?

En materia de acoso sexual se presentan dificultades probatorias, toda vez que este tipo de comportamientos suelen suceder en la clandestinidad, cuando el autor se ha asegurado o ha desplegado acciones para que no quede evidencia de su actuar cuestionable, verbigracia, que no haya testigos. La Corte Constitucional, en la sentencia T-210 de 2023, sobre el particular, consideró:

161. Los casos de acoso, violencia y discriminación, presentan dificultades y límites probatorios, entre los cuales la jurisprudencia constitucional ha reconocido “(i) las condiciones en que se produce la violencia sexual (intimidad, clandestinidad, ausencia de testigos, entre otras); (ii) la tensión entre la necesidad de las pruebas periciales y la intimidad física y psicológica del agredido; (iii) la vergüenza y el temor que pueden sentir las víctimas antes y después de la denuncia y/o la

reclamación; (iv) las actuaciones de los entes investigativos y judiciales frente a las víctimas de este tipo de violencia, muchas veces permeada por estereotipos discriminatorios [...]”⁴⁵.

162. A partir de estas dificultades y límites probatorios, la jurisprudencia constitucional ha propuesto diferentes lineamientos en procura de orientar el recaudo y la valoración probatoria ante el acoso, la violencia y la discriminación. Así, por ejemplo, se ha considerado que cuando la víctima está en condición de subordinación o indefensión, resulta posible acudir a la regla de la carga dinámica de la prueba⁴⁶ o, según sea el caso, invertirla, conservando el pleno respeto del debido proceso: “se trata de una redistribución de las cargas procesales que no hace nugatorio el derecho de defensa de quien debe desvirtuar el hecho o la consecuencia deducida”⁴⁷.

45 Sentencias T-126 de 2018 y T-698 de 2016. En esta última providencia, la Corte precisó que “los casos de violencia sexual traen implícitas dificultades y límites probatorios, que al no ser tenidos en cuenta por las normas procesales ni por los operadores judiciales, rompen la neutralidad a la que debe aspirar el derecho como sistema, y redundan en la desprotección de los derechos fundamentales de las víctimas [...]” (Sentencia T-698 de 2016).

46 Por ejemplo, en la Sentencia T-293 de 2017 se señala: “es necesario que sea la parte privilegiada y fuerte de la relación, por su fácil acceso a los materiales probatorios en cuestión, quien debe asumir dicha carga procesal”.

47 Sentencia C-780 de 2007. Entre los casos en los cuales se ha modificado la carga de la prueba, cabe mencionar los siguientes: “esta corporación ha señalado que una vez probada la existencia de un trato desigual para iguales o un trato igual para desiguales, ‘la carga probatoria se invierte, pues ahora corresponde probar la razonabilidad y proporcionalidad del trato a quien lo otorga’. || También ha sostenido que en los casos en los cuales una persona se encuentra en posición de debilidad o de subordinación frente a otra persona o autoridad, de quien se cuestiona la vulneración de un derecho, es preciso distribuir la carga de la prueba a favor de la parte menos fuerte de la relación, como por ejemplo en el ámbito laboral. Lo propio ha señalado la Corte en casos en los que alega la existencia de tratos crueles, inhumanos o degradantes por parte de superiores jerárquicos en el ámbito castrense. En palabras de la Corte: || ‘La regla general en materia de pruebas en los procesos de tutela consiste en que quien alega la vulneración de un determinado derecho fundamental debe probar los hechos que sustentan su acusación en la medida en que ello le sea posible; por tal razón, en cierto tipo de casos, en los cuales quien alega la violación de su derecho se encuentra en posición de debilidad o subordinación frente a la persona o autoridad de quien proviene la violación, se ha dado un alcance distinto a dicho deber probatorio, distribuyendo la carga de la prueba en favor de la parte menos fuerte en la relación, de forma tal que ésta únicamente se vea obligada

En ese contexto, el postulado ordinario del derecho procesal “onus probandi”, conforme con el cual “quien alega debe probar”, se complementa⁴⁸, en algunos casos, con el postulado “quien puede debe probar”⁴⁹.

163. Además, en tales casos, la jurisprudencia ha considerado necesario asumir una perspectiva de género en el recaudo y la valoración probatoria. Esta exige comprender la dificultad de conseguir evidencias para demostrar el acoso, la violencia y la discriminación derivadas, como una causa que impide a las víctimas denunciar, y puede conducir las a guardar

a demostrar –con pruebas adicionales a su declaración consistente y de buena fe– aquellos hechos que esté en la posibilidad material de probar, correspondiéndole a la otra parte la prueba de las circunstancias que alegue en su favor para desvirtuar lo alegado en su contra. Así ha sucedido, por ejemplo, en múltiples casos relacionados con discriminación en el ámbito laboral. La justificación de esta distribución de la carga de la prueba radica en la dificultad con la que cuenta la parte débil de una determinada relación para acceder a los documentos y demás materiales probatorios necesarios para acreditar que cierta situación le es desfavorable y constituye un desconocimiento de sus derechos; es de elemental justicia que sea la parte privilegiada y fuerte, por su fácil acceso a los materiales probatorios en cuestión, quien deba asumir dicha carga procesal. Por eso, en materia de tutela, la regla no es ‘el que alega prueba’, sino ‘el que puede probar debe probar’, lo cual redistribuye la carga probatoria en beneficio de la protección de los derechos. || Para la Sala, esta misma regla probatoria debe ser aplicada en los casos de las personas que prestan servicio militar y que alegan la existencia de una determinada vulneración de sus derechos fundamentales por parte de sus superiores, en particular cuando se trata de afirmaciones relativas a tratos crueles, inhumanos o degradantes. La situación de subordinación de estos individuos frente a un aparato militar estructurado en forma jerárquica hace virtualmente imposible para la persona que presta servicio militar obligatorio acceder a los materiales probatorios pertinentes”. Sentencia C-086 de 2016.

48 Sentencia C-086 de 2016.

49 El traslado de la carga probatoria obedece a “factores razonables, bien por tratarse de una necesidad lógica o por expresa voluntad del legislador, para agilizar o hacer más efectivo el trámite de los procesos o la protección de los derechos subjetivos de la persona”. En esa línea, existen, al menos, tres casos tradicionales en los que aplica la variación en la carga de la prueba: (i) las afirmaciones o negaciones indefinidas, que contemplan “hechos que por su carácter indeterminado de tiempo, modo o lugar hacen lógica y ontológicamente imposible su demostración para quien los alega”; (ii) las presunciones legales o de derecho donde “a la persona el sujeto procesal favorecido con la presunción solo le basta demostrar el hecho conocido que hace creíble el hecho principal y desconocido, de cuya prueba está exento”; (iii) los hechos notorios, que surgen a partir del reconocimiento “directo de un acontecimiento por cualquiera que se halle en capacidad de observarlo debido a su amplia difusión”. Sentencia C-070 de 1993, reiterada en C-086 de 2016.

silencio por el temor de que sea infructuoso confrontar a su agresor y por la condición de vulnerabilidad a la que quedan expuestas⁵⁰. También exige, además de evitar la revictimización de la mujer, “desplegar toda actividad investigativa en aras de garantizar los derechos en disputa y [su] dignidad”, de ahí que se deba ejercer “una actividad oficiosa amplia”⁵¹, en el entendido de que, ante la advertencia, la queja o la denuncia de prácticas y comportamientos de acoso, violencia y discriminación, quien esté a cargo de la investigación no puede limitarse a lo que logre probar la víctima. En estos casos, el responsable u órgano competente de adelantar el proceso correspondiente debe ejercer un rol activo para constatar o desvirtuar los alegatos y, en todo caso, valorar adecuadamente “los indicios sobre las pruebas directas, cuando estas últimas resulten insuficientes”⁵².

En casos de acoso y especialmente de acoso sexual, con independencia del proceso que se despliegue, disciplinario y/o penal, las víctimas que denuncian sufren no solo el ilícito, sino la confrontación con el “proceso” que exige su participación activa en entrevistas, interrogatorios, exámenes médicos y psicológicos y continuas declaraciones acerca de los hechos que dieron lugar a la denuncia⁵³. Por consiguiente, en el recaudo probatorio se deben adoptar medidas para minimizar su sufrimiento. En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha considerado que son dos los parámetros fundamentales que deben guiar el recaudo y la

50 Especialmente, la violencia psicológica tiene una dificultad de sustento elevada, no solo por lo complejo que resulta recolectar elementos de prueba, sino por la tolerancia social de ese comportamiento contra las mujeres, que puede hacer desechar el material probatorio allegado porque se minimiza la gravedad de la lesión que demuestran las pruebas. Cfr., al respecto, la Sentencia T-338 de 2018.

51 Sentencia T-145 de 2017.

52 Sentencia T-878 de 2014, reiterada en la Sentencia SU-201 de 2021.

53 Cfr., al respecto la Sentencia T-126 de 2018.

valoración probatoria cuando el acoso que se investiga es de índole sexual. De conformidad con el primero, “las técnicas de investigación deben minimizar las intromisiones a la intimidad de la víctima y buscar estrategias más eficaces para probar los hechos”⁵⁴. De conformidad con el segundo, debe reconocerse que en la investigación no siempre se encuentra “aquella prueba irrefutable que demuestra la conducta, sino que debe partir de hipótesis sustentadas en los criterios de razonabilidad y establecer el grado de probabilidad de las mismas”⁵⁵. Con ese fin, el funcionario o ente investigador “puede recurrir a varios medios de prueba que le permitan construir cada una de las hipótesis y determinar su grado de veracidad”⁵⁶.

De lo dicho por la Corte, se resalta que por las condiciones en que se produce el acoso sexual, en los escenarios de intimidad, clandestinidad y ausencia de testigos, no siempre se encontrará la prueba irrefutable que demuestre la conducta, sino que debe recurrirse a hipótesis razonables y probables.

Adicionalmente, en la sentencia T-843 de 2011, en relación con las conductas de índole sexual, la Corte Constitucional, citando a su vez a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, recalcó *que*:

54 Ibid.

55 Ibid.

56 Ibid. Así, por ejemplo, además de “considerar en conjunto las evidencias y el contexto en el que ocurre la violencia sexual” (Sentencia T-843 de 2011), uno de los instrumentos básicos consiste en “dar credibilidad al testimonio de las víctimas” (Sentencia T-126 de 2018), dado que, “frecuentemente [,] es el único elemento probatorio disponible, también por las condiciones en que ocurren los hechos”. Igualmente, son de especial relevancia “los indicios, dado que el abuso suele producirse en circunstancias en las que no hay testigos directos ni rastros fisiológicos de los hechos”. Y se han tenido en cuenta también “los dictámenes periciales, que le permiten al juez incorporar máximas de la experiencia ajenas a su conocimiento profesional por su carácter técnico” (sentencias T-126 de 2018, T-698 de 2016 y T-1015 de 2010). En relación con el recaudo y valoración probatoria, la Sala Especial de Seguimiento de la Sentencia T-025 de 2004, mediante los autos 092 de 2008 y 009 de 2015, sistematizó criterios en relación con el acervo probatorio en materia de violencia sexual.

- i. se debe dar credibilidad al testimonio de las víctimas, incluso cuando las denuncias no se hayan realizado en las primeras entrevistas con las autoridades judiciales⁵⁷, y (ii) se deben considerar en conjunto las evidencias y el contexto en el que ocurre la violencia sexual⁵⁸.

En este orden, desde una perspectiva de enfoque de género y teniendo en cuenta las dificultades probatorias, el punto de partida será el testimonio de la víctima, sin perjuicio claro de constatar su dicho frente a los medios de convicción que se hayan recaudado a lo largo del ejercicio de la acción disciplinaria.

Por la misma naturaleza de estas conductas, los únicos testigos directos son víctima y victimario. Sin embargo, es importante que el instructor dirija también su actividad probatoria a conocer el contexto de los hechos, antecedentes de la relación que se presentaba entre los protagonistas del hecho, así como la corroboración de aspectos que puedan darle robustez a una de las versiones dadas sobre lo ocurrido.

En fin, en este tipo de asuntos es relevante el examen sobre la coherencia del relato, la consistencia de lo narrado, su espontaneidad, al igual que la corroboración periférica. Dichos insumos serán útiles para determinar la credibilidad o no de una versión dada sobre la conducta que se investiga.

57 Ver caso Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Rosendo Cantú y otra vs. México, 2010. Para la Corte, "(...) dicha omisión puede deberse a no contar con seguridad o confianza suficiente para poder hablar sobre lo ocurrido".

58 Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México, 2009.

11

¿CUÁL ES LA FORMA CORRECTA DE EFECTUAR LA ADECUACIÓN TÍPICA Y LA CORRESPONDIENTE SANCIÓN POR EL INCUMPLIMIENTO DE LA LEY DE CUOTAS?

El Congreso de la República expidió la Ley 581, el 31 de mayo de 2000⁵⁹, norma que refleja el loable esfuerzo del legislador por corregir una distorsión social que se viene presentando de tiempo atrás y que tiene como directa afectada a la mujer en tanto sector de la población colombiana, que puede implicar de facto una invisibilización, no solo en términos cuantitativos, sino de manera cualitativa, debido al rezago a que se ha visto sometida en distintos escenarios de la vida nacional.

Esta ley, que también se identifica como la Ley de Cuotas, tiene como propósito promover la participación igualitaria de las

59 “Por la cual se reglamenta la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de las diferentes ramas y órganos del poder público, de conformidad con los artículos 13, 40 y 43 de la Constitución Nacional y se dictan otras disposiciones”.

mujeres en los cargos de decisión del Estado, en los diferentes niveles de la administración pública. En efecto, el artículo 1 de la citada norma, dispone:

ARTÍCULO 1. Finalidad. La presente ley crea los mecanismos para que las autoridades, en cumplimiento de los mandatos constitucionales, le den a la mujer la adecuada y efectiva participación a que tiene derecho en todos los niveles de las ramas y demás órganos del poder público, incluidas las entidades a que se refiere el inciso final del artículo 115 de la Constitución Política de Colombia, y además promuevan esa participación en las instancias de decisión de la sociedad civil.

Esta finalidad se deriva, no solo del tenor literal de la ley, sino de los debates que antecedieron a su aprobación, en los cuales se hicieron explícitas las razones por las cuales era necesario contar con un instrumento que permitiera promover una participación efectiva e igualitaria por parte de las mujeres en el ámbito político y, en particular, en la toma de decisiones en el Estado. De ahí que el artículo 4, dispuso:

Artículo 4. Participación efectiva de la mujer. La participación adecuada de la mujer en los niveles del poder público definidos en los artículos 2o. y 3o. de la presente ley, se hará efectiva aplicando por parte de las autoridades nominadoras las siguientes reglas:

- a. Mínimo el treinta por ciento (30%) de los cargos de máximo nivel decisorio, de que trata el artículo 2., serán desempeñados por mujeres;
- b. Mínimo el treinta por ciento (30%) de los cargos de otros niveles decisorios, de que trata el artículo 3., serán desempeñados por mujeres.

PARÁGRAFO. El incumplimiento de lo ordenado en este artículo constituye causal de mala conducta, que será sancionada con suspensión hasta de treinta (30) días en el ejercicio del cargo, y con la destitución del mismo en caso de persistir en la conducta, de conformidad con el régimen disciplinario vigente.

Dicho sea de paso, este artículo fue modificado recientemente por el artículo 1° de la Ley 2424 de 2024, incrementando el porcentaje de participación de la mujer a un 50%.

De esta manera, la norma refleja acciones afirmativas a favor de la mujer, acorde con lo plasmado por el constituyente, en el artículo 40 superior, que en relación con el derecho fundamental a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, precisó en su parte final que «[l]as autoridades garantizarán la adecuada y efectiva participación del a mujer en los niveles decisorios de la administración pública», compromiso institucional que adquiere mayor relieve con el artículo 43 Constitucional que expresa “La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación [...]».

Para entender la evolución en la protección de los derechos de las mujeres en búsqueda del principio de igualdad en su materialidad y la sanción con ello se buscaba, hay que precisar que la Ley 581 de 2000 se promulga en vigencia de la Ley 200 de 1995, la cual disponía unas sanciones principales y otras accesorias, teniendo que por faltas graves se sancionarán con suspensión de once (11) y noventa (90) días suspensión en el cargo o suspensión del contrato de trabajo o de prestación hasta por tres (3) meses, según sea el caso de la vinculación. Por el contrario, las faltas gravísimas eran sancionadas con destitución.

Luego, la razón por la que el incumplimiento de la nominación porcentual de las mujeres en cargos de máximos niveles decisivos u otros niveles decisivos se sancionaría conforme a la Ley disciplinaria de ese momento, teniendo en cuenta que la persistencia convertiría la falta grave, obviando el artículo 27 de la Ley 200 de 1995, a una falta gravísima sancionada con la destitución.

Ahora bien, obsérvese que la subsunción típica del incumplimiento advierte que se constituye en mala conducta y su sanción debería someterse «de conformidad con el régimen disciplinario vigente», lo que permite inferir que la voluntad del legislador en el año 2000 fue la de permitir que tal incumplimiento de condicionar las sanciones a las propias de los regímenes generales disciplinarios aplicables al momento de la consumación de la conducta.

Con la entrada en vigor de la Ley 734 de 2002, el 5 de mayo de 2002, se estableció en el inciso final del artículo 50, que «[l]os comportamientos previstos en normas constitucionales o legales como causales de mala conducta constituyen falta disciplinaria grave o leve si fueren cometidos a título diferente de dolo o culpa gravísima».

De otro lado, el numeral 49 del artículo 48, *ibidem*, establecía dentro del catálogo de faltas gravísimas, en el numeral 49, «[l]as demás conductas que en la Constitución o en la ley hayan sido previstas con sanción de remoción o destitución, o como **causales de mala conducta**».

Con los anteriores postulados del C.D.U. se entiende que el legislador elevó las causales de mala conducta a categoría de falta gravísima, entendiendo que estas solo puede ser cometidas a título de dolo o culpa gravísima, lo que generaría como consecuencia una sanción con mayor severidad con destitución e inhabilidad general de 10 a 20 años, última esta que apa-

rece con la Ley 734 de 2002 inescindible a la primera, lo cual perduró hasta el 28 de marzo de 2022, cuando pierde vigencia general dicho estatuto disciplinario.

En el actual Código General Disciplinario se recoge, en el artículo 55.12, la disposición que eleva a la categoría de falta gravísima aquellas referencias que haga el legislador a causas de mala conducta.

En síntesis, sea que la norma aplicable sea el C.D.U. o el C.G.D., el desconocimiento de las reglas previstas en la denominada ley de cuotas constituye una falta gravísima.

Ahora bien, en lo que sí hay cambio en el actual C.G.D. es en la sanción que se debe aplicar, pues si se incurre en modalidad dolosa, esta será equivalente a destitución e inhabilidad general de 10 a 20 años, pero si fuere con culpa gravísima el marco de la inhabilidad será de 8 a 10 años. Así, en este último caso, siendo más favorable la legislación vigente, será esta la llamada a ser aplicada no sólo respecto de aquellas conductas cometidas cuando ya estaba en vigor el C.G.D., sino también para los asuntos que fueron cometidos en el marco de vigencia del C.D.U.

Si la conducta es con culpa grave, siguiendo lo establecido en el artículo 43.9 del C.D.U., reiterado en el 47.9 del C.G.D., la falta será considerada grave y la sanción será entonces suspensión en el ejercicio del cargo de 1 a 12 meses.

12

¿LAS DISPOSICIONES DE LA LEY 2213 DE 2022 SON CONCORDANTES CON LA LEY 1952 DE 2019?

El Código General del Proceso es aplicable a los procesos administrativos disciplinarios por vía de remisión del artículo 22 del C.G.D.⁶⁰ en lo que no contravenga la naturaleza propia del derecho disciplinario administrativo, lo que no sucede con la Ley 2213 que solo resulta armónica con el derecho disciplinario jurisdiccional⁶¹.

Nótese con diáfana acentuación cómo el Código General del Proceso definió su objeto *-a diferencia de la Ley 2213, como se mostrará supra-* en el artículo 1, así:

ARTÍCULO 1o. OBJETO. Este código regula la actividad procesal en los asuntos civiles, comerciales, de familia y agrarios. Se aplica, además, a todos los asuntos de cualquier jurisdicción o especialidad y a las actuaciones de particulares y autoridades administrativas, cuando ejerzan funciones jurisdiccionales, en cuanto no estén regulados expresamente en otras leyes.

60 Ley 1952 de 2019.

61 Artículo 244 del Código General Disciplinario.

De esta manera, el Código General del Proceso se sitúa como norma adjetiva para la jurisdicción ordinaria en sus especialidades civil, comercial, familia y agraria en lo que respecta a temas de competencia, procesos y la sustanciación de los mismos para dirimir y hacer efectivos los derechos sustanciales de manera contenciosa. *Contrario sensu*, se amplía el cambio de acción supletoria de su aplicación al hacer la distinción en la disyunción entre jurisdicción o especialidad, dando a entender que aplica tanto para escenarios judiciales como administrativos cuando las normas propias de los procedimientos contengan vacíos, lo cual llenaría el Código General del Proceso.

En ese sentido, al hablarse de jurisdicción, involucra la contencioso administrativa⁶², la especialidad penal⁶³, la jurisdicción <disciplinaria (entiéndase la ejercida por la hoy Comisión de Disciplina Judicial⁶⁴>, jurisdicción constitucional⁶⁵, jurisdicción penal militar, jurisdicción especial indígena y jurisdicción de Paz⁶⁶ y otras autoridades administrativas con funciones jurisdiccionales⁶⁷, que pueden remitirse, vía integración, a las disposiciones del Código General del Proceso. En cambio, frente a las especialidades, asoma a la vista aquellas del derecho donde no se ejerce funciones jurisdiccionales, pero se administra justicia en sentido material, como es el caso del derecho sancionador en todas sus expresiones: penal (se incluye de nuevo), disciplinario⁶⁸, contravencional⁶⁹ y correccional⁷⁰, siempre que dentro de las normas propias de cada juicio no se encuentre regulado⁷¹.

62 Artículo 306 de la Ley 1437 de 2011.

63 Artículo 25 de la Ley 906 de 2004.

64 Artículo 16 de la Ley 1123 de 2007.

65 Artículo 10 del Decreto Ley 2195 de 1991.

66 Artículo 11 y 12 de la Ley 270 de 1996.

67 Artículo 197 de la Ley 1407 de 2010 sobre Penal Militar.

68 Artículo 22 de la Ley 1952 de 2019.

69 Artículo 162 de la Ley 769 de 2002.

70 Ley 1383 de 2010.

71 Esta salvedad es de raigambre constitucional, al establecer el artículo 29 superior que el debido proceso se aplica también en actuaciones administrativas y que «nadie podrá ser

En tal virtud, señala el artículo 74 del C.G.P, en su inciso segundo, que «[e]l poder especial para efectos judiciales deberá ser presentado personalmente por el poderdante ante juez, oficina judicial de apoyo o notario. Las sustituciones de poder se presumen auténticas.» y en el inciso quinto prevé que «[s]e podrá conferir poder especial por mensaje de datos con firma digital». Dada las precisiones anteriores, se advierte que "efectos judiciales" debe entenderse como judiciales y administrativos, además, la nota de presentación personal ya no es requisito *sine qua non* para que se tramite el poder especial originario que da comienzo al mandato para que se materialice el derecho de postulación, puesto que se garantiza la autenticidad de quien lo suscribe, principio inexorable en tal actuación. De ahí que las sustituciones tampoco lo requieran, como quiera que sea una presunción *iuris tantum*, en la medida que para el despacho judicial o administrativo conoce previamente quien emite la sustitución.

Así las cosas, el otorgamiento del poder por mensaje de datos no es nada novedoso, pues como se aprecia el Código General del Proceso lo contempla.

Ahora, bajo el régimen de lo estatuido por la Ley 2213 que -se insiste- no aplica a procesos disciplinarios de índole administrativo, pero sí jurisdiccionales⁷², en tanto el objeto se estableció así:

ARTÍCULO 1o. OBJETO. Esta ley tiene por objeto adoptar como legislación permanente las normas contenidas en el Decreto ley 806 de 2020 con el fin de implementar el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en

juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.»

72 Véase el artículo el artículo 244 del Código General Disciplinario con su reforma de la Ley 2094 de 2021. Ahí expresamente se señala la aplicación del Decreto 806 de 2020 o Ley 2213 de 2022. Ver proyecto de Ley de la ahora 2094 de 2021: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKewilg5XlhcuEaxWwQTABH-cuYCY4FBaVegQlAxAB&url=https%3A%2F%2Fwww.camara.gov.co%2Fsites%2Fdefault%2Ffiles%2F2022-08%2FP.L.010-2022C%2528CONTRAREFORMA%2520PROCURA-DURIA%2529.pdf&usg=AOvVaw3kS-uaePWKycCrpUpbA4vl&opi=89978449> (pág 7)

las actuaciones judiciales y agilizar el trámite de los procesos judiciales ante la jurisdicción ordinaria en las especialidades civil, laboral, familia, jurisdicción de lo contencioso administrativo, jurisdicción constitucional y disciplinaria, así como las actuaciones de las autoridades administrativas que ejerzan funciones jurisdiccionales y en los procesos arbitrales.

Obsérvese que, a diferencia de lo señalado en precedencia en el C.G.P esta disposición es más restrictiva en cuanto al principio de jurisdiccionalidad, en tanto que no realiza la disyuntiva en las especialidades del derecho, sino que su finalidad es «implementar el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales y agilizar el trámite de los procesos judiciales ante la jurisdicción...», «flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia y contribuir a la pronta reactivación de las actividades económicas que dependen de este», todo para hacer frente a las circunstancias ocasionadas por la pandemia del virus Covid-19; pero esto no se hizo extensivo a las autoridades que no ejercen funciones jurisdiccionales, a las que aún le subsisten las formalidades en las actuaciones, como lo es el derecho administrativo disciplinario de la Procuraduría General de la Nación.

En relación con la aplicación de dicha norma en las actuaciones de la Procuraduría General de la Nación esta solo aplicó desde el 29 de junio de 2021 hasta el 16 de febrero de 2023⁷³.

Dicho esto, es necesario aclarar que tanto el Decreto 806 de 2020 como la Ley 2213 se aplicó a la Procuraduría General de la Nación en sus actuaciones disciplinarias, tanto que se cita en el normograma de la guía disciplinaria de 2022⁷⁴, por cuanto en el interregno señalado ostentaba funciones jurisdiccionales.

73 Fecha en la que se emitió el comunicado 04 de 2023 de la sentencia C-030 de 2023.

74 https://apps.procuraduria.gov.co/portal/media/file/modulo_calidad/mapa_proceso//3302_3302_Normograma%20proceso%20disciplinario%20final.xls

13

¿QUÉ CARACTERÍSTICAS TIENE LA FACULTAD DE UNA ENTIDAD PÚBLICA PARA DECLARAR LA CADUCIDAD DE UN CONTRATO DE OBRA?

Para resolver este interrogante debemos entender sobre la potestad exorbitante de declarar la caducidad de un contrato.

La Ley 80 de 1993 como Estatuto General de la Contratación Pública regula la caducidad como una potestad exorbitante de la Administración Pública para dar por terminado el contrato:

ARTÍCULO 18. DE LA CADUCIDAD Y SUS EFECTOS. La caducidad es la estipulación en virtud de la cual, si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre.

En caso de que la entidad decida abstenerse de declarar la caducidad, adoptará las medidas de control e intervención necesarias, que garanticen la ejecución del objeto contratado. La declaratoria de caducidad no impedirá que la entidad contratante tome posesión de la obra o continúe inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista, a quien a su vez se le podrá declarar la caducidad, cuando a ello hubiere lugar.

Si se declara la caducidad no habrá lugar a indemnización para el contratista, quien se hará acreedor a las sanciones e inhabilidades previstas en esta ley.

La declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento.

Por su parte, el artículo 14⁷⁵ de la Ley 80 de 1993 señala que las denominadas cláusulas excepcionales o poderes unilate-

75 Artículo 14°.- **DE LOS MEDIOS QUE PUEDEN UTILIZAR LAS ENTIDADES ESTATALES PARA EL CUMPLIMIENTO DEL OBJETO CONTRACTUAL.** Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato: // 1o. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán en los casos previstos en el numeral 2 de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado.// En los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial. // Contra los actos administrativos que ordenen la interpretación, modificación y terminación unilaterales, procederá el recurso de reposición, sin perjuicio de la acción contractual que puede intentar el contratista, según lo previsto en el artículo 77 de esta Ley. // 2o. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión. (...).”

rales de la administración son una herramienta que tiene por objeto evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos con la finalidad de asegurar su inmediata, continua y adecuada prestación.

El referido artículo 14 circunscribe de manera taxativa los tipos de contratos estatales en lo que es obligatorio incluir las cláusulas excepcionales, es así, que las mismas se entienden acordadas aun cuando no hayan sido pactadas en el contrato. Tal es el caso, de los contratos que tienen por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado y en los de obra.

En razón de lo anterior, la declaratoria de caducidad del contrato da lugar a las siguientes consecuencias: (i) dar por terminado el vínculo negocial sin que haya lugar a indemnización para el contratista; (ii) ordenar su liquidación en el estado en que se encuentre; (iii) hacer exigibles las garantías por configuración del siniestro del incumplimiento; (iv) hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria y (v) configura para el contratista la inhabilidad para celebrar contratos con entidades públicas durante 5 años.

En este sentido, para el Consejo de Estado la caducidad del contrato es la sanción más drástica que la entidad pública puede imponer a su contratista, al entrañar el aniquilamiento del contrato y comportar para él la inhabilidad de celebrar negocios jurídicos con entidades públicas durante el período fijado por el legislador⁷⁶.

En cuanto a las características del poder exorbitante de caducar el contrato estatal, tal y como lo ha sostenido de órgano de cierre

76 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 22 de octubre de 2012, exp. 20738, C.P. Enrique Gil Botero.

de la Jurisdicción de lo Contencioso, se trata de una potestad de orden público y, como tal, inalienable, irrenunciable e intransmisible; goza, por tanto, de unas connotaciones particulares, atinentes a la autonomía, unilateralidad y proporcionalidad, según las cuales se ejerce a través de la expedición de actos administrativos debidamente motivados, que pueden ser ejecutados sin necesidad de acudir ante el juez, no puede ser objeto de renuncia o acuerdo de las partes, ya que está involucrado el interés público y debe ejercerse en forma proporcional, teniendo en cuenta el valor del contrato y la magnitud del incumplimiento⁷⁷.

La legalidad de la declaratoria de caducidad está supeditada a la concurrencia de los siguientes presupuestos, todos ellos necesarios y de obligatoria motivación en el acto administrativo correspondiente: (i) incumplimiento del contratista: comprobación acerca de la inejecución de una obligación que surge del contrato para el contratista; (ii) inexistencia de un incumplimiento determinante por parte de la entidad: la entidad estatal no puede ser responsable en alguna manera del incumplimiento del contratista; (iii) afectación grave del contrato: el incumplimiento del contratista no puede ser de cualquier obligación sino de una que afecte de manera directa y grave la ejecución del contrato; (iv) amenaza de parálisis: el incumplimiento grave de una obligación debe amenazar con paralizar definitivamente el contrato, a tal punto de convertirse tal incumplimiento del contratista en un verdadero obstáculo que impide la realización del objeto contractual y (iv) no puede aparecer de súbito: la declaratoria de caducidad no puede ser repentina, por lo que, frente al incumplimiento advertido, la entidad debe efectuar requerimientos y agotar un procedimiento que garantice el debido proceso y el derecho de defensa del contratista.

77 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 27 de noviembre de 2003, exp. 14431, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

La ausencia de alguno los anteriores presupuestos afectan la validez de la determinación y origina un derecho resarcitorio para el contratista injustamente privado del contrato y afectado por la inhabilidad. Amén de que expone al funcionario público que emprende su declaratoria sin el lleno de las causales previstas a la falta disciplinaria contemplada en el numeral 4 del artículo 54 de la Ley 1952 de 2019.

En este sentido, el ejercicio de este poder excepcional supone una decisión motivada que sea el resultado de un procedimiento administrativo en el que se haya garantizado el debido proceso.

14

¿CÓMO DIFERENCIAR UN CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE UN CONTRATO CONSULTORÍA?

En primer lugar, es necesario recurrir al concepto que se encuentra en la Ley 80 de 1993 respecto a estos contratos. Particularmente, el numeral 2° del artículo 32 de esta ley, define el contrato de consultoría de la siguiente manera:

Son contratos de consultoría los que celebren las entidades estatales referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión.

Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos.

Ninguna orden del interventor de una obra podrá darse verbalmente. Es obligatorio para el interventor entregar por escrito sus órdenes o sugerencias y ellas deben enmarcarse dentro de los términos del respectivo contrato.

A su turno, el numeral 3° *ibidem*, respecto a los contratos de prestación de servicios determinó:

Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

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

En este orden, la definición legal de estos dos contratos brinda varios elementos que los distinguen, destacándose de entrada que los contratos de prestación de servicios están ligados a actividades que la entidad requiere para su administración y funcionamiento. Sobre este aspecto, el Consejo de Estado, en sentencia de 30 de noviembre de 2017⁷⁸, resaltó:

[...] el contrato de prestación de servicios tiene un contenido más amplio, porque la ley 80 establece, en forma general, que su objeto consiste en el desarrollo de “... actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad”, contexto en el cual se pueden

78 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, C.P.: Dr. Ramiro Pazos Guerrero, Bogotá D.C., sentencia de 30 de noviembre de 2017; radicación No. 73001-23-31-000-2009-00444-02(40876).

incluir actividades técnicas y no técnicas, profesionales o no, pues lo que determina esta clase de contratos es que las obligaciones se relacionen con la administración y/o el funcionamiento de la entidad.

[...]

En todo caso, frente a esa distinción acogida por la Sección, vale tener en cuenta la precisión realizada en una aclaración de voto a la primera sentencia en cita y reproducida por la doctrina nacional, puesto que, además de la tipicidad cerrada, la diferencia descansa en el campo en el que deben desarrollarse las actividades de esos contratos. Es así que será un contrato de consultoría si esas actividades están llamadas a ejecutarse en relación directa e inmediata con proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, estudios de factibilidad, estudios de prefactibilidad, proyectos específicos, etc., que correspondan a obras, proyectos de infraestructura, proyectos tecnológicos o técnicos, pero si esas actividades se ejecutan con relación al funcionamiento o administración de la entidad contratante será una prestación de servicios. En efecto, así se expuso:

De esta manera, será posible señalar entonces que aquellos contratos estatales que se celebren con el propósito de apoyar, de asesorar, de ilustrar, de ayudar, de contribuir o de aportar a la entidad estatal con la ejecución de actividades relacionadas con su propia administración o su funcionamiento, pertenecerán al tipo de la prestación de servicios.

Así las cosas, la diferencia específica que permitirá distinguir con claridad entre un contrato estatal de prestación de servicios y un contrato estatal de consultoría, aunque en principio y en teoría en el objeto de ambos contratos se incluyan actividades similares -como por ejemplo brindar asesoría, cum-

plir labores de control y supervisión, ejercer la interventoría de otro contrato, etc.-, estará dada por el campo en el cual han de desarrollarse tales actividades.

Si las actividades que integran el objeto del respectivo vínculo -brindar asesoría, cumplir labores de control y supervisión, ejercer la interventoría de otro contrato-, están llamadas a ejecutarse en relación directa e inmediata con proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, estudios de factibilidad, estudios de prefactibilidad, proyectos específicos, etc., que correspondan a obras, proyectos de infraestructura, proyectos tecnológicos o técnicos, indubitablemente se estará en presencia de un típico contrato estatal de consultoría.

Por el contrario, si las actividades que integran el objeto de la relación correspondiente -brindar asesoría, cumplir labores de control y supervisión, ejercer la interventoría de otro contrato, etc.-, están concebidas y estipuladas para ser desarrolladas en campos o asuntos directamente vinculados a la administración propiamente dicha de la entidad contratante o a su funcionamiento, el contrato estatal respectivo deberá catalogarse como de prestación de servicios.

Entonces, un primer factor a considerar para distinguir el contrato de consultoría del contrato de prestación de servicios es que por este último deben contratarse las actividades que sean del resorte de la administración y funcionamiento de la entidad.

Adicionalmente, el Consejo de Estado, en el expediente radicado con el número 11001-03-26-000-2011-00039-00(41719), sostuvo:

[..] haciendo un análisis normativo a la luz del principio de legalidad estricta, a partir del cual se produce un acotamiento del radio de acción del contrato de prestación de servi-

cios por vía de la exclusión de ciertas actividades y objetos contractuales específicos, los mismos que, por disposición legal expresa, deben ser satisfechos por medio del contrato de consultoría; de manera tal que corresponderá al operador verificar si el objeto a contratar se incluye dentro de aquellos que específicamente la Ley, y sus disposiciones reglamentarias, ubican dentro del ámbito propio de la consultoría, dado que siendo esto así implicará dar curso a un procedimiento de selección diferente al propio que establece la Ley para los contratos de prestación de servicios (de allí las amplias repercusiones prácticas de clarificar este punto); contrario sensu si el funcionario encuentra razonablemente que el objeto recae en el marco jurídico del contrato de prestación de servicios, podrá darle curso por vía de este específico modelo contractual, tal como lo había planteado de tiempo atrás esta Corporación.

134.- Se insiste, mientras que el contrato de consultoría está revestido de una cláusula de estricta tipicidad cerrada (que condiciona de manera detallada la procedencia de dicho contrato), el de prestación de servicios goza de una regulación jurídica amplia, que se instrumentaliza por vía de los mencionados tres contratos (profesional, de simple apoyo a la gestión y de ejecución de trabajos artísticos que sólo pueden encomendarse a determinadas personas naturales), de manera que los objetos contractuales que no estén comprendidos dentro del contrato de consultoría (de acuerdo con la Ley 80 de 1993 y las demás disposiciones legales especiales actuales o futuras) podrán ser satisfechos por medio del de prestación de servicios siempre que satisfaga los referentes conceptuales que establece el numeral 3° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, conforme a la debida planeación contractual y en armonía con los criterios jurídicos que han sido decantados en el precedente de esta Corporación y en esta providencia.

Bajo este panorama, la definición legal y la jurisprudencia permiten establecer, de manera concreta, las siguientes diferencias entre estos dos contratos:

Contrato de consultoría	Contrato de prestación de servicios
<p>Tienen por objeto:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión. • Estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos. • Asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión. • Interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos. • Dirección, programación y ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos. 	<p>La norma no delimitó el objeto de estos contratos, solamente indicó que tenían como finalidad desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad.</p> <p>En todo caso, las actividades que expresamente señala el numeral 3° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 para el contrato de consultoría no pueden celebrarse bajo la modalidad de prestación de servicios.</p>

Así las cosas, el elemento diferenciador de estos contratos es que el estatuto general de contratación estatal especificó qué actividades eran inherentes al contrato de consultoría, en tanto, frente al contrato de prestación de servicios, le asignó como característica que las actividades estuvieran relacionadas con el funcionamiento de la entidad, lo que implica además que el contrato de consultoría corresponde a tareas generalmente asociadas a la ejecución de proyectos.

Ahora, es claro que las nociones de administración y funcionamiento de la entidad son amplias; de ahí que la Corte

Constitucional, en la sentencia C-154 de 1997, al tratar precisamente el contrato de prestación de servicios, consideró que su objeto lo conforma la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad respectiva, es decir, relacionadas con el objeto y finalidad para la cual fue creada y organizada; a su turno, el Consejo de Estado, en la misma sentencia de 2 de diciembre de 2013 – que se citó líneas atrás – estimó que se trata de contratos a través de los cuales, de una u otra manera, se fortalece la gestión administrativa y el funcionamiento de las entidades públicas, dando el soporte o el acompañamiento necesario y requerido para el cumplimiento de sus propósitos y finalidades cuando estas por sí solas, y a través de sus medios y mecanismos ordinarios, no los pueden satisfacer; o la complejidad de las actividades administrativas o del funcionamiento de la entidad pública son de características tan especiales, o de una complejidad tal, que reclaman conocimientos especializados que no se pueden obtener por los medios y mecanismos normales que la ley le concede a las entidades estatales.

Al respecto, Colombia Compra Eficiente, en concepto C – 707 de 17 de enero de 2022, concluyó:

Así las cosas, de acuerdo con las consideraciones de la jurisprudencia y el marco normativo expuesto en este concepto, es pertinente reiterar que las actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad en el marco del contrato de prestación de servicios regulado en el artículo 32.3 de la Ley 80 de 1993, comprenden todas aquellas actividades de colaboración y apoyo a la gestión de la entidad dirigidas al cumplimiento de las funciones asignadas a esta, de carácter temporal, excepcional u ocasional, siempre que no haya suficiente personal de planta o existiendo, está sobrecargado de trabajo o que requieran de conocimientos especializados. Por consiguiente, en es-

tos contratos no pueden suplirse, de forma definitiva, las funciones permanentes de la entidad. En este contexto, la entidad estatal debe realizar la planeación del contrato y justificar su contratación de acuerdo con el marco jurídico señalado, revisando, además, que el objeto a contratar no se ubique dentro del ámbito propio de otros tipos contractuales establecidos en la Ley, como, por ejemplo, el contrato de consultoría.

En suma, lo que caracteriza a las actividades de administración y funcionamiento de una entidad es que versen sobre su objeto, finalidad y funciones asignadas.

15

¿CUÁL ES LA COMPETENCIA DE LOS SUPERIORES JERÁRQUICOS EN MATERIA DISCIPLINARIA Y COMO SE GARANTIZA LA SEGUNDA INSTANCIA CUANDO LA ESTRUCTURA DE LA ENTIDAD NO LO PERMITE?

La competencia disciplinaria no radica de manera exclusiva en la Procuraduría General de la Nación o en las Personerías Distritales y Municipales, pues conforme con lo dispuesto en los artículos 2 y 93 del C.G.D., los titulares naturales de la acción disciplinaria son las oficinas de control disciplinario interno.

Sobre el particular, en vigencia de la Ley 734 de 2002, como antecedente, la Procuraduría General de la Nación y el Departamento Administrativo de la Función Pública, por medio de la Circular Conjunta DAFP – PGN No. 001 de 2002, se refirieron a la competencia de la Unidad u Oficina de Control Disciplinario Interno, señalando lo siguiente:

[...] En cualquiera de las alternativas que se adopte para organizar o implementar la Unidad u Oficina de Control Disciplinario Interno, a la misma le compete adelantar tanto la

indagación preliminar, como la investigación y el fallo de primera instancia, respecto de los servidores públicos del organismo o entidad correspondiente.

Esta competencia cubre a todos los servidores públicos del respectivo organismo o entidad, cualquiera sea la naturaleza del cargo (empleados públicos y trabajadores oficiales así como empleados de libre nombramiento y remoción, de carrera administrativa, o provisionales) y cualquiera sea el nivel al cual corresponda el empleo, salvo las competencias propias de la Procuraduría General de la Nación y de otras autoridades, según lo dispuesto en la Constitución Política y en el mismo Código Disciplinario Único.

En cualquier momento la Procuraduría General de la Nación, o las Personerías Municipales o Distritales, según el orden territorial al cual corresponda el organismo o entidad, podrán asumir la indagación preliminar, la investigación o el fallo, en ejercicio del poder disciplinario preferente que les otorga la ley [...].

Ahora bien, a diferencia de la Ley 734 de 2002, que permitía que la acción disciplinaria se adelantara también por el superior inmediato del disciplinable y la segunda instancia por el superior jerárquico de aquel, cuando no se hubiera implementado la respectiva oficina de control interno disciplinario (parágrafo 3° de su artículo 76), el Código General Disciplinario eliminó esa posibilidad, bajo el entendido de que, a esta altura, en todas las entidades existe la dependencia mencionada o el funcionario encargado de adelantar la acción disciplinaria.

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en decisión de fecha 21 de junio de 2023, dentro del expediente con radicación No. 11001-03-06-000-2023-0004100, estimó lo siguiente:

A partir de lo expuesto es posible concluir:

1. El nuevo régimen disciplinario refuerza la obligación de las entidades y órganos del Estado, en su momento prevista por la Ley 734 de 2002, de contar con una oficina o dependencia de control interno disciplinario del más alto nivel, de lo que se destaca:
 - a. El jefe de las oficinas o dependencias de control disciplinario interno debe ser abogado y pertenecer al nivel directivo de la entidad.
 - b. Se elimina la competencia subsidiaria del superior jerárquico del disciplinado, y del superior de aquel, para adelantar los procesos disciplinarios en las entidades en las que no exista oficina de control interno disciplinario.
 - c. No se condiciona la creación de las oficinas o dependencias de control interno disciplinario a la disponibilidad presupuestal de las entidades.
 - d. La segunda instancia no se atribuye a un funcionario específico, y, se mantiene la competencia de la Procuraduría General de la Nación para conocer de esta etapa procesal, cuando ello no sea posible para la respectiva entidad por razón de su estructura.
2. La estructura del control disciplinario de cada entidad u órgano del Estado debe garantizar que las etapas de instrucción y juzgamiento se realicen por funcionarios independientes y autónomos entre sí.

Conforme todo lo anterior, el Código General Disciplinario supone la reorganización del esquema del control interno disciplinario en las entidades y órganos del Estado, con el

propósito de adecuar la estructura y funciones institucionales para garantizar el cumplimiento de lo previsto en dicho código.

Sin embargo, teniendo en cuenta que la Ley 1952 de 2019, modificada por la Ley 2094 de 2021, implementó en su artículo 12 la separación de las funciones de instrucción y de juzgamiento al interior del proceso disciplinario, esa medida también impuso a las entidades la necesidad de adelantar las acciones administrativas y presupuestales para garantizar dicha división, y en el evento de no poder hacerlo oportunamente deberán remitir el proceso a la Procuraduría General de la Nación, una vez culminada la etapa de instrucción, en los casos en los que se hubiere formulado y notificado pliego de cargos. La Procuraduría Auxiliar para Asuntos Disciplinarios, en concepto C-157-2023 consideró:

Así las cosas, sin perjuicio del modelo que cada entidad estructure en aras de dar cumplimiento a lo dispuesto por el legislador disciplinario, la OCID debe garantizar, en todos los procesos disciplinarios de su competencia, la separación de las etapas de instrucción y juzgamiento; y si no puede satisfacer dicha prerrogativa, enviará a la PGN solo aquellos expedientes en los que se haya culminado la etapa instructiva (procesos en los cuales ya se hubiese notificado el pliego de cargos).

Lo propio sucede cuando la entidad no puede garantizar el trámite de la segunda instancia, toda vez que el artículo 93 del Código General Disciplinario determinó que *[s]i no fuere posible garantizar la segunda instancia por razones de estructura organizacional, esta será de competencia de la Procuraduría General de la Nación de acuerdo con sus competencias*, norma que dispuso igualmente que cuando fuere procedente tramitar la doble conformidad la decisión final estará siempre a cargo de la Procuraduría General de la Nación, pero la ejecución de la sanción estará a cargo del nominador.

16

¿CÓMO APLICA EL PRINCIPIO DE CONFIANZA EN LA RESPONSABILIDAD DEL REPRESENTANTE LEGAL DE UNA ENTIDAD EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ESTATAL?

Para hablar de la responsabilidad disciplinaria en la contratación estatal, indudablemente hay que hacer referencia en primer término al estatuto de contratación estatal, esto es, la Ley 80 de 1993 y sus reformas. Particularmente, el artículo 11 de esta ley, determina que «La competencia para ordenar y dirigir la celebración de licitaciones y para escoger contratistas será del jefe o representante de la entidad, según el caso».

Por su parte, el artículo 12 establece:

Los jefes y los representantes legales de las entidades estatales podrán delegar total o parcialmente la competencia para celebrar contratos y desconcentrar la realización de licitaciones en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes.

En ningún caso, los jefes y representantes legales de las entidades estatales quedarán exonerados por virtud de la delegación de sus deberes de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual.

El principio de confianza encuentra sustento en el principio de buena fe, consagrado en el artículo 83 Constitucional.

En estas condiciones, en principio, los representantes legales tienen la responsabilidad de adelantar los procesos contractuales de la entidad a la que representan.

Cabe mencionar que la Corte Constitucional, en la sentencia C-101 de 1996, concibió al ordenador del gasto de la siguiente manera:

El concepto de ordenador del gasto se refiere a la capacidad de ejecución del presupuesto. Ejecutar el gasto, significa que, a partir del programa de gastos aprobado—limitado por los recursos aprobados en la ley de presupuesto -, se decide la oportunidad de contratar, comprometer los recursos y ordenar el gasto, funciones que atañen al ordenador del gasto.

Así las cosas, el representante legal de la entidad, que naturalmente es el ordenador del gasto, tiene la facultad jurídica para comprometer el presupuesto, para ejecutarlo, para decidir finalmente en qué se utilizarán los recursos y de qué manera.

Ahora bien, el artículo 12 de la Ley 80 de 1993 permite que el representante legal delegue total o parcialmente la competencia para celebrar contratos y desconcentrar la realización de licitaciones, de ahí que será entonces el delegatorio el que asuma la responsabilidad principal en esos eventos.

Aun así, es preciso recordar que el representante legal cuenta con un equipo de trabajo, técnico y también responsable de las funciones asignadas.

No en vano el artículo 122 de nuestra Constitución advierte que «[n]o habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento», es decir, que cada servidor público debe cumplir lo que específicamente se le encomiende, lo que esté establecido en la Constitución, en la ley, en los decretos, en los reglamentos y manuales de funciones. (C.P. Art. 121).

Con todo, esa confianza en que cada uno está haciendo probablemente lo que le corresponde no es fácil de otorgar, sin embargo, a menos que el representante legal quiera volver a verificar cada una de las tareas que ha llevado a cabo sus colaboradores en la entidad, lo cual es imposible por la magnitud de asuntos, no tiene otro camino que confiar. Esta confianza no ha sido ajena al ordenamiento jurídico, máxime tratándose de la labor del servidor público, del representante legal, del ordenador del gasto, del jefe de dependencia, y ha sido elevada a principio, denominado principio de confianza.

La Corte Constitucional, en la sentencia SU-1184 de 2001, explicó que, para imputar una conducta o un resultado, debe tenerse en cuenta, entre otros elementos, el principio de confianza, indispensable para que pueda darse una división del trabajo y que le permite al sujeto delegar ciertas tareas sobre la base de que los demás son personas autorresponsables que cumplirán con las expectativas que surgen de una determinada función.

Luego, en la sentencia T-980 de 2003, la Corte Constitucional indicó: [l]a buena fe –o la confianza -, es un elemento indispensable en la sociedad contemporánea. No es posible el modelo de sociedad, si la confianza es traicionada de manera general. La sociedad, y para ello se apropia del sistema jurídico, requiere de la estabilización de ciertas expectativas, tales como el diligente cumplimiento de funciones sociales –o la autorresponsabilidad-. Si tales expectativas son permanentemente frustradas, no será posible la división del trabajo (base para el modelo

económico) y, mucho menos, el respeto por el sistema jurídico. En tales circunstancias, el orden desaparece del horizonte y el caos retomará el lugar perdido.

En materia disciplinaria usualmente se vincula en investigaciones por asuntos relacionados con la contratación estatal a los representantes legales de la entidad, a veces de manera exclusiva, toda vez que la competencia general recae sobre estos funcionarios, derivada de lo establecido en la Ley 80 de 1993. A veces simplemente para que un proceso cambie de dependencia se vincula al representante legal, para que el expediente se tramite por quien tiene la facultad para investigar al jefe de la entidad, así se observe palmariamente que los posibles y directos responsables sean servidores de inferior jerarquía.

Sin embargo, así como la Constitución indica que cada servidor público tiene funciones claramente establecidas, es por el cumplimiento o la omisión de esas funciones delimitadas que responde disciplinariamente el representante legal. De este modo, el artículo 9º del Código General Disciplinario indica que «[l]a conducta del disciplinable será ilícita cuando afecte sustancialmente el deber funcional sin justificación alguna».

Sobre el deber funcional, el Consejo de Estado, en sentencia de 12 de mayo de 2014, proferida en el expediente con radicado No. 11001-03-25-000-2011-00268-00(0947-11), consideró:

Pues bien, las conductas que pertenecen al ámbito del derecho disciplinario, en general, son aquellas que comportan quebrantamiento del deber funcional por parte del servidor público. En cuanto al contenido del deber funcional, la jurisprudencia ha señalado que se encuentra integrado por (i) el cumplimiento estricto de las funciones propias del cargo, (ii) la obligación de actuar acorde a la Constitución y a la ley; (iii) garantizando una adecuada representación del

Estado en el cumplimiento de los deberes funcionales. Se infringe el deber funcional si se incurre en comportamiento capaz de afectar la función pública en cualquiera de esas dimensiones. El incumplimiento al deber funcional, es lo que configura la ilicitud sustancial que circunscribe la libertad configurativa del legislador, al momento de definir las faltas disciplinarias.

Sobre el principio de confianza en materia disciplinaria, la Sala Disciplinaria Ordinaria de Juzgamiento de la Procuraduría General de la Nación, en decisión proferida el 15 de noviembre de 2022, en el expediente radicado con el No. IUS 2015-230069, IUC D-2015-652-781170, (161-8014), expresó lo siguiente:

Tampoco resulta viable censurarle al disciplinado por no haber suspendido la audiencia de adjudicación a fin de revisar y pronunciarse nuevamente sobre la idoneidad de una certificación dirigida a acreditar la convalidación de un título y menos aún para analizar nuevamente la observación que en tal sentido hizo uno de los oferentes con interés en la adjudicación del contrato, sobre la que ya se había hecho la correspondiente valoración y análisis por parte del área especializada, porque, como ordenador del gasto delegado y presidente de dicha audiencia, no era de su resorte asumir una función sobre la que se requería un conocimiento especializado, desconociendo el concepto emitido y puntaje asignado previamente por los integrantes del área técnica, dado que eran ellos quienes tenían conocimientos específicos y especializados sobre la materia.

En tal sentido, conforme a la regla de imputación objetiva, si bien el principio de confianza no es absoluto, por lo que los actos y la responsabilidad que de ellos se deriva no siempre puede escudarse en dicho precepto, sin embargo, cuando el titular de una Entidad obra fundado en el mis-

mo, como ocurrió en el presente asunto, apoyándose funcionalmente en las competencias idóneas y especializadas de las dependencias que integraban su equipo de trabajo, desde el punto de vista funcional y bajo el concepto de debida diligencia, no en todos los casos es posible exigirle al ordenador del gasto que tenga una especial diligencia en revisar y analizar nuevamente en detalle y ad portas de la adjudicación del contrato, lo que previamente fue revisado y aprobado por sus colaboradores.

En el presente asunto la evaluación y análisis sobre la idoneidad [...] requería un conocimiento específico y especializado del cual adolecía el disciplinado, quien, según se extracta de su hoja de vida, es profesional en el campo de la administración de negocios y especialista en instituciones financieras, profesión que al ser ajena a los asuntos técnicos contractuales que debían ser abordados en virtud de la licitación [...], necesariamente requería del apoyo y asesoría de profesionales con conocimientos idóneos en la materia y, por ello, dichas actividades fueron previamente delegadas en las áreas competentes.

En tal sentido, conforme al principio de distribución de funciones o división del trabajo, todos los que intervienen en un proceso contractual son responsables de lo que ese rol funcional en cada caso les exige, sin que, en todos los casos, por regla general, sea posible extender la responsabilidad a quien ostenta como representante legal de la Entidad y, en tal condición, debe adjudicar el contrato.

Tampoco resulta procedente, señalar falta de diligencia en las actuaciones desplegadas por [el] [...] ordenador del gasto delegado y presidente de la audiencia de adjudicación; pretender que las mismas estuvieran enmarcadas por la desconfianza en sus colaboradores, teniendo que volver

a revisar en la audiencia de adjudicación lo que ya había sido objeto de revisión y evaluación por las áreas idóneas y competentes, abordando nuevamente el análisis [...], es un aspecto que se torna improcedente.

En suma, en este caso, la Sala absolvió de responsabilidad al representante legal por los siguientes aspectos:

1. No era de su resorte asumir una función sobre la que se requería un conocimiento especializado.
2. Actuar en el marco del principio de confianza, apoyándose en las dependencias idóneas y especializadas.
3. No estaba llamado a analizar nuevamente lo que previamente fue revisado y aprobado por sus colaboradores.
4. Su formación profesional era ajena a los asuntos técnicos contractuales.
5. Todos los que intervienen en un proceso contractual son responsables de su rol funcional sin que en todos los casos pueda extenderse esa responsabilidad al representante legal, que debe adjudicar el contrato.

A propósito del último argumento, la falta disciplinaria que más se imputa en contratación estatal es la contenida en el numeral 3° del artículo 54 del Código General Disciplinario, que reprocha:

Participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual, en detrimento del patrimonio público, o con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la ley.

Nótese que el verbo rector es: participar, que según el Diccionario de la Real Academia Española consiste en tomar parte en algo, intervenir, entrar, meterse, implicarse, colaborar, contribuir, cooperar, ayudar; recibir una parte de algo.

En estas condiciones, prácticamente cualquier intervención, desde la planeación del proceso contractual hasta la liquidación del contrato, puede dar lugar a responsabilidad disciplinaria; de ahí que la autoridad competente deba revisar con cuidado la real intervención de cada uno de los participantes en la actividad contractual y la responsabilidad que se deriva de esta.

17

¿QUÉ RÉGIMEN DISCIPLINARIO SE APLICA A LOS MIEMBROS DE LAS FUERZAS MILITARES, Y CUÁLES SON SUS PRINCIPALES DIFERENCIAS CON EL CÓDIGO GENERAL DISCIPLINARIO?

Además del régimen disciplinario general de los servidores públicos existen unos especiales, en razón a la naturaleza específica de sus funciones.

La Constitución Política otorgó al legislador la facultad para establecer regímenes especiales de carácter disciplinario, aplicables a los miembros de la Fuerza Pública (Fuerzas Militares y Policía Nacional).

El inciso 2° del artículo 217 establece que «la ley determinará el sistema de reemplazos en las Fuerzas Militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera prestacional y disciplinario, que les es propio».

En Sentencia C-379 de 2021⁷⁹, señaló la Corte Constitucional que:

El régimen disciplinario de las Fuerzas Militares se diferencia del régimen general previsto para los demás servidores públicos, en razón a la especialidad de la función constitucional que cumplen, esto es, defensa permanente de la Nación, de su soberanía, independencia, integridad del territorio y del orden constitucional. Ha dicho la Corte que "(...) la principal diferencia que tiene, o debe tener, el régimen disciplinario propio de las fuerzas militares, respecto del aplicable a los demás servidores públicos, está relacionada con la identificación de las faltas y las sanciones correspondientes a los militares, que se justifican además en la especialidad de la función constitucional que los mismos cumplen", lo que determina la tarea del legislador consistente en diseñar un régimen sustancial diferenciado que integre las faltas en las que pueden incurrir los militares y las sanciones que les son aplicables, "precisamente por la índole de las funciones que están llamados a ejecutar, las que no se identifican con las de ningún otro organismo estatal".

(...) Por la especialidad de la función militar se justifica que el legislador instaure tipos disciplinarios que prohíban y sancionen conductas específicas contrarias a los deberes funcionales. Tales conductas que podrían considerarse irrazonables en otros escenarios de la actividad estatal y más aún en el ámbito particular, en el perímetro de la función militar pueden encontrar justificación, en principio, por la especialidad del objeto y la finalidad para la cual estas fueron establecidas.

Ha dicho la Corte que las normas de conducta de los militares y su régimen disciplinario especial tienen como fundamento los valores constitucionales, así como los valores

79 Sentencia C- 379 de 2021

y virtudes propios de la función pública a su cargo, principalmente la disciplina militar y el respeto. La Ley 1862 de 2017 incorpora un listado de deberes funcionales y prohibiciones para los miembros de las Fuerzas Militares, y su desconocimiento podría configurar falta disciplinaria”.

En ese sentido, ha expuesto esta Corporación⁸⁰, que en virtud de la específica función que cumplen las Fuerzas Militares debido a los valores y virtudes en los que se fundamenta su régimen disciplinario especial, el legislador tiene amplia potestad para fijar deberes funcionales y prohibiciones inspiradas en la disciplina militar y para configurar tipos disciplinarios que sancionen conductas contrarias a estos pilares, no obstante existen límites a la potestad de configuración, conforme lo ha precisado el Alto Tribunal:

Primer límite: las faltas disciplinarias militares únicamente deben estar relacionadas con la especial función de las Fuerzas Militares. En materia disciplinaria, la Corte ha reiterado que la “ley debe orientarse a asegurar el cumplimiento de los deberes funcionales que le asisten al servidor público o al particular que cumple funciones públicas pues las faltas le interesan al derecho disciplinario en cuanto interfieran tales funciones. De allí que el derecho disciplinario valore la inobservancia de normas positivas en cuanto ella implique el quebrantamiento del deber funcional, esto es, el desconocimiento de la función social que le incumbe al servidor público o al particular que cumple funciones públicas”.

(...) En concreto, en las sentencias C-431 de 2004, C-1079 de 2005 y C-430 de 2019, esta corporación reiteró la premisa según la cual “el régimen disciplinario especial de las

80 Sentencia C – 321 de 2021

Fuerzas Militares no puede incluir cualquier tipo de falta, sino únicamente aquellas relacionadas con la función militar, es decir, aquellas cuya comisión afecta directamente el servicio público encomendado a tales Fuerzas.” Por consiguiente, la Corte ha advertido que en el supuesto de que se tipifique como falta una conducta que no está íntimamente vinculada a las funciones específicas de las Fuerzas Militares, esta no podrá integrar el régimen disciplinario especial que rige el Estamento castrense, por carecer de relación directa con el servicio a cargo de sus miembros.

Segundo límite: el principio de legalidad exige que el régimen disciplinario militar debe regular de manera previa, taxativa e inequívoca las conductas que contravienen la específica función de las Fuerzas Militares. El régimen disciplinario militar es una manifestación de la potestad sancionatoria del Estado sobre sus agentes. Dicha prerrogativa se rige por el principio de legalidad, que sirve de límite al poder punitivo del Estado y evita que quien lo ejerce incurra en arbitrariedad.

La existencia del régimen disciplinario especial para las Fuerzas Militares responde a las particularidades y especificidad de las funciones de sus miembros, siendo esta razón suficiente para otorgar un trato diferenciado, y por ende, ante diferentes situaciones, se justifica la existencia de un catálogo especial de faltas y un procedimiento distinto, régimen que por ser especial prevalece sobre el general u ordinario, esto es, el Código General Disciplinario, no obstante, al que podrá remitirse en virtud del principio de integración normativa, en tanto no contradice sus postulados, al tenor de lo previsto en el artículo 64 de la Ley 1862 de 2017, que establece que en su aplicación prevalecerán los principios rectores contenidos en dicha ley y en la Constitución Política, y en lo no previsto se aplicarán los tratados internacionales sobre Derechos Humanos y Derecho

Internacional Humanitario y lo dispuesto en los códigos Contencioso Administrativo, Penal, Penal Militar, de Procedimiento Penal, del Código General del Proceso y del Código General Disciplinario, en lo que no contravengan la naturaleza del derecho disciplinario militar.

La Ley 1862 de 2017⁸¹ contempla en la parte primera las normas de conducta y actuación militar y los medios para mantener y encauzar la disciplina y en el libro segundo consagra el Código Disciplinario Militar.

Conforme lo prevé el artículo 66 ibidem, son destinatarios los oficiales, suboficiales, soldados e infantes de marina de las Fuerzas Militares (esto es, el Ejército Nacional, la Armada Nacional y la Fuerza Aérea), que hayan cometido la conducta en servicio activo.

Esta ley divide las faltas en tres categorías; gravísima, grave y leve, que se fundamentan en el concepto de disciplina militar consagrado en el artículo 3 como “el conjunto de normas de conducta que el militar debe observar en el ejercicio de su carrera, condición esencial para la existencia de las Fuerzas Militares”, y en los valores, virtudes y normas de conducta previstas en la parte primera.

La atribución disciplinaria, entendida como la facultad para investigar y sancionar que tienen los competentes, se encuentra determinada de conformidad con los grados disciplinarios, que según lo previsto en el artículo 92 ibidem, se agrupan de acuerdo con la clase de falta que se investiga, De Primer Grado: Faltas Gravísimas; De Segundo Grado: Faltas Graves; y De Tercer Grado: Faltas Leves.

81 Por la cual se establecen las normas de conducta del Militar Colombiano y se expide el Código Disciplinario Militar.

A continuación, se resaltan algunos aspectos sustanciales del Código Disciplinario Militar que difieren del Código General Disciplinario.

Términos de prescripción y caducidad

El Código Disciplinario Militar contempla las figuras de la caducidad y la prescripción, en ese sentido el artículo 87 establece que la acción disciplinaria caduca en cinco años contados a partir de la ocurrencia del hecho o del último suceso si es continuado y el artículo 88 consagra que la acción disciplinaria prescribirá en cinco años, contados a partir del auto de apertura del proceso, a diferencia del régimen general que eliminó la figura de la caducidad a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1952 de 2019.

Tratándose de las faltas que afecten gravemente el Derecho Internacional Humanitario, la prescripción será de doce años, de igual forma como lo prevé el C.G.D.; cabe aclarar que la norma no contempla dentro de dicho término las faltas relacionadas con las infracciones al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como sí se hace de manera específica en la norma general.

Etapas de investigación disciplinaria

Establece el artículo 233 de Código Disciplinario Militar que finalizada la etapa de indagación, que no podrá ser superior a seis meses, se evaluará la actuación con decisión de archivo y/o citación a audiencia. Es decir que, a diferencia del Código General Disciplinario, en ese procedimiento no está establecida la etapa de investigación disciplinaria que establece el estatuto general.

Separación de funciones entre instrucción y juzgamiento

A partir de la expedición de la Ley 1952 de 2019, modificada por la Ley 2094 de 2021, se modificó el sistema procesal en el régimen general disciplinario, que hasta la Ley 734 de 2002 se regía por el sistema inquisitivo, en el cual la investigación y

juzgamiento recaía en el mismo funcionario, para avanzar en un modelo con tendencia acusatoria, en el cual están divididas las funciones de instrucción y juzgamiento.

El Código Disciplinario Militar en su estructura preserva el modelo inquisitivo, lo cual supone una importante diferencia en lo que atañe a los procesos disciplinarios en contra de los militares, pues respecto de los adelantados al interior de las Fuerzas Militares se aplica el sistema procesal inquisitivo, en tanto respecto de los que cursan en la Procuraduría General de la Nación se garantiza en el procedimiento la separación en las etapas de instrucción y juzgamiento.

La Ley 1862 de 2017 se refiere al procedimiento en las siguientes disposiciones: el artículo 45 señala que «El destinatario de este código deberá ser investigado y juzgado por las autoridades señaladas en la presente ley»; el artículo 91 establece que «Se entiende por atribución disciplinaria la facultad para investigar y sancionar que tienen los competentes según lo previsto en este código»; y el artículo 118 consagra que «El competente con atribuciones disciplinarias podrá designar como funcionarios de instrucción a los oficiales y suboficiales en servicio activo, que se encuentren dentro de su estructura organizacional, siempre y cuando sean más antiguos que el investigado».

Confesión y aceptación de cargos

El artículo 191 del Código Disciplinario Militar consagra la figura de la confesión como un medio de prueba, la cual, de conformidad con lo previsto en el numeral 1 del artículo 84 ibidem se considera como una circunstancia de atenuación para la graduación de la sanción, cuando se realiza antes de la iniciación de la audiencia.

En dicha norma no está prevista la figura de la aceptación de cargos, incorporada en la Ley 1952 de 2019, modificada por la Ley 2094 de 2021, y en ese sentido no están previstos los beneficios consagrados en el artículo 162.

18

¿EN QUÉ CASOS NO SE APLICA EL CÓDIGO DISCIPLINARIO MILITAR?

El régimen disciplinario especial de las Fuerzas Militares no incluye faltas que no estén relacionadas con la función militar, siendo este el primer límite a la potestad que tiene el legislador para establecer los deberes funcionales y prohibiciones en virtud de la función especial que desempeñan. En ese sentido, no obstante, su especialidad no impide que sus miembros estén sujetos a las normas del Código General Disciplinario cuando incurran en comportamientos que por su naturaleza trascienden a la función propiamente militar.

En sentencia C-620 de 1998, la Corte Constitucional señaló:

Sin embargo, los regímenes especiales disciplinarios sólo pueden comprender las regulaciones íntimamente vinculadas con su objeto específico. Para la Corte es claro que, en el caso bajo examen, conductas que trasciendan la función

propriadamente militar o policiva, por carecer de relación directa con el servicio, no podrán quedar cobijadas dentro de las indicadas regulaciones, lo cual se predica, entre otros casos, de las conductas que violan los derechos humanos. Tales comportamientos quedan, entonces, sometidos a la normatividad ordinaria, penal o disciplinaria.

En ese sentido, cuando se sobrepasa el límite funcional, corresponde aplicar el C.G.D., por ejemplo, tratándose de graves o gravísimas violaciones a los Derechos Humanos o al Derecho Internacional Humanitario, que, por su naturaleza, carecen de relación directa con el servicio y rompen ese límite de los deberes funcionales que les son asignados, al tratarse de conductas abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública, deberá aplicarse la norma general tanto en su aspecto sustancial como en su aspecto procesal⁸².

Dentro de este tipo de faltas, se encuentra consagrado el caso de violencia sexual, con ocasión del conflicto, evento en que, al no existir ninguna relación entre la conducta y los deberes funcionales, no resulta aplicable el régimen especial. De manera taxativa, el legislador determinó que las investigaciones por presuntas faltas disciplinarias por este tipo de conductas se adelantarían de conformidad con lo previsto en el Código Único para el procedimiento verbal, hoy de conformidad con lo preceptuado en el Código General Disciplinario, así quedó consagrado en el párrafo 1 del artículo 13 de la Ley 1719 de 2014, por la cual se adoptan medidas para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual, en especial la violencia sexual con ocasión del conflicto armado.

82 Al respecto consultar la Directiva No. 003 de 4 de marzo de 2019, expedida por el Procurador General de la Nación.

De otra parte, las investigaciones que se adelanten por acoso laboral, por expresa disposición legal, se sustraen de la aplicación del Código Disciplinario Militar.

La Ley 1010 de 2006 estableció las medidas para prevenir, corregir y sancionar el acoso laboral y otros hostigamientos en el marco de las relaciones de trabajo, contemplando dentro de su ámbito de aplicación como sujetos activos, entre otros, a los servidores públicos, tanto empleados públicos como trabajadores oficiales y servidores con *régimen especial* que se desempeñen en una dependencia pública.

En ese contexto, reguló la competencia y el procedimiento para adelantar las investigaciones con ocasión de dichas conductas.

ARTÍCULO 12. Competencia. Corresponde a los jueces de trabajo con jurisdicción en el lugar de los hechos adoptar las medidas sancionatorias que prevé el artículo 10 de la presente Ley, cuando las víctimas del acoso sean trabajadores o empleados particulares.

Cuando la víctima del acoso laboral sea un servidor público, la competencia para conocer de la falta disciplinaria corresponde al Ministerio Público o a las Salas Jurisdiccional Disciplinaria de los Consejos Superior y Seccionales de la Judicatura, conforme a las competencias que señala la ley.

ARTÍCULO 13. Procedimiento sancionatorio. Para la imposición de las sanciones de que trata la presente Ley se seguirá el siguiente procedimiento:

Cuando la competencia para la sanción correspondiere al Ministerio Público se aplicará el procedimiento previsto en el Código Disciplinario Único.

Conforme con lo anterior, las investigaciones relacionadas con presuntos hechos constitutivos de acoso laboral en contra de miembros de la Fuerza Pública, se tramitarán de conformidad con el procedimiento previsto en el Código General Disciplinario, por expresa disposición legal, a pesar de que los investigados, por la naturaleza de sus funciones, estén amparados por un régimen especial, aunado a que la conducta deberá investigarse como una falta gravísima, conforme lo prevé el artículo 10 de la citada norma, cuya actuación compete de manera exclusiva al Ministerio Público.

En conclusión, corresponde al operador disciplinario, en cada caso particular, evaluar la conducta desplegada por el integrante de la Fuerza Pública, en aras de verificar no solo que la misma se haya cometido cuando se encontraba en servicio activo, sino que por su naturaleza el comportamiento este directamente relacionado con la función militar, en virtud de la cual se justifica la aplicación de un régimen especial, de no ser así, deberá aplicarse la norma disciplinaria general.

19

¿EN QUÉ CONSISTE EL EJERCICIO DEL PODER DISCIPLINARIO PREFERENTE Y CUÁLES SON SUS REQUISITOS?

La Constitución Política establece en el artículo 277 que el Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes tendrá, entre otras, la función de «Ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes, e imponer las respectivas sanciones conforme a la Ley».

El párrafo del artículo 7° del Decreto ley 262 de 2000 establece que el Procurador General de la Nación ejercerá las funciones establecidas en el artículo 277 de la Constitución Política o podrá delegarlas en cualquier servidor público o dependencia de la entidad.

El ejercicio del poder preferente se encuentra consagrado en los artículos 3 y 86 del Código General Disciplinario, los cuales establecen que la Procuraduría General de la Nación es titular del

ejercicio preferente del poder disciplinario en cuyo desarrollo *podrá* iniciar, proseguir o remitir cualquier investigación o juzgamiento, de competencia de los órganos de control disciplinario interno de las entidades públicas y personerías distritales y municipales, y así mismo que *podrá* asumir el proceso en segunda instancia.

Para que la Procuraduría haga uso del poder disciplinario preferente, debe haber una previa decisión motivada del funcionario que tendría la competencia para asumir la actuación, la cual procede de oficio o a petición del disciplinable, cuando este invoque debidamente sustentada la violación del debido proceso, caso en que *podrá* asumir la investigación disciplinaria iniciada por otro organismo.

Es importante señalar que, una vez avocado el conocimiento por parte de la Procuraduría, esta agotará el trámite de la actuación hasta la decisión final.

En esta línea, el Procurador General de la Nación expidió la Resolución 456 de 14 de septiembre de 2017 «Por medio de la cual se desarrollan el poder disciplinario preferente y la supervigilancia administrativa de la Procuraduría General de la Nación, y se regula su trámite en procesos disciplinarios».

En cuanto a la naturaleza del poder preferente, es importante precisar que el inicio de toda actuación disciplinaria por parte de la Procuraduría implica el ejercicio del poder disciplinario preferente y desplaza a otra autoridad para que inicie o adelante procesos por los mismos hechos, el objeto de este ejercicio es hacer efectiva la competencia constitucional prevalente de esta entidad para adelantar la acción disciplinaria y garantizar la efectividad y eficacia de dicha potestad, de manera coordinada con las demás autoridades habilitadas para su ejercicio.

El poder preferente corresponde entonces a una potestad que podrá ejercer la Procuraduría para “desplazar al servidor que inicia o adelanta una investigación disciplinaria, pero su ejercicio no es obligatorio ni exclusivo, pues al incluir la norma constitucional el vocablo «podrá», advierte que se trata de una atribución facultativa”⁸³.

Causales para la procedencia del ejercicio del poder disciplinario preferente

Cuando se acredite alguna de las siguientes circunstancias, se justifica, y en tal sentido la Procuraduría podrá asumir las investigaciones que se adelanten en otras entidades y órganos de control disciplinario interno:

- i. Que el asunto provoque o comprometa un impacto de orden social, económico, político o institucional, o genere connotación especial de la opinión pública, de alcance nacional o territorial.
- ii. Que se advierta razonadamente que para la garantía de los principios que rigen el proceso disciplinario, es procedente que la actuación la adelante directamente la Procuraduría General de la Nación.
- iii. Que directamente la Procuraduría considere que un determinado caso debe ser asumido para garantizar el cumplimiento de los fines esenciales inherentes a la Entidad, en virtud de los mandatos constitucionales que le rigen.

Como se advierte de las referidas causales el poder preferente que faculta a la Procuraduría para adelantar actuaciones en contra de cualquier servidor público, salvo las excepciones

83 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, C.P.: ÁLVARO NAMÉN VARGAS, Bogotá D.C., nueve (9) de diciembre de dos mil veinte (2020), Radicación número: 11001-03-06-000-2020-00128-00(C)

constitucionales, está soportado en criterios de conveniencia y necesidad en aras de garantizar principios y fines superiores establecidos tanto en la Constitución como en la ley, de modo que cuando por la naturaleza de los hechos investigados se reclame la mayor diligencia, eficiencia, celeridad y experticia, se justifica que el conocimiento lo asuma el máximo ente de control disciplinario.

A través del Memorando No. 003 de 9 de marzo de 2018, el viceprocurador general de la Nación impartió instrucciones para la implementación de la normativa aplicable al poder disciplinario preferente, solicitando estudiar con prioridad los casos que se fundamenten en el uso y manejo del recurso público, probidad en la gestión, derechos humanos y casos de impacto y relevancia nacional, en atención al cargo público que ostente el sujeto disciplinable o los hechos investigados.

Así mismo, el viceprocurador general de la Nación, con funciones de procurador general, expidió la Directiva 002 de 20 de febrero de 2019, a través de la cual se impartieron instrucciones para el conocimiento y ejercicio del poder preferente frente a hechos relacionados con amenazas o violaciones de los derechos de los líderes y lideresas sociales del país, al considerar estas conductas de muy alto impacto para la sociedad y la democracia y la afectación a los derechos fundamentales.

En cuanto a las investigaciones relacionadas con presuntas conductas de violencia sexual por parte de miembros de la Fuerza Pública en contra de niños, niñas y adolescentes, se determinó en la Resolución No. 0265 de 7 de julio de 2020, suscrita por el procurador general de la Nación, la creación de un comité asesor, con el propósito de seleccionar los procesos disciplinarios que cursen en otras entidades, siguiendo los lineamientos establecidos para el ejercicio del poder preferente, en aras de la garantía de sus derechos fundamentales.

En todo caso corresponde al funcionario evaluar la procedencia del ejercicio del poder preferente, atendiendo la naturaleza de los hechos investigados, conforme con los criterios antes expuestos, y en los eventos en los que se advierta la vulneración al debido proceso, afectación al derecho de defensa o perturbación a los postulados de eficiencia y eficacia en la actuación disciplinaria.

Reglas para el ejercicio del poder preferente

La Procuraduría, a través de diferentes actos administrativos, ha establecido las reglas que deberán observarse cuando se asuma el poder preferente por parte de esta entidad y de las personerías distritales y municipales.

- i. Se realiza de forma integral, es decir, asumiéndolo contra todos los implicados y por todas las faltas conexas, respetando la competencia inherente a cada dependencia.
- ii. Ni la solicitud de ejercicio del poder preferente ni el trámite adelantado para decidir si se asume, paralizan la competencia del órgano de control interno, salvo que el proceso se encuentre para fallo, caso en que se suspende la actividad procesal hasta que se decida.
- iii. El poder disciplinario preferente no se ejerce sobre decisiones debidamente ejecutoriadas.
- iv. Tratándose de decisiones inhibitorias no procede el ejercicio del poder preferente por desplazamiento de competencia a cargo de la Procuraduría, sin perjuicio de que ésta adelante la revisión sobre los hechos relacionados con el caso y adopte las decisiones que estime en cuanto al inicio o no de una actuación disciplinaria.

- v. La solicitud del expediente a los órganos de control interno solamente se podrá realizar hasta que se haya tomado la decisión de ejercer el poder preferente.
- vi. La facultad para estudiar el ejercicio del poder preferente, de oficio o por solicitud de cualquier persona, la tiene en la Procuraduría General de la Nación el funcionario competente de primera o segunda instancia según el momento procesal en que se encuentre el trámite ante las personerías y los órganos de control interno disciplinario, de acuerdo con las competencias establecidas en el Decreto ley 262 de 2000, modificado por el Decreto ley 1851 de 2021.
- vii. Asumido el conocimiento de una investigación en virtud del poder disciplinario preferente, se dará prioridad al trámite del respectivo proceso disciplinario.
- viii. Si se aprehende el conocimiento de un proceso en virtud del poder disciplinario preferente, la procuraduría llevará hasta su culminación el trámite del proceso en la respectiva instancia de su competencia.

Es decir, cuando se asume el conocimiento de determinada investigación por poder disciplinario preferente autorizado por el viceprocurador general de la Nación, no podrá posteriormente remitirse la actuación, la remisión solamente se podrá realizar respecto de investigaciones que se adelanten en la Procuraduría, por los mismos hechos que esté conociendo otro ente u órgano del Estado.

Poder preferente por parte de las Personerías Municipales y Distritales

Las personerías municipales y distritales tendrán frente a la administración poder disciplinario preferente, sin embargo, este no se ejercerá respecto del alcalde y de los concejales pues tal competencia corresponde de manera exclusiva a la Procuraduría General de la Nación.

20

¿CUÁL ES EL TRÁMITE PARA ASUMIR EL CONOCIMIENTO DE UNA INVESTIGACIÓN EN VIRTUD DEL PODER DISCIPLINARIO PREFERENTE?

En cuanto a este aspecto, es importante hacer dos distinciones:

- i. Cuando una dependencia de la Procuraduría General de la Nación tenga conocimiento de una actuación que se esté surtiendo al interior de una oficina de control interno disciplinario o en las prisiones, por hechos de los que esté conociendo previamente en su despacho, evaluará y determinará si continúa el trámite o si remite lo actuado a la entidad correspondiente.

En caso de que decida continuar el trámite, solicitará que la dependencia donde cursa le envíe el expediente disciplinario, en estos eventos para la aprehensión o remisión del expediente no se requiere pronunciamiento del viceprocurador a efectos de asumir o no la investigación. En el caso último en que se haya remitido, la Procuraduría podrá reasumir la investigación en cualquier momento.

- ii. Cuando se presentan solicitudes de poder preferente, la situación es diferente, en este evento dicha solicitud será evaluada por el funcionario que tenga la atribución para conocer de la actuación correspondiente, de conformidad con las competencias previstas en el Decreto ley 262 de 2000, modificado por el Decreto ley 1851 de 2021.

Recibida la solicitud, a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes, el funcionario competente de la Procuraduría practicará visita especial al expediente que tramita el órgano disciplinario para establecer la veracidad, importancia y procedencia de la solicitud; también deberá practicar visita especial cuando se aplique la figura del poder preferente de manera oficiosa.

Rechazo de plano de la solicitud

Si la solicitud no estuviere debidamente sustentada el funcionario competente podrá rechazarla de plano, sin realizar visita al expediente y deberá comunicar al solicitante sobre dicha decisión.

Concepto negativo

Si una vez practicada la visita especial, se estima que no es razonable el ejercicio del poder preferente, así se dispondrá en decisión motivada que no es susceptible de recurso alguno, el funcionario competente, quien resolverá la petición dentro de los cinco (5) días siguientes a la práctica de la visita, enviará solamente copia de lo decidido a la Viceprocuraduría General de la Nación, para el seguimiento.

Es importante señalar que la determinación negativa para asumir el poder preferente que adopten los procuradores delegados y territoriales no limita ni condiciona la competencia del viceprocurador para definir la aplicación del poder disciplinario preferente respecto a determinada investigación.

Concepto positivo

Cuando se considere que resulta procedente el ejercicio del poder preferente, se deberá remitir a la Viceprocuraduría copia de la petición, si la hay, de la visita que se practicó al proceso disciplinario y del concepto suscrito por el titular de la dependencia, en el que se expongan claramente los motivos por los que considera que la Procuraduría debe asumir el conocimiento de la actuación disciplinaria correspondiente.

En ambos casos las decisiones deben estar debidamente motivadas. Tanto las decisiones en las cuales se resuelvan negativamente solicitudes de poder preferente por parte de los procuradores delegados y territoriales, como los conceptos positivos que se envíen a la Viceprocuraduría, deben ser suscritos por el superior jerárquico de cada dependencia con el respectivo análisis y no solamente acogiendo el informe del funcionario que practique la visita.

21

¿QUÉ ES LA SUPERVIGILANCIA ADMINISTRATIVA Y EN QUÉ CASOS PROCEDE?

El artículo 109 del Código General Disciplinario se refiere a la intervención del Ministerio Público como sujeto procesal en materia disciplinaria, y al uso de la supervigilancia administrativa en los casos en que no se ejerza el poder preferente.

En la Resolución 456 de 14 de septiembre de 2017, se determina que la supervigilancia administrativa consiste en la potestad que ostenta la Procuraduría General de la Nación para intervenir como sujeto procesal en investigaciones disciplinarias que se adelanten en los distintos entes u órganos del Estado, en defensa del orden jurídico, de los derechos y garantías fundamentales.

Procedimiento para aplicar la Supervigilancia Administrativa

El viceprocurador general de la Nación podrá autorizar la supervigilancia administrativa en aquellos casos en los cuales considere que no es procedente el ejercicio del poder disciplinario preferente.

Los procuradores delegados, regionales, provinciales y distritales, en aquellos casos en los que emitan concepto negativo sobre el poder disciplinario preferente, podrán dar aplicación a la supervigilancia administrativa, cuando los hechos denunciados tengan cierta relevancia por la importancia del cargo o función del disciplinable, la gravedad de la imputación o la trascendencia social de los hechos, constituyéndose en sujeto procesal, bien directamente o a través de la designación de un servidor de su dependencia.

Conforme con lo anterior, los procuradores delegados y territoriales están facultados dentro de su autonomía para decidir la aplicación de la supervigilancia administrativa respecto de las solicitudes que por competencia les corresponda conocer, sin necesidad de previa autorización del viceprocurador general de la Nación, de acuerdo con lo estipulado en los artículos decimoprimer y decimosegundo de la citada resolución.

Al igual que el marco del análisis del poder preferente, las decisiones en las que se autorice la supervigilancia administrativa deben estar debidamente motivadas.

La determinación de autorizar la supervigilancia administrativa no limita ni condiciona la competencia del viceprocurador para definir la aplicación del poder disciplinario preferente respecto a determinada investigación.

A quien intervenga en el proceso disciplinario, en virtud de la supervigilancia administrativa, le asisten como sujeto procesal las siguientes facultades, de conformidad con lo señalado el artículo 110 del Código General Disciplinario:

1. Solicitar, aportar y controvertir pruebas e intervenir en la práctica de estas.

2. Interponer los recursos de ley.
3. Presentar las solicitudes que consideren necesarias para garantizar la legalidad de la actuación disciplinaria y el cumplimiento de los fines de la misma, y
4. Obtener copias de la actuación, salvo que por mandato constitucional o legal esta tenga carácter reservado.

22

¿CUÁLES SON LAS DECISIONES DISCIPLINARIAS SUSCEPTIBLES DE REVOCATORIA DIRECTA?

Desde la Ley 200 de 1995⁸⁴, cuando se reguló la figura en el artículo 111, se han generado inquietudes en relación con las decisiones disciplinarias que deben ser susceptibles de revocatoria directa. El Código Disciplinario Único estableció que eran objeto de tal figura jurídica los fallos disciplinarios. Tal situación generó discusiones de orden constitucional en relación con la posibilidad de revocar otras providencias de importancia dentro de la actuación, lo que llevó a la Corte Constitucional a ocuparse del tema.

En sentencia C-892 de 1999, la Corte Constitucional analizó si la decisión del legislador de limitar la revocatoria directa a los fallos disciplinarios, era violatorio de nuestra Constitución Política. En tal sentencia, recordó que la facultad del servidor público investigado de controvertir las decisiones adoptadas durante el

84 Por la cual se adopta el Código Disciplinario Único.

trámite de la actuación disciplinaria es un elemento medular del derecho fundamental al debido proceso. Sin embargo, la revocatoria directa es un recurso con naturaleza extraordinaria que busca garantizar la constitucionalidad y legalidad de los fallos emitidos por autoridades administrativas disciplinarias cuando resulten contrarios a la Constitución o a la ley o cuando con ellos se vulneren los derechos fundamentales. Lo anterior, no dejaba a las demás decisiones del proceso desprovistas de la posibilidad de ser impugnadas y se encontraba dentro del margen de configuración legislativa del Congreso de la República. En tal sentido, la guardiana de la Carta señaló:

Por lo tanto, los argumentos esgrimidos al analizar la constitucionalidad de los artículos 99 y 102 del Código Disciplinario Único, son válidos respecto del artículo 111 ejusdem, que ahora se estudia. Pero además, considera esta Corporación, que el legislador en aras de garantizar el efectivo ejercicio del derecho de defensa en los procesos disciplinarios, consagró varios medios de impugnación, como ya ha quedado claro en esta sentencia. Ello es así, por cuanto el investigado, cuenta con los recursos de reposición y apelación, con las nulidades procesales y, además, con la revocatoria directa, los cuales, aseguran y garantizan el derecho de defensa del investigado, durante el proceso disciplinario.

De manera que, no es aceptable el cargo formulado por el demandante, contra el artículo 111 del Código Disciplinario Único.

Adicional a lo señalado por la Corte, la revocatoria directa es una posibilidad que, de forma general, procede contra los actos administrativos definitivos para que la administración corrija sus errores sin necesidad de intervención del juez. De allí que, desde la Ley 200 de 1995, solo se hiciera referencia a los fallos disciplinarios.

Posteriormente, la Ley 734 de 2002⁸⁵, en el artículo 122, reservó la revocatoria directa para los fallos sancionatorios. Lo anterior, generó una nueva inquietud ya no con el resto de las decisiones de importancia adoptadas dentro del proceso disciplinario, sino en relación con los fallos absolutorios y los archivos. Pero con un ingrediente adicional, tal situación podría restringir los derechos de las víctimas a la igualdad, al acceso a la administración de justicia, al debido proceso, a la verdad y a la reparación.

Por lo anterior, la Corte Constitucional, en sentencia C-014 de 2004, analizó si la improcedencia de la revocatoria directa de los fallos disciplinarios absolutorios vulneraba los derechos a la verdad y a la justicia de las víctimas de las faltas constituidas por violaciones del derecho internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario. Para responder tal interrogante, se revisó la tensión entre dos principios constitucionales en el ámbito de la revocatoria de fallos disciplinarios: el principio de seguridad jurídica y el de justicia material. El primero protege la estabilidad de las decisiones definitivas y el principio de *non bis in idem*. El segundo obliga al Estado a asegurar un orden justo, permitiendo investigar y sancionar faltas cometidas por servidores públicos. Sin embargo, se recordó que ninguno de estos principios es absoluto, ya que mantener una decisión errónea podría comprometer la justicia, mientras que revocar decisiones reiteradamente pondría en riesgo la seguridad jurídica.

En esta decisión la Corte Constitucional consideró que, en general, la improcedencia de la revocatoria directa contra los fallos disciplinarios absolutorios o la decisión de archivo de la actuación es legítima; resulta coherente con la Carta la decisión del legislador de dar primacía, en materia disciplinaria, al dere-

85 Por la cual se expide el Código Disciplinario Único.

cho a la seguridad jurídica que ampara al investigado sobre el derecho de justicia material. Sin embargo, cuando se trata de faltas constitutivas de violaciones del derecho internacional de los Derechos Humanos o del Derecho Internacional Humanitario, precisó que sí era procedente revocar el fallo absolutorio y el auto de archivo, ya que estas decisiones afectan la expectativa legítima que tienen las víctimas o perjudicados con esos comportamientos, el Estado y la comunidad internacional de establecer la verdad e impartir justicia.

Este pronunciamiento sirvió de fundamento para la reforma introducida por la Ley 1474 de 2011⁸⁶, artículo 47, la cual fue más allá y extendió la revocatoria a todos los archivos y a los fallos absolutorios, en este último evento, en caso de faltas contra los Derechos Humanos o el Derecho Internacional Humanitario.

Con tal modificación se generó un nuevo interrogante sobre la afectación del *non bis in idem* y la seguridad jurídica, al permitirse la revocatoria directa de los archivos, especialmente, porque en la sentencia C-014 de 2004 solo se había avalado en caso de faltas contra los Derechos Humanos o el Derecho Internacional Humanitario. La Corte Constitucional, en sentencia C-306 de 2012, consideró que los tratados de lucha contra la corrupción y la libertad de configuración legislativa justificaban la posibilidad de revocar los archivos. En estos términos señaló:

Esta consideración de la Corte, vertida en la sentencia que declaró exequible la ‘Convención de las naciones unidas contra la corrupción’, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en Nueva York, el 31 de octubre de 2003, y la Ley 970 del 13 de julio de 2005, aprobatoria de la misma,

86 “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública.”

ilustran como la lucha contra la corrupción, en tanto fenómeno que afecta de manera sustancial la realización de los postulados propios del Estado Social de Derecho, principios fundamentales de la Carta Política, e inclusive derechos de los ciudadanos, se presenta como un fin legítimo del Estado, digno de ser ponderado por el Legislador al momento de dictar las leyes.

En el presente caso, la lectura adecuada con la Constitución de la norma analizada, expone la cuestión de la adecuación de la ponderación realizada por el Legislador entre los bienes jurídicos de la protección al Estado Social de Derecho, el principio de transparencia en el ejercicio de la función pública e incluso del principio democrático representados por la lucha contra la corrupción, en contra del principio de cosa juzgada y *non bis in ídem*, situación que de acuerdo con lo dicho anteriormente, sólo admite un control moderado por parte de la Corte Constitucional.

... Así, encuentra la Corte que la decisión del Legislador de dar preponderancia a la lucha sobre la corrupción sobre el principio de cosa juzgada y la garantía de *non bis in ídem*, en tanto no rebasa su facultad de configuración y busca proteger principios constitucionalmente legítimos y supremamente valiosos, no vulnera la Constitución Política.

Estos antecedentes no fueron ajenos al legislador cuando se expidió el Código General Disciplinario. Así, la redacción inicial de la Ley 1952 de 2019⁸⁷ era similar a lo establecido en la Ley 1474 de 2011⁸⁸, sin embargo, con la modificación del artículo 28 de la

87 Por medio de la cual se expide el Código General Disciplinario, se derogan la Ley 734 de 2002 y algunas disposiciones de la Ley 1474 de 2011, relacionadas con el derecho disciplinario.

88 Op cit.

Ley 2094 de 2021⁸⁹, el Código General Disciplinario establece que las decisiones susceptibles de revocatoria directa son los fallos sancionatorios y, atendiendo lo establecido en la sentencia C-014 de 2004, los fallos absolutorios y autos de archivo cuando se trate de faltas que constituyan infracciones al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario.

Se recuerda que lo anterior no comprende las decisiones proferidas por la Comisión Nacional o las Comisiones Seccionales de Disciplina Judicial, ya que estas emiten providencias de carácter judicial y la revocatoria directa es una figura propia de los actos administrativos.

89 Por medio de la cual se reforma la ley 1952 de 2019 y se dictan otras disposiciones.

23

¿CUÁNDO PROCEDE LA REVOCATORIA DIRECTA DE LAS DECISIONES DISCIPLINARIAS?

Tal como atrás se indicó, son susceptibles de revocatoria directa los fallos sancionatorios en general y los absolutorios y autos de archivo cuando se trate de faltas que constituyan infracciones al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario. Estas decisiones comprenden tanto las emitidas dentro del control interno disciplinario como las que se produzcan en ejercicio de control externo disciplinario por parte de la Procuraduría General de la Nación y las personerías.

La revocatoria directa busca excluir del ordenamiento un acto administrativo para proteger derechos subjetivos de una persona. En materia disciplinaria, constituye una excepción a la cosa juzgada y está justificada por la importancia de los valores que busca proteger. No es una instancia adicional para controvertir las providencias, ni es un recurso ordinario, se trata de un mecanismo que tiene la administración para el control y la recti-

ficación de sus propios actos, sin que sea necesario acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa. La revocatoria directa de los actos administrativos tiene un carácter extraordinario y busca garantizar tanto el imperio de la Constitución como los derechos fundamentales⁹⁰.

Si bien, la Ley 1437 de 2011 regula la figura de forma general estableciendo tres causales de procedencia a saber, oposición a la Constitución Política o a la ley, afectación al interés público o social, o causar agravio injustificado a una persona, en materia disciplinaria hay reglamentación especial, tal como lo autoriza el artículo 2 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo al señalar que «Las autoridades sujetarán sus actuaciones a los procedimientos que se establecen en este Código, sin perjuicio de los procedimientos regulados en leyes especiales».

El Código General Disciplinario establece que los fallos sancionatorios, los autos de archivo y los fallos absolutorios son revocables cuando infrinjan de forma manifiesta las normas constitucionales, legales o reglamentarias en que deban fundarse y cuando con tales decisiones se vulneren o amenacen manifiestamente los derechos fundamentales. De manera que no se trata de cualquier contradicción normativa ni de situaciones que puedan generar discusión acerca de la violación de los derechos fundamentales; lo manifiesto es aquello que resulta claro, ostensible o evidente. En otras palabras, «la revocatoria no procede cuando la administración simplemente ha incurrido en error de hecho o de derecho, como tampoco, por la simple duda que la autoridad pública pueda tener sobre la legalidad del acto administrativo o los medios usados para obtener su expedición»⁹¹.

90 Corte Constitucional, sentencia C-014 de 2004.

91 Sentencia T-105 de 2007.

Ahora bien, la revocatoria directa, conforme se establece en el artículo 142 del Código General Disciplinario, procede de oficio o a petición del sancionado para el caso de fallo sancionatorio, o del quejoso, víctimas o perjudicados en caso del fallo absolutorio o archivo cuando se trata de faltas que constituyan infracciones al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario. En este último evento, se debe solicitar dentro de los cuatro (4) meses siguientes al conocimiento de la respectiva decisión y una vez se allegue la petición de revocatoria, la Procuraduría General de la Nación deberá informar al disciplinable para que se pronuncie, dentro de los diez (10) días siguientes a la entrega de la comunicación en la última dirección registrada. La solicitud de revocatoria debe ser resuelta en el término máximo de seis (6) meses contados a partir de que se asuma su conocimiento.

Por regla general, conforme lo indicado en el artículo 143 ibidem, la solicitud de revocatoria del fallo se debe realizar dentro de los cinco años siguientes a la fecha de ejecutoria de este. Tal escrito, debe contener:

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.
2. La identificación del fallo cuya revocatoria se solicita.
3. La sustentación expresa de los motivos de inconformidad relacionados con la causal de revocatoria en que se fundamenta la solicitud.

Resulta relevante advertir que cuando no se reúna tales requisitos, lo procedente es inadmitir la solicitud y conceder un término de cinco (5) días para proceder a su corrección o complemento, so pena de rechazo.

En cuanto al límite procesal, en caso de demanda ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, se advierte su procedencia siempre y cuando no se hubiere proferido sentencia definitiva. En este caso, indicó el legislador que podría solicitarse la revocatoria de la decisión por causa distinta a la que dio origen a la decisión jurisdiccional. Sin embargo, resulta discutible revocar directamente el acto cuando hay decisión jurisdiccional definitiva, en la medida que, a partir de sentencia del 9 de agosto de 2016 el Consejo de Estado unificó postura sobre el control que realiza la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo al acto administrativo disciplinario advirtiendo que es de carácter pleno e integral⁹². Esto significa que el análisis del juez no se limita a las causales de nulidad argumentadas por el demandante, sino que, con el fin de garantizar la tutela judicial efectiva, ese control es de carácter integral por cuanto exige una revisión legal y constitucional de las actuaciones surtidas ante los titulares de la acción disciplinaria, sin límite alguno sobre su competencia⁹³. De manera que al existir una decisión jurisdiccional que se pronunció de forma integral sobre el asunto, no sería clara la procedencia por causales diferentes a las invocadas por el demandante.

De igual forma, a diferencia del régimen general, en materia disciplinaria no se requiere el consentimiento del afectado con la revocatoria que se prevé en la Ley 1437 de 2011 para los casos de actos de carácter particular.

Debe resaltarse igualmente, que no es procedente la revocatoria si se hizo uso de los ordinarios contra la decisión disciplinaria. En este caso, si se presentan las causales legales para ello, solo es

92 Consejo de Estado, Sala Plena, sentencia de unificación 11001032500020110031600 (2011-1210), 9 de agosto de 2016. Magistrado ponente William Hernández Gómez.

93 Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, C.P.: William Hernández Gómez. Bogotá, D.C., Nueve (9) De Julio De Dos Mil Veinte (2020). Radicación: 81001233300020140112001 (2425-2016).

procedente revocar de oficio. Tal situación fue motivo de análisis por la Corte Constitucional, cuando esta limitante se encontraba en el artículo 113 de la Ley 200 de 1995, ya que según el demandante se generaba una discriminación entre servidores públicos, dado que el Código Contencioso Administrativo (C.C.A.) permitía la revocatoria directa en cualquier momento.

En la sentencia C-095 de 1998, la Corte recordó que en materia disciplinaria prevalece el régimen especial, el cual excluye aplicación de disposiciones del régimen general, en ese momento, Código Contencioso Administrativo. Resaltó de igual forma que la exclusión de la revocatoria directa después de ejercitar los recursos ordinarios no viola el debido proceso, ya que los recursos ordinarios que pueden presentarse en la actuación garantizan plenamente la defensa del sancionado. Se precisa que los recursos ordinarios y la revocatoria directa son mecanismos de naturaleza diferente y permitir ambos iría en contra de los principios de economía y celeridad que rigen la administración pública, afectando la seguridad jurídica ya que abriría la puerta a múltiples revisiones sobre una misma sanción, lo que prolongaría innecesariamente el proceso y podría generar incertidumbre en la administración de justicia disciplinaria.

24

¿QUIÉN ES LA AUTORIDAD COMPETENTE PARA REVOCAR LAS DECISIONES DISCIPLINARIAS?

Una de las características propias del acto administrativo es su revocabilidad, que se traduce en la potestad de la administración para revisar y volver a decidir sobre aquellos asuntos sobre los cuales ha adoptado una decisión. Esta posibilidad, busca asegurar el respeto al principio de legalidad y la prevalencia del interés público. Forma parte del campo de regulación de la estructura de la administración pública, de su funcionamiento y de la legalidad misma de las decisiones que adopte, la posibilidad de cuestionar sus resoluciones a través de los medios de impugnación y revisión en los términos legalmente establecidos, incluidos los extraordinarios y excepcionales, como la revocatoria directa, toda vez que la administración en ejercicio de sus funciones no está exenta de producir actos irregulares que, además de generar una vulneración del ordenamiento jurídico, pueden llegar a afectar los derechos subjetivos e intereses de sus gobernados⁹⁴.

94 Corte Constitucional, sentencia C-095 de 1998.

El respeto de la seguridad jurídica y de los derechos adquiridos o situaciones jurídicas particulares que han quedado consolidadas en cabeza de una persona, como también la presunción de legalidad de las decisiones administrativas en firme, avalan la inmutabilidad o intangibilidad de los derechos subjetivos reconocidos por la administración a través de un acto administrativo. Esa inmutabilidad por regla general se puede afectar de forma excepcional con la revocatoria directa por parte de la misma autoridad que profirió la decisión o su superior funcional. Ello tiene fundamento en el principio de autotutela administrativa, para que la misma administración corrija sus errores y evite una condena judicial.

En el régimen general, tal como lo establece el artículo 93 de la Ley 1437 de 2011, los actos administrativos son revocables por los mismos funcionarios que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores. Bajo la misma lógica, la Ley 200 de 1995 en el artículo 112 fijaba la competencia en el superior funcional y en quien había proferido el fallo de primera o única instancia; adicionalmente, indicaba que, en los procesos disciplinarios conocidos por la Procuraduría General de la Nación, la revocación sería decidida también por el procurador general de la Nación.

La Ley 734 de 2002 mantuvo la competencia en el procurador general de la Nación, el funcionario que hubiere proferido el fallo y en el superior funcional. No obstante, esta situación cambió con la entrada en vigor del Código General Disciplinario, en el cual se radicó la competencia de revocar los fallos sancionatorios que dicten las personerías y oficinas de control interno disciplinario en el procurador general de la Nación. En este sentido, el jefe del Ministerio Público es la única autoridad competente que puede revocar los fallos sancionatorios, los autos de archivo y el fallo absolutorio dictado por estas autoridades y por la Procuraduría General de la Nación.

Así lo precisa igualmente el Decreto ley 262 de 2000, modificado por el Decreto ley 1851 de 2021, al indicar en el artículo 7 las siguientes funciones del procurador general de la Nación:

22. 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 conforme a la Ley.

(...)

24. Revocar directamente, o a través del funcionario que para el efecto se designe, las decisiones en materia disciplinaria proferidas por el control interno disciplinario de las entidades y las personerías.

Vale destacar, de igual forma, que en el régimen especial de las Fuerzas Militares, Ley 1862 de 2017, los fallos sancionatorios pueden ser revocados a petición superior y de oficio por el funcionario que los hubiere producido o por su inmediato superior y cuando se trate de faltas disciplinarias relacionadas con operaciones militares que afecten gravemente el Derecho Internacional Humanitario, además, procede la revocatoria del fallo absolutorio y del archivo de la actuación por parte del Comandante General de las Fuerzas Militares. Lo anterior, sin perjuicio de la potestad general que tiene el procurador general de la Nación.

25

¿CUÁLES SON LOS EFECTOS DE LA DECISIÓN POR LA CUAL SE REVOCA DIRECTAMENTE UNA DECISIÓN DISCIPLINARIA?

La revocatoria directa tiene efectos *ex nunc*, es decir, hacia el futuro⁹⁵. En materia disciplinaria, conforme al artículo 146 del Código General Disciplinario, similar a lo que ocurre con el artículo 96 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se advierte que este tipo de acciones no reviven los términos legales para demandar el acto ante la jurisdicción, no dan lugar a la interposición de recursos ni a la aplicación del silencio administrativo.

El Consejo de Estado ha explicado que los efectos de la revocatoria directa son diferentes a los de la nulidad, pues, la primera es ejercida con fundamento en el poder de autotutela de la administración, es decir, implica la exclusión de los efectos del acto, sin

95 Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo; C.P. Ana Margarita Olaya Forero, sentencia de 16 de julio de 2002, Rad. Núm. 23001-23-31-000-1997-8732-02.

que ella tenga el carácter de una declaración formal de ilegalidad, mientras que en la segunda el juez de lo contencioso administrativo verifica si se acredita alguna de las causales previstas por el legislador y tal pronunciamiento tiene, como regla general, efectos *ex tunc*⁹⁶. En otras palabras, la revocatoria solo surte efectos hacia futuro desde la expedición de la orden de revocación, mientras que la nulidad produce efectos retroactivos.

El legislador previó la revocatoria bajo el entendido de que dicha autonomía en el control extra o prejudicial de los propios actos de la administración no implica la facultad de las autoridades públicas para declarar la nulidad de sus decisiones con efectos propios de una sentencia, sino que esa posibilidad debe someterse a las reglas fijadas por el legislador, las cuales no derivan en un restablecimiento del derecho conculcado⁹⁷.

En relación con la oportunidad para demandar, si el afectado no lo hizo en el término legalmente previsto para ello, esto es, cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación o ejecución del acto administrativo, no puede pretender que, al producirse un nuevo pronunciamiento, vía revocatoria, se le dé una nueva oportunidad para acudir ante el juez. De la misma manera, se advierte que, si no se contesta la solicitud de revocatoria, no hay lugar al silencio administrativo. Recuérdese que el efecto práctico del silencio negativo es, por un lado, la existencia de un acto ficto que permita demandar y, por el otro, la posibilidad de hacerlo en cualquier tiempo, tal como se prevé en el artículo 164 de la Ley 1437 de 2011. Por su parte, el silencio positivo requiere aval expreso del legis-

96 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia del 23 de mayo de 2019. Radicado: 76001-23-31-000-2009-00295-01(3106-16).

97 Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección A C.P.: William Hernández Gómez Bogotá, D.C., Diez (10) de Marzo de dos mil veintidós (2022). Radicación: 66001-23-33-000-2016-00669-01 (2922-2020).

lador, que no tendría sentido alguno establecerlo en sede de revocatoria de la decisión disciplinaria, ya que ello implicaría premiar la impunidad.

De igual forma, se recuerda que tal decisión no es susceptible de recursos. Lo anterior busca evitar, de una parte, el abuso de un mecanismo que tiene naturaleza extraordinaria en sede administrativa, y, por otra, emisión de decisiones reiteradas sobre un asunto que ya fue decidido. En este punto, debe recordarse que la revocatoria directa es una excepción a la cosa juzgada disciplinaria, tal como se advierte en el artículo 16 del Código General Disciplinario, por lo cual no puede perderse de vista que la regla general es la intangibilidad de la decisión disciplinaria en sede administrativa.

En el mismo sentido, se recuerda que el sancionado puede realizar la solicitud de revocatoria solo una vez. Si se trata de peticiones reiteradas, bien puede resolverse indicando que se sujeta a lo resuelto en la decisión que resolvió la solicitud en oportunidad anterior.

26

¿EN SEDE DE REVOCATORIA DIRECTA SE PUEDE DECLARAR LA NULIDAD DEL PROCESO DISCIPLINARIO?

Para contestar este interrogante es importante recordar que la nulidad del proceso disciplinario se encuentra regulada en los artículos 202 y siguientes del Código General Disciplinario. Esta se puede declarar por falta de competencia del funcionario para proferir el fallo, violación del derecho de defensa del investigado o la existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso. Su declaratoria implica retrotraer la actuación al momento en que se presente la causal y reponer aquello que dependa de la decisión declarada nula.

En lo relacionado con la oportunidad para declararla y los requisitos para ello, los artículos 204 y 206 del Código General Disciplinario señalan lo siguiente:

ARTÍCULO 204. Declaratoria oficiosa. En cualquier estado de la actuación disciplinaria, cuando el funcionamiento que conozca del asunto advierta la existencia de alguna de las

causales previstas en la norma anterior, declarara la nulidad de lo actuado. Contra esta providencia no procede recurso.

... **ARTÍCULO 206. Requisitos de solicitud de nulidad.** La solicitud de nulidad podrá formularse hasta antes de dar traslado para alegatos de conclusión y deberá indicar en forma concreta la causal o causales respectivas, así como expresar los fundamentos de hecho y de derecho que la sustenten.

De las disposiciones transcritas se puede concluir que la nulidad procede en cualquier estado de la actuación y la oportunidad para solicitarla es el traslado para alegatos de conclusión. La actuación disciplinaria puede finalizar con el fallo ejecutoriado o con terminación y archivo definitivo en los términos de los artículos 90, 213 y 224 del Código General Disciplinario. La ejecutoria o firmeza de las decisiones disciplinarias se regula en el artículo 138 en los siguientes términos:

ARTÍCULO 138. Ejecutoria de las decisiones. Las decisiones disciplinarias contra las que proceden recursos quedaran en firme cinco (5) días después de la última notificación. Las que se dicten en audiencia o diligencia, al finalizar esta o la sesión donde se haya tomado la decisión, si no fueren impugnadas.

Las decisiones que resuelvan los recursos de apelación y queja, la consulta y aquellas contra las cuales no procede recurso alguno quedaran en firme el día que sean notificadas.

En este orden de ideas, cuando la actuación ha terminado con fallo ejecutoriado o decisión en firme que tenga la misma fuerza vinculante se produce la cosa juzgada disciplinaria. Lo anterior, sin perjuicio de lo establecido en el parágrafo del artículo 208 en el cual se indica que el archivo de la indagación cuando no se logra identificar o individualizar al posible

autor o se determine que no procede la investigación disciplinaria no hará tránsito a cosa juzgada material. En resumen, la nulidad de la actuación se puede declarar antes de que el proceso haya terminado.

Por su parte tenemos que la revocatoria directa produce efectos *ex nunc*, es decir, hacia el futuro y tiene naturaleza extraordinaria en sede administrativa. De manera que no es una instancia adicional del proceso que permita ser utilizada para declarar la nulidad del proceso. En este sentido se pronunció el Consejo de Estado en un caso en el cual se había declarado la nulidad de lo actuado a partir del pliego de cargos, vía revocatoria directa, en los siguientes términos:

La revocatoria directa no forma parte de la actuación administrativa, ni constituye un recurso ordinario, pues no está previsto en el procedimiento disciplinario ordinario y, en ese sentido, no es procedente declarar nulidad alguna en su trámite, en tanto se trata de una actuación disciplinaria concluida, aunado a los efectos que genera dicho recurso excepcional pero hacia el futuro, pues, se insiste, aquella no es una medida que permita anular y retrotraer un proceso disciplinario en los que se han surtido las dos instancias, y en caso de hacerse, se estaría vulnerando el principio de legalidad, el debido proceso, las formas propias del juicio, y se incurría en una doble incriminación al reiniciar dicho proceso.

Así las cosas, una vez revocado el fallo disciplinario sancionatorio no es posible declarar la nulidad de lo actuado y retrotraer la actuación, ya que sus efectos son hacia futuro. Por su parte, en relación con el fallo absolutorio tendría que emitirse la decisión sancionatoria correspondiente o si se revoca el archivo continuar el procedimiento disciplinario sin que ello implique la declaratoria de nulidad.

INTERROGANTES EN LA PARTE PROCESAL

27

¿CUÁLES SERVICIOS PRESTA LA DIRECCIÓN NACIONAL DE INVESTIGACIONES ESPECIALES DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN?⁹⁸

La Dirección Nacional de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación (DNIE) es una dependencia técnica, científica operativa y especializada de la Procuraduría General de la Nación, encargada de ejercer la función constitucional de policía judicial para apoyar la investigación disciplinaria en el aseguramiento y práctica de las pruebas, que por su naturaleza, complejidad u oportunidad requiere de su intervención. Para ser más gráficos, la policía judicial disciplinara consiste en la toma de algunas decisiones y la realización de ciertas actividades especializadas de carácter probatorio.

98 La respuesta a este interrogante se hizo con la colaboración de Diana Margarita Álvarez Araujo y Adán Ricardo Monroy Suárez, servidores públicos adscritos a la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación.

Debe recordarse que la policía judicial disciplinaria es de naturaleza constitucional, autónoma e independiente de las otras entidades con funciones de policía judicial, entendida como la atribución de apoyar a las autoridades que adelantan actuaciones disciplinarias en el aseguramiento y práctica de las pruebas en los campos técnico, científico, operativo e investigativo, aspectos que contribuyen al esclarecimiento de la ocurrencia de la falta disciplinaria, de sus presuntos autores y su responsabilidad.

El apoyo de la DNIE es prestado a todas las dependencias de la Procuraduría General de la Nación, a las demás entidades que conforman el Ministerio Público y a las Oficinas de Control Interno Disciplinario, a los cuales se les denomina «clientes internos o externos». Eventualmente, el apoyo y/o asesoría puede ser prestado en los otros ejes misionales de la Procuraduría, como son el de prevención, intervención y conciliación.

Así mismo, la DNIE puede participar en investigaciones conjuntas con otras entidades que cumplan funciones de policía judicial, previa designación del procurador general.

Los tipos de apoyo que presta la DNIE son los siguientes:

- 1. Apoyo técnico:** se refiere a cualquier actividad técnica u operativa que requiera el cliente para el aseguramiento, práctica o producción del medio de prueba dentro de las actuaciones disciplinarias, generalmente, y que ello no implique emitir conceptos técnico-científicos. *Ejemplo:* Practicar una inspección disciplinaria para el aseguramiento de los documentos, equipos o demás elementos mediante cadena de custodia.⁹⁹

99 Artículo 156 del CGD. Ver Concepto 215-2022 del 17 de marzo de 2023 de la Procuraduría Auxiliar para Asuntos Disciplinarios.

2. **Dictamen pericial:** Es el medio de prueba técnico-científico o artístico, practicado por persona que acredite conocimiento y experiencia en el tema objeto de prueba. Requiere posesión del perito y se rinde bajo juramento.¹⁰⁰ *Ejemplos:* Practicar y analizar una imagen forense a un disco duro para determinar los datos o documentos; peritación sobre fallas o colapso en elementos estructurales de obra de infraestructura; análisis patrimonial por presunto incremento injustificado; estudio grafológico y documentológico para determinar la autenticidad de documentos y firmas, entre otros.
3. **Informes técnicos:** son aquellos informes que se basan sobre datos que aparezcan registrados en libros o consten en archivos, destinados a demostrar hechos que interesen a la investigación o al juzgamiento. De la misma manera, podrán tener este carácter aquellas verificaciones técnicas objetivas que no tengan las condición de dictamen. *Ejemplos:* verificar las condiciones técnicas de elementos que se haya comprado para saber si cumplen las especificaciones pactadas; revisión de estados financieros; triangulación de llamadas, entre otros¹⁰¹.
4. **Asesoría:** Cualquier orientación que el usuario o cliente solicite en relación con el portafolio de servicios de la DNIE, así como los requisitos para acceder a estos, entre muchos otros, y que no implique la emisión de una opinión técnico-científica o especializada.
5. **Asesoría especializada:** Orientación dirigida al análisis y valoración técnico-científica de la información o el material probatorio recaudado por el usuario o cliente dentro de la actuación de su competencia.

100 Artículos 149 y 177-184 del CGD. Ver Concepto 215-2022 del 17 de marzo de 2023 de la Procuraduría Auxiliar para Asuntos Disciplinarios.

101 Puede de hecho existir algunas zonas grises en las que algún determinado estudio puede tener el carácter tanto de informe técnico, como pericia. En ese caso, sería recomendable otorgarle la calidad de dictamen pericial, pero en todo caso lo más relevante es que se pueda ejercer de forma adecuada el derecho de contradicción y defensa.

Para atender los anteriores requerimientos, la DNIE de la Procuraduría General de la Nación cuenta con cuatro (4) áreas de trabajo especializadas, así:

- 1. Área de Derechos Humanos, Criminalística y Técnicos Investigadores:** Presta los servicios de grafología y documentología, peritaciones en medicina forense, evaluación psicológica forense en general y en casos de acoso laboral, morfología facial forense, balística forense, dactiloscopia, reconstrucción de escenas forenses, requerimientos de datos biográficos y sábanas de llamadas de abonados telefónicos, y otras actividades de aseguramiento, recolección y práctica probatoria.
- 2. Área de Ingenieros y Arquitectos:** Análisis de proyecto de construcción, análisis de avalúo comercial de inmuebles y de las licencias de construcción, peritación en proyectos viales, sanitario, eléctrico, hidráulico, estructural, geotecnia.
- 3. Área de Financieros:** Valoración y evaluación económica, contable y financiera de las empresas y de inversiones; evaluación financiera de los proyectos; verificación de la administración y gestión de tesorería; apoyo financiero a las sentencias y conciliaciones; análisis contable y financiero; análisis económico, contable y financiero de planeación y ejecución de contratos; verificación de procedimientos de hacienda pública; análisis de mercado para adquisición de bienes, servicios y suministros; análisis patrimonial.
- 4. Grupo de Informática Forense:** Recuperación de información dejada por medios de comunicación y fuentes abiertas, análisis link, realización y análisis de imagen forense, recolección de datos volátiles; conservación, tratamiento, procesamiento y análisis de la evidencia digital y dispositivos móviles, verificación y revisión de software, base de datos y documentos electrónicos; obtención de información de dirección IP, revisión y análisis de correos electrónicos.

28

¿CÓMO DEBEN FORMULARSE LOS RESPECTIVOS REQUERIMIENTOS A LA DIRECCIÓN NACIONAL DE INVESTIGACIONES ESPECIALES DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN? ¹⁰²

Por su naturaleza técnica, determinadas solicitudes probatorias requerirán de requisitos específicos que aparecen en el *Portafolio de Servicios de la DNIE*¹⁰³. Sin embargo, en términos generales, el cliente interno o externo, que generalmente es una autoridad disciplinaria, debe remitir la solicitud a la Secretaría Técnica con los siguientes requisitos:

- 1.** Oficio o correo indicando el tipo de apoyo o asesoría que solicita.

¹⁰² La respuesta a este interrogante se hizo con la colaboración de Diana Margarita Álvarez Araujo y Adán Ricardo Monroy Suárez, servidores públicos adscritos a la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación.

¹⁰³ www.procuraduria.gov.co

2. Auto que decreta la solicitud de apoyo a la DNIE con las formalidades propias del acto (fecha, firma, nombres, radicado), de forma clara, precisa y sin establecer un término para la práctica de la prueba. Esto último dado que la DNIE administra los plazos conforme a la carga laboral y disponibilidad de servidores, siempre teniendo en cuenta los términos legales de la etapa procesal.
3. Expediente completo físico y/o digitalizado. Este requisito es indispensable para que el servidor asignado realice su labor técnica o científica con el conocimiento de todos los elementos relacionados con el objeto de la prueba.
4. Elemento probatorio sobre el que se solicita el apoyo. Eventualmente y dependiendo de la naturaleza de la prueba, es necesario que se allegue con la solicitud. Ello puede suceder con algunos elementos como el dispositivo (CD, USB, disco duro, video), el documento u otro instrumento probatorio que se encuentre en manos de la autoridad disciplinaria,
5. Para clientes internos, es decir, de la Procuraduría General de la Nación, se requerirá la información y solicitud ingresada en el SIM o DOKUS, según corresponda.

Requisito adicional para la práctica de pruebas complejas

Las pruebas complejas son aquellas cuya práctica implica alguna injerencia o restricción de derechos y garantías fundamentales. También se conoce como las atribuciones jurisdiccionales en cabeza del procurador general de la Nación. Ello sucede cuando no hay otra alternativa distinta a la de restringir algunos derechos fundamentales como la intimidad, el habeas data, inviolabilidad del domicilio, el secreto de las comunicaciones, el acceso a documentos privados, entre otros. Allí

se pone de presente una tensión entre dos cuestiones de la mayor relevancia: el derecho fundamental en cabeza de determinada persona frente a la obligación constitucional y legal de reconstruir la verdad para cumplir uno de los fines del proceso disciplinario.

De esa manera, en virtud de los artículos 7 y 10 del Decreto Ley 262 de 2000, modificados por el Decreto Ley 1851 de 2021, dichas pruebas deben ser autorizadas por el procurador general de la Nación y practicadas exclusivamente por la DNIE, a solicitud de la autoridad disciplinaria correspondiente.

En consecuencia, como requisito adicional a los anteriores, la autoridad disciplinaria debe argumentar, por medio de un auto, la razonabilidad de dicha prueba compleja en relación con la restricción del derecho fundamental involucrado, concretamente, justificando los tres (3) principios del test de proporcionalidad que ha definido la jurisprudencia constitucional:

- i. **Idoneidad:** Significa que la prueba es suficientemente apta o adecuada para lograr el fin que se pretende conseguir, siendo este un objetivo constitucionalmente legítimo.
- ii. **Necesidad:** Significa que la limitación del derecho debe ser indispensable para la obtención del objetivo legítimo y no existe otro medio que lo afecte en menor proporción y permita obtener el mismo propósito.
- iii. **Proporcionalidad en sentido estricto:** Significa ponderar si las restricciones a los derechos que comporta la prueba resultan equivalentes o inferiores a los beneficios que reporta. En este caso, es posible que se cumplan todos los requisitos, pero que la ventaja que se estima no sea considerable frente al costo de la injerencia en determinado derecho fundamental.

29

¿EL AUTO QUE CORRE TRASLADO PARA ALEGAR DE CONCLUSIÓN PREVIO AL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA, POR SER DE SUSTANCIACIÓN, DEBE COMUNICARSE?

De acuerdo con artículo 225E del Código General Disciplinario, adicionado por el artículo 44 de la Ley 2094 de 2021, el auto que corre traslado para la presentación de alegatos previos al fallo de primera instancia es de sustanciación, es decir, es una providencia que no requiere motivación y que no está sujeta a demasiadas formalidades, pues se limita darle impulso a la actividad procesal. Recordemos que es una etapa en la que los sujetos procesales pueden rendir las explicaciones de lo sucedido o efectuar las apreciaciones necesarias para ejercer su derecho de contradicción y defensa.

Sobre este aspecto, se debe señalar que el artículo 129 estableció que «las decisiones de sustanciación que no tengan una forma especial de notificación prevista en este código se comunicaran a los sujetos procesales por el medio más eficaz, de lo cual

el secretario dejara constancia en el expediente». Por esa razón, deberá entenderse que el término de 10 días que establece el artículo 225E para presentar los respectivos alegatos de conclusión empieza a correr una vez se comunique este auto.

Hay que recordar que los autos de sustanciación que tienen forma de notificación especial y que se notifican, de acuerdo con el artículo 123 y 125 del CDG, son los siguientes i) el que declara el cierre de la investigación y traslado para alegatos previos a la calificación; y ii) el que corre traslado del dictamen pericial o el informe técnico para la etapa de investigación.

De ahí que el auto que corre traslado para alegar de conclusión —el cual no está mencionado en los anteriores supuestos— es un auto de sustanciación que debe comunicarse y no es necesario notificar.

30

¿CÓMO DEBE HACERSE LA COMUNICACIÓN AL QUEJOSO EN EL MARCO DE UNA ACTUACIÓN DISCIPLINARIA?

El inciso final del artículo 129 establece que «[a]l quejoso se le comunicará la decisión de archivo y la del fallo absolutorio. Se entenderá cumplida cuando hayan transcurrido cinco (5) días a partir del siguiente día de la fecha de la entrega de la comunicación en la última dirección registrada, sin perjuicio de que se haga por otro medio más eficaz, de lo cual se dejará constancia».

Sobre este aspecto, la Corte Constitucional señaló en la Sentencia C-029 de 2021 que el quejoso podrá demostrar que no recibió el correo en el término señalado en la norma para efectos de que se materialice esa facultad de intervención especial.

A su vez, en la sentencia C-293 de 2008, se analizó la constitucionalidad del artículo 109 del Código Disciplinario Único. Esa norma señalaba que se entiende surtida la comunicación al quejoso transcurridos cinco días después de su entrega en la oficina de correo.

En dicha oportunidad, la Corte estudió el rol del quejoso en el proceso disciplinario y concluyó que, de una parte, cuenta con la posibilidad de recurrir la decisión de archivo y el fallo absoluto y, de otra, cuando se trata de víctimas de faltas disciplinarias que constituyan violaciones al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y al DIH, el quejoso tiene todas las facultades que se otorgan a los demás sujetos procesales. Dicha protección también se extiende, en la actualidad, a las víctimas por conductas constitutivas de acoso laboral. Debido a lo anterior, sostuvo la sentencia C-029 de 2021:

... que la comunicación regulada en la norma demandada tiene el carácter de una auténtica notificación y, en tal sentido, es una manifestación concreta del principio de publicidad.

A continuación, estableció que la norma acusada podría interpretarse en dos sentidos. De una parte, que la comunicación se entiende cumplida con la simple entrega a la oficina de correo, lo cual atenta contra el debido proceso y el principio de publicidad, pues los actos administrativos de notificación personal en el proceso disciplinario "(...) solo deben ser controvertibles por el quejoso a partir de su conocimiento y no cuando hayan transcurrido cinco días después de la fecha de la entrega de la comunicación a la oficina de correo.

Al respecto, este Tribunal explicó que esa lectura implicaba una carga gravosa y exorbitante para el quejoso que le impedía, sin justificación constitucional, controvertir los actos administrativos del proceso disciplinario.

Por otra parte, la segunda lectura consiste en que la comunicación se entiende surtida transcurridos cinco días después de su entrega en la oficina de correos, pero, si el quejoso demuestra

que recibió la notificación con posterioridad a dicho lapso, se entiende cumplida a partir de esta última fecha. En otras palabras, el término para la presentación de recursos y la práctica de las demás actuaciones procesales derivadas de la notificación se contabiliza a partir del momento en que el interesado recibió efectivamente la comunicación, cuando aquel sea posterior al que está previsto en la ley. Con base en esta última interpretación, la Sala Plena declaró la exequibilidad condicionada de la norma en tal sentido.

31

¿QUIÉN PUEDE FUNGIR COMO DEFENSOR ANTE LA AUSENCIA DE APODERADO Y LA IMPOSIBILIDAD DE NOTIFICAR AL INVESTIGADO?

El derecho a la defensa técnica en materia disciplinaria es facultativo, de conformidad con el artículo 15 del Código General Disciplinario¹⁰⁴, toda vez que el implicado tiene la posibilidad de designar un abogado de confianza o solicitar que se le nombre un defensor de oficio, y debe procederse de esta manera en caso de juzgamiento en ausencia o por solicitud expresa del indagado o investigado. La defensa técnica se diferencia con la defensa material, pues esta última la puede hacer directamente el disciplinado.

Particularmente, el artículo 225 del Código General Disciplinario establece que, una vez emitido el pliego de cargos, el funcio-

104 Esta norma dispone: “**Derecho a la defensa.** Durante la actuación disciplinaria el investigado tiene derecho a la defensa material y a la designación de un abogado. Si el procesado solicita la designación de un defensor así deberá procederse. Cuando se juzgue como persona ausente deberá estar representado a través de apoderado judicial. Si no lo hiciere, se designará defensor de oficio que podrá ser estudiante del Consultorio Jurídico de las universidades reconocidas legalmente.”

nario instructor procederá a su notificación, siguiendo el procedimiento establecido en dicha norma. Cumplido lo anterior, el expediente debe ser enviado al funcionario de juzgamiento correspondiente, para que continúe con la etapa de juicio.

Dicha disposición señala que se debe citar al disciplinable o a su defensor, si lo tuviere, para que acudan a notificarse de forma personal o, eventualmente, la autoricen por medios electrónicos. Ahora bien, si ninguno se presenta en el lapso fijado en la norma se debe proceder a designar defensor de oficio, defensor público o estudiante de consultorio jurídico de universidad legalmente reconocida (siguiendo lo aclarado en el artículo 72 de la Ley 2094 de 2021), con quien se surtirá la notificación personal.

Ahora bien, es preciso mencionar que los estudiantes de consultorio jurídico no pueden representar a todos los disciplinables, pues el legislador restringió esta defensa en la Ley 2113 de 2021. El numeral 10 del artículo 9 de esta ley excluyó de la competencia para la representación de terceros por parte de los estudiantes los casos en que esos terceros tengan la condición de funcionarios de *elección popular, dirección, confianza y manejo*¹⁰⁵.

Sin embargo, no han sido pocos los casos en que se ha reconocido a miembros de consultorio jurídico como defensores especialmente de servidores de dirección, confianza y manejo,

105 **Artículo 9. Competencia general para la representación de terceros.** Para el ejercicio de la representación de terceros determinados como personas beneficiadas del servicio en los términos de esta ley, los estudiantes, bajo la supervisión, la guía y el control del Consultorio Jurídico, podrán actuar en los casos establecidos en este Artículo, siempre y cuando la cuantía no supere los 50 Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes (SMLMV), salvo la competencia aquí establecida en materia penal, laboral y de tránsito. [...] 10. En los procedimientos disciplinarios de competencia de las personerías municipales y la Procuraduría General de la Nación, cuando sea imposible la notificación. De lo anterior se exceptúan los procesos contra funcionarios de elección popular, dirección, confianza y manejo.' (Subrayado fuera del texto original)

con quienes se ha surtido la notificación del pliego de cargos, lo que ha llevado a los funcionarios de juzgamiento a devolver el asunto para que el instructor remplace a dicho defensor, en la medida en que la competencia de la dependencia de juzgamiento se activa solo si el pliego de cargos se encuentra debidamente notificado.

Entonces, lo procedente es acudir a la Defensoría del Pueblo para efectuar la designación de defensor público, dando aplicación a lo previsto en el artículo 70 de la Ley 2094 de 2021, que establece:

Defensoría Pública disciplinaria. La Defensoría del Pueblo por medio del Sistema Nacional de Defensoría Pública prestará el servicio de defensoría gratuita con un abogado que asistirá y representará al disciplinable en la actuación disciplinaria, cuando sus condiciones económicas o sociales así lo requieran, en los términos señalados en las leyes 24 de 1992 y la Ley 941 de 2005, o las que las reformen. Esta figura también podrá ser empleada cuando se adelante un proceso disciplinario contra persona ausente y sin apoderado.

No obstante, si no se logra la pronta designación de defensor público, deberá recurrirse a un profesional del derecho, por ejemplo, de los que litiguen ante la respectiva dependencia. Lo anterior, atendiendo además lo señalado en el numeral 21 del artículo 28 de la Ley 1123 de 2007, que establece: [d]eberes profesionales del abogado. Son deberes del abogado: [...] 21. Aceptar y desempeñar las designaciones como defensor de oficio. Sólo podrá excusarse por enfermedad grave, incompatibilidad de intereses, ser servidor público, o tener a su cargo tres (3) o más defensas de oficio, o que exista una razón que a juicio del funcionario de conocimiento pueda incidir negativamente en la defensa del imputado o resultar violatoria de los derechos fundamentales de la persona designada.

En consecuencia, la aceptación de la designación como defensor de oficio corresponde al deber de solidaridad para el acceso de la administración de justicia y la protección de los derechos fundamentales del investigado tales como el debido proceso y la defensa técnica.

Desde esa óptica, en concepto 27 de 6 de febrero de 2017¹⁰⁶, la Procuraduría Auxiliar para Asuntos Disciplinarios abordó el tema de la defensa técnica, ilustrando lo siguiente:

El deber de aceptación del encargo de defensor de oficio es de forzosa aceptación y por ello se excluye que exista una lista de auxiliares de la justicia o una lista de defensores en materia disciplinaria, toda vez que corresponde a un deber general para quien ejerce la profesión de abogado. [...].

[...] La solicitud de provisión de un defensor de oficio se puede hacer a un profesional del derecho con asiento en el municipio que tenga sede la autoridad disciplinaria o a los Consultorios Jurídicos de las universidades debidamente reconocidas, cuyas condiciones logísticas permitan brindar una respuesta positiva con celeridad y atención el requerimiento de la autoridad disciplinaria bajo el principio de celeridad procesal contemplado en el artículo 12 del CDU.

Lo importante es que se cumpla la norma especial que regula la notificación del pliego de cargos, prevista en el artículo 225 del Código General Disciplinario, y ante la falta de notificación del investigado se le designe defensor, sin perder de vista la limitación legal para la intervención de estudiantes de consultorio jurídico.

106 https://apps.procuraduria.gov.co/gd/docs/cto_pgn_0000027_2017.html

32

¿QUÉ ASPECTOS PRÁCTICOS SE DEBEN TENER EN CUENTA PARA APLICAR LA FAVORABILIDAD EN LA GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN, EN EL MARCO DE LA TRANSICIÓN ENTRE LA LEY 734 DE 2002 Y LA LEY 1952 DE 2019?

Para graduar la sanción a imponer la Ley 734 de 2002 había señalado en su artículo 47 los criterios para ello; a su turno, el artículo 50 del C.G.D. tomó dichos criterios y los organizó en criterios atenuantes y agravantes, agregando un atenuante en el literal a) del numeral 1° – la ausencia de antecedentes – y dos agravantes en los literales g) y h) del numeral 2° – ejecutar la conducta constitutiva de falta disciplinaria por recompensa o promesa remuneratoria de un tercero y la naturaleza de los perjuicios causados –.

Particularmente, el literal a) del artículo 50 del Código General Disciplinario incluyó como criterio atenuante la diligencia y eficiencia demostrada en el desempeño del cargo o de la función

y, como se dijo, no contar con antecedentes. De esta manera, el legislador decidió incluir dos atenuantes bajo un mismo literal.

Entonces, pese a que la ausencia de antecedentes no estaba incluida como criterio en el artículo 47 de la Ley 734 de 2002, como quiera que se trata de un parámetro que resulta más favorable al investigado, deberá aplicarse en los procesos en los que los hechos tuvieron lugar en vigencia de esa ley.

No sucede lo mismo con los dos agravantes que fueron incluidos en la Ley 1952 de 2019 y que, a su turno, no se encontraban previstos en la Ley 734 de 2002, esto es, ejecutar la conducta constitutiva de falta disciplinaria por recompensa o promesa remuneratoria de un tercero y la naturaleza de los perjuicios causados. Por tanto, si los hechos ocurrieron en vigencia del Código Disciplinario Único no resulta procedente considerar estos criterios, ya que ello iría en contravía de la favorabilidad frente al disciplinable.

Por otra parte, debe recordarse que cuando el disciplinable ya no se encuentra vinculado a la entidad, en atención a lo dispuesto en el artículo 46 del Código Disciplinario Único, la sanción de suspensión se convertía en salarios de acuerdo con el monto de lo devengado para el momento de la comisión de la falta. Con todo, el párrafo del artículo 48 de la Ley 1952 de 2019 estableció que la conversión se hará en *salarios básicos*, de ahí que, siendo esta última disposición más favorable será la que deba aplicarse, si a ello hubiera lugar.

33

¿ES POSIBLE RECUSAR AL TITULAR DE LA ACCIÓN DISCIPLINARIA CON FUNDAMENTO EN CAUSALES DISTINTAS A LAS PREVISTAS EN EL CÓDIGO GENERAL DISCIPLINARIO?

El impedimento y la recusación procuran salvaguardar la imparcialidad y objetividad de los funcionarios a cargo de un determinado asunto, para lo cual se consagraron causales taxativas y de alcance restringido. Al respecto, la Corte Constitucional citó en la sentencia C-881 de 2011, lo siguiente:

Técnicamente, el impedimento es una facultad excepcional otorgada al juez para declinar su competencia en un asunto específico, separándose de su conocimiento, cuando considere que existen motivos fundados para que su imparcialidad se encuentre seriamente comprometida. Sin embargo, con el fin de evitar que el impedimento se convierta en una forma de evadir el ejercicio de la tarea esencial del juez, y en una limitación excesiva al derecho fundamental al acceso a la administración de justicia (Artículo 228, C.P.), jurisprudencia

coincidente y consolidada de los órganos de cierre de cada jurisdicción, ha determinado que los impedimentos tienen un carácter taxativo y que su interpretación debe efectuarse de forma restringida.

Ahora bien, en no pocos casos se invocan frente a la autoridad disciplinaria causales de recusación previstas, por ejemplo, en el artículo 11 de la Ley 1437 de 2011 o Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Sin embargo, en lo que respecta a la acción disciplinaria, existen normas específicas que regulan las causales de impedimento y recusación y el procedimiento en caso de que se presenten. La Ley 1952 de 2019 es clara en determinar que la recusación solo procederá «con base en las causales a que se refiere el artículo 104 de esta ley», esto es, solo pueden invocarse las contenidas en el estatuto disciplinario y no otras.

Por ello, las causales previstas en la norma disciplinaria son las que se deben analizar para determinar si un funcionario a cargo de la actuación disciplinaria debe separarse o no del conocimiento de determinado proceso. Por tanto, verbigracia, el artículo 11 de la Ley 1437 de 2011 resulta aplicable a la actuación administrativa en estricto sentido y no al ejercicio de la acción disciplinaria.

A una conclusión similar arribó la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación en decisión proferida el 19 de septiembre de 2013, en el expediente radicado bajo el No. 161 – 5561 (IUS 2009-131550), en los siguientes términos:

Es claro entonces, que la actuación sobre la cual se declaró impedido el superintendente de sociedades es de tipo disciplinario y no administrativa, por lo que la normatividad a la cual se acude para atender dicho procedimiento es la Ley 734

de 2002, por ser esta la que regula el tema disciplinario y no el artículo 30 del Código Contencioso Administrativo, pues está última tiende a proteger la imparcialidad en las actuaciones administrativas distintas a la disciplinaria.

En tal sentido se pronunció la Procuraduría Auxiliar de Asuntos Disciplinarios de la PGN, en consulta elevada por la Procuraduría Regional del Magdalena, respecto de la competencia para resolver un impedimento, en relación con el artículo 30 del Código Contencioso Administrativo: ‘esta norma comprende cualquier tipo de procedimiento administrativo a cargo de dichos servidores. Por lo que la atribución de los procuradores regionales no sería predicable en materia de impedimentos en el proceso disciplinario, debido a que éste tiene regulación propia en la Ley 734 de 2002, pero lo es respecto de las demás actividades administrativas que impliquen la realización de investigaciones, la práctica de pruebas o la toma de decisiones definitivas, según lo señalado en citado artículo 30¹⁰⁷.

Si bien estos pronunciamientos se efectuaron frente al artículo 30 del Decreto 01 de 1984¹⁰⁸, anterior Código Contencioso Administrativo, lo cierto es que materialmente resultan aplicables al tema bajo estudio.

107 Consulta C-174 del 11 de mayo de 2004.

108 Esta norma disponía: “A los funcionarios que deban realizar investigaciones, practicar pruebas o pronunciar decisiones definitivas, se aplicarán, además de las causales de recusación previstas para los jueces en el Código de Procedimiento Civil, las siguientes:

(...)

El funcionario, dentro de los cinco (5) días siguientes a aquel en que comenzó a conocer del asunto o en que sobrevino la causal, manifestará el impedimento por escrito motivado y entregará el expediente a su inmediato superior, o al procurador regional, si no lo tuviera.

(...)”

34

¿ESTÁ PERMITIDO EL USO DE MEDIOS TÉCNICOS EN EL PROCESO DISCIPLINARIO?

El artículo 118 del Código General Disciplinario determina¹⁰⁹:

Artículo 118. Utilización de medios técnicos. Para la práctica de las pruebas y para el desarrollo de la actuación se podrán utilizar medios técnicos, siempre y cuando su uso no atente contra los derechos y garantías constitucionales.

Las pruebas y diligencias pueden ser recogidas y conservadas en medios técnicos y su contenido se consignará por escrito solo cuando sea estrictamente necesario.

Asimismo, la evacuación de audiencias, diligencias en general y la práctica de pruebas pueden llevarse a cabo en lugares diferentes al del conductor del proceso, a través de medios como la audiencia o comunicación virtual, siempre que otro servidor público controle materialmente su desarrollo en el lugar de su evacuación. De ello se dejará constancia expresa en el acta de la diligencia.

109 En adelante CGD.

De la lectura del precepto legal transcrito se observa que los medios técnicos están autorizados para ser utilizados en la actuación y el énfasis de la disposición se encuentra en la práctica de pruebas. Desde los equipos técnicos y habituales como grabadoras, cámaras de video o los mismos celulares, hasta programas y elementos más sofisticados pueden ser admitidos para practicar las pruebas en el proceso disciplinario.

En este contexto, resulta pertinente mencionar, por ejemplo, que el permiso legal para el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones¹¹⁰ no es nuevo en el ámbito de la potestad disciplinaria, en razón a que el artículo 98 de la Ley 734 de 2002 contenía una norma de similar contenido.

En el orden que precede, a partir del año 2020 y como consecuencia de la pandemia ocasionada por el virus covid-19, el uso de las TIC en el trámite del proceso disciplinario se incrementó. Fueron varios los procesos que se adelantaron por parte de las autoridades disciplinarias gracias a la posibilidad de adelantar diligencias de manera virtual; sin dejar de mencionar que aún con anterioridad a la situación mencionada era posible realizar la notificación de las decisiones a través de fax o correo electrónico.¹¹¹

En la misma línea argumentativa, la autorización para el uso de medios técnicos en el proceso disciplinario es la materialización del principio de celeridad previsto en el artículo 18 del C.G.D. y en el numeral 13 del artículo 3° de la Ley 1437 de 2011¹¹² y ¹¹³, pues en el tenor literal de las referidas disposicio-

110 En adelante TIC.

111 Artículo 102 de la Ley 734 de 2002, texto reproducido en el artículo 122 del CGD.

112 En adelante CPACA.

113 El principio de celeridad prevista en el CPACA es posible aplicarse en el proceso disciplinario con fundamento en el principio de prevalencia de los principios rectores e integración normativa señalado en el artículo 22 del C.G.D.

nes se tiene que es deber de la autoridad impulsar la actuación y autoriza el uso de las TIC para adelantar el proceso con diligencia y cumpliendo los términos procesales.

Asimismo, no se puede pasar por alto que el artículo 2.2.9.1.1.2 del Decreto 1078 de 2015 dispuso la implementación de la política de Gobierno Digital en los órganos de control aplicando los principios de coordinación y colaboración armónica entre entidades (artículo 113 de la C.P.) y de la función administrativa (artículo 209 C.P.).

De tal forma, en el curso del proceso disciplinario, es válido grabar un testimonio en medios que tengan la capacidad de reproducir audio o video, como las grabadoras, videograbadoras o teléfonos celulares, sin que exista la obligación de transcribir el contenido de la diligencia, solo será necesario descargar la información y allegarla al proceso. En ese sentido, se precisa que las diligencias que se practiquen a través de las plataformas para la comunicación y colaboración entre personas o en aplicaciones de mensajería instantánea gozarán de validez siempre y cuando la autoridad al hacer uso de las TIC garantice el principio del debido proceso.

En este escenario y teniendo en cuenta que la tecnología avanza rápidamente, vamos a referirnos de manera sucinta al uso de la inteligencia artificial¹¹⁴ en el ámbito de la potestad disciplinaria.

El documento CONPES 3975 de 2019¹¹⁵, estableció que la inteligencia artificial es «(...) un campo de la informática dedicado a resolver problemas cognitivos comúnmente asociados con la in-

114 En adelante IA.

115 Documento contentivo de la POLÍTICA NACIONAL PARA LA TRANSFORMACIÓN DIGITAL E INTELIGENCIA ARTIFICIAL, aprobado el 8 de noviembre de 2019. <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/3975.pdf>.

teligencia humana o seres inteligentes, entendidos como aquellos que pueden adaptarse a situaciones cambiantes. Su base es el desarrollo de sistemas informáticos, la disponibilidad de datos y los algoritmos (...)»

Por su parte, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico¹¹⁶, el 5 de marzo de 2024, definió la IA de la siguiente forma: «(...) es un sistema basado en una máquina que, ya sea para alcanzar objetivos explícitos o implícitos, infiere -a partir de la entrada que recibe- cómo generar salidas, tales como predicciones, contenidos, recomendaciones o decisiones, las cuales pueden influir en entornos físicos o virtuales. Los diferentes sistemas de IA varían en sus niveles de autonomía y capacidad de adaptación después de su implementación (...)»¹¹⁷.

En este contexto y guiándonos por las conclusiones plasmadas en la sentencia T-323 de 2024 señalamos que el operador disciplinario tiene que ser un humano, por consiguiente la inteligencia artificial no puede suplantar al funcionario con poder disciplinario en razón a que se violaría la garantía del juez legal y natural establecida, por lo tanto y como lo consideró la Corte Constitucional en la mencionada sentencia «(...) se genera una violación de la garantía del juez natural cuando el funcionario judicial utiliza la IA para sustituir el razonamiento lógico y humano que le compete realizar a efectos de interpretar los hechos, las pruebas, motivar la decisión e incluso adoptarla(...)».

116 En adelante OCDE.

117 Memorando por medio del cual se realizan aclaraciones a la definición de sistema de IA contenida en el documento *Recommendation of The Council of Artificial Intelligence* (OCDE, 2019), adoptadas el 21 de mayo de 2019. El documento define la IA como «un sistema de ingeniería o basado en máquinas que puede, para un conjunto determinado de objetivos, generar resultados como predicciones, recomendaciones o decisiones que influyen en entornos reales o virtuales. Los sistemas de IA están diseñados para funcionar con distintos niveles de autonomía». Disponible en <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/oecd-legal-0449#dates>.

Por el contrario, la inteligencia artificial podrá ser utilizada en el curso del proceso disciplinario como una herramienta de «(...) corrección y síntesis de largos textos (...)»¹¹⁸, por cuanto de esta forma no se reemplaza al funcionario encargado de resolver de fondo el proceso disciplinario; no obstante, que utilizar la IA tiene un alto riesgo en razón a que no existe control respecto de la información con la cual se alimenta el sistema, por consiguiente se exige de la autoridad «(...) un estándar alto de verificación para la veracidad en cuanto a las fuentes y datos suministrados por la máquina y, adicionalmente, se actualice respecto de la información consultada (...)».

En ese orden de ideas, la autoridad está facultada para utilizar los medios técnicos en el desarrollo del proceso disciplinario, inclusive la inteligencia artificial, con respeto a las garantías y derechos de los sujetos procesales, debido a que estos, usados de manera correcta, pueden contribuir a que el proceso disciplinario sea adelantado de forma más ágil y así obtener los resultados que la ciudadanía reclama en la administración de justicia disciplinaria.

118 Sentencia T-323 de 2024.

