



Los grandes interrogantes del derecho disciplinario y su solución





LOS GRANDES INTERROGANTES DEL DERECHO DISCIPLINARIO Y SU SOLUCIÓN

© Instituto de Estudios del Ministerio Público – IEMP, 2023

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, 2023,

Bogotá, D. C., Colombia

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

www.procuraduria.gov.co

Silvano Gómez Strauch
Viceprocurador General de la Nación

María Lourdes Hernández Mindiola
Procuradora Delegada Sala Disciplinaria Ordinaria de Juzgamiento

Esiquio Manuel Sánchez Herrera
Procurador Delegado Sala Disciplinaria de Instrucción

John Harvey Pinzón Navarrete
Procurador Delegado con Funciones Mixtas 9: para el Seguimiento a
los Recursos del Sistema General de Regalías

Carlos José González Hernández
Director del Instituto de Estudios del Ministerio Público

Coordinador editorial
Luis Felipe Núñez Mestre

Diagramación
Diego Hernando González Trujillo

Impresión
Imprenta Nacional de Colombia



**PROCURADURIA
GENERAL DE LA NACION**

Margarita Cabello Blanco

Procuradora General de la Nación

Silvano Gómez Strauch

Viceprocurador General de la Nación

María Lourdes Hernández Mindiola

Procuradora Delegada

Sala Disciplinaria Ordinaria de Juzgamiento

Esiquio Manuel Sánchez Herrera

Procurador Delegado

Sala Disciplinaria de Instrucción

John Harvey Pinzón Navarrete

Procurador Delegado

para el Seguimiento a los Recursos
del Sistema General de Regalías

Carlos José González Hernández

Director del Instituto de Estudios del Ministerio Público

PRÓLOGO

Me complace mucho poder presentarle a la comunidad académica en general y muy especialmente a aquellos entendidos y apasionados del derecho disciplinario el texto denominado LOS GRANDES INTERROGANTES DEL DERECHO DISCIPLINARIO Y SU SOLUCIÓN.

Este libro ha sido fruto del esfuerzo en equipo de algunos de mis más cercanos colaboradores, quienes de forma generosa aceptaron la tarea de responder ciertos interrogantes relacionados con el derecho disciplinario, área del derecho público que cada día se afianza en el mundo de lo jurídico, ya no solo con su impronta de autonomía e independencia, sino además de constante y sólida evolución.

El arte de hacer preguntas y de cuestionar es uno de los métodos más antiguos que los seres humanos adoptan para generar conocimiento. En efecto, desde la Grecia antigua, con el filósofo Sócrates a la cabeza, quien quizás fue el precursor de este particular, pero muy efectivo método, la humanidad pudo encontrar las respuestas y las soluciones a cuestiones bien complejas.

Es verdaderamente fascinante poder comprender la real dimensión que tiene el hecho de que exista un método en el que el conocimiento no se transmite en estricto sentido, sino que se descubre desde la motivación que el maestro le genera al alumno a partir de la estructuración de preguntas inteligentes y que este, conforme a la etapa de la iluminación o propiamente mayéutica, pueda encontrar las respuestas a los interrogantes formulados.

En esta ocasión, los queridos maestros de derecho disciplinario y autores de este agradable texto, no solo hicieron su contribución formulando las respectivas preguntas lo que ya de por sí es muy valioso, sino que ofrecieron una respuesta concreta, práctica y muy útil frente a los problemas principales al que día a día están sometidas las autoridades disciplinarias y los abogados litigantes en esta materia.

En el transcurso de estos casi tres años de estar al frente de la Procuraduría General de la Nación, no solo he podido reafirmar la profundidad y complejidad del derecho disciplinario sino, además, las diferentes vicisitudes que se derivan de su ejercicio. En los cursos de posgrado es posible que se encuentren los sólidos fundamentos, tanto filosóficos como teóricos, de esta disciplina. No obstante, creo que ellos no son suficientes para resolver algunas preguntas que se derivan de la praxis disciplinaria. Como bien lo he escuchado en las aulas, «cada proceso disciplinario es un mundo diferente», razón por la cual las actuaciones son una fuente inagotable de diversos temas intrincados y de difícil resolución.

Pues bien, los doctores Silvano Gómez Strauch, María Lourdes Hernández Mindiola, Esiquio Manuel Sánchez Herrera y John Harvey Pinzón Navarrete, con ayuda de los doctores Angélica María Torres García y Paul Eduardo Martha Piñeros, han sabido combinar el arte de preguntar y de responder, con el fin de facilitar o mejor aliviar el grado de dificultad del ejercicio del derecho disciplinario. Las preguntas y respuestas aquí expuestas resumen los principales temas sustanciales y procesales que generan discusiones, tensiones, debates y hasta trabajos de investigación, todo ello con el fin de contribuir en el desarrollo de esta disciplina.

Estoy segura de que este libro, además de ser una herramienta de consulta para todos los interesados y un documento de apoyo para la gestión de los operadores disciplinarios del

país, motivará a muchos otros a formular nuevos grandes interrogantes que contribuirán a mantener la evolución y el progreso del derecho disciplinario en Colombia.

Margarita Cabello Blanco
Procuradora general de la nación

LOS GRANDES INTERROGANTES DEL DERECHO DISCIPLINARIO Y SU SOLUCIÓN

Silvano Gómez Strauch

María Lourdes Hernández Mindiola

Esiquio Manuel Sánchez Herrera

John Harvey Pinzón Navarrete

El derecho disciplinario es una de las manifestaciones del ius puniendi del Estado, y como tal es esa herramienta jurídica que como mecanismo de autotutela garantiza el buen funcionamiento de la administración pública y el servicio público. Mediante el derecho disciplinario la administración realiza los fines estatales, pues previene y sanciona aquellos comportamientos que afectan su normal desenvolvimiento. La sanción disciplinaria tiene unas claras pretensiones preventivas y correctivas, encaminadas al correcto funcionamiento de la administración.

El derecho disciplinario es, sin lugar a dudas, una especialidad del derecho público interno, que goza de una dogmática autónoma e independiente, tiene sus categorías y principios configurados a partir de su particular naturaleza. Los criterios rectores que le otorgan esa connotación son las relaciones de sujeción especial, el principio de cobertura legal, la ilicitud sustancial y el principio de culpabilidad.

Esta modalidad sancionatoria, en el plano de su regulación legal, goza de una parte sustancial, con una alta carga axiológica y filosófica que irradia la parte especial y procedimental. El actual estatuto disciplinario (Código General Disciplinario), conformado por las Leyes 1952 de 2019 y 2094 de 2021, plantea nuevos retos a los operadores de esta disciplina, por cuanto introduce nuevos principios sustanciales

y procesales y efectúa importantes modificaciones en todos los ámbitos. Entre esas modificaciones sobresalen:

1) un nuevo catálogo de principios, es un estatuto principialista, vale la pena resaltar, entre estos, la consagración del principio acusatorio, que impacta directamente en la confección del proceso y que ha implicado que en todas las entidades que tienen la función disciplinaria, separen la fase de acusación de la de juzgamiento, precisamente para que sea un servidor público quien adelante la investigación y otro el juicio, con la pretensión de materializar la imparcialidad en ese juzgador; la consagración de la cláusula de exclusión probatoria, lo que obliga a diferenciar entre prueba ilegal y prueba ilícita, con sus diferentes efectos en el trámite de la actuación disciplinaria; el principio de congruencia, que impone la armonía y coherencia en la imputación que se formula en el pliego de cargos con la del fallo sancionatorio.

2) Se varía la forma como se hace el juicio de tipicidad respecto de las modalidades de los tipos disciplinarios y se alude expresamente a la vinculación de los principios de especialidad y subsidiaridad, en esa labor.

3) Se establece un catálogo preciso de las faltas gravísimas, según el interés jurídico que se protege con el tipo disciplinario.

4) En el plano procesal son muchas las modificaciones, pero vale la pena resaltar las más importantes: regulación de la confesión y la aceptación de cargos y sus efectos; contemplación expresa de los principios probatorios, de los medios de convicción, su práctica y requisitos; eliminación de los procesos de única instancia; consagración de la doble conformidad, y la introducción del denominado recurso extraordinario de revisión, en lo que alude a servidores públicos de elección popular.

La labor de operar con el derecho disciplinario no es ni ha sido nunca una tarea sencilla, ella tiene sus complejidades y particularidades, más difícil ha sido ese cometido por los efectos de la sentencia del 8 de julio de 2020 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos-Corte IDH, en el caso Petro Urrego vs. el Estado colombiano, las modificaciones legales que ella generó y los pronunciamientos de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, sobre todo, en lo que concierne a los servidores públicos de elección popular.

Con este pequeño opúsculo, pretendemos poner un grano de arena desde la Procuraduría General de la Nación, para facilitar esa labor. Hemos escuchado las diferentes inquietudes de los servidores públicos y ciudadanos que nos plantean preguntas sobre los temas disciplinarios. En este trabajo hemos seleccionado los 50 grandes cuestionamientos e interrogantes que surgen de la regulación de las instituciones disciplinarias por parte del Código General Disciplinario. A más de ello, haremos alusión a los efectos directos de la Sentencia C-030 de 2023 de la Corte Constitucional. Esperamos que este sencillo trabajo aporte en una mejor comprensión de las instituciones disciplinarias.

El orden de esos grandes interrogantes y su respectiva respuesta atenderá primero los efectos de la Sentencia C-030, luego los aspectos sustanciales y posteriormente los procedimentales.

I. INTERROGANTES ACERCA DE LA SENTENCIA C-030 DE 2023 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1

¿Cuál es la interpretación correcta del artículo 23.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos-CADH, en el ámbito de nuestro marco Constitucional?

Para ofrecer respuesta a este interrogante es preciso recordar lo que expresa esta norma internacional. Esta disposición reza lo siguiente:

Artículo 23. Derechos Políticos.

- 1.** Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades (...).
- 2.** La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por un juez competente, en proceso penal.

En la sentencia del 8 de julio del 2020, caso Petro Urrego contra el Estado colombiano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos expresó que esta disposición debe interpretarse en sentido literal, por lo tanto la restricción de los derechos políticos de los servidores públicos de elección popular solo es factible hacerse por un juez competente en un proceso penal, por lo cual una autoridad administrativa como lo es la Procuraduría General de la Nación, no estaría legitimada para la imposición de sanciones como la destitución, la inhabilitación o la suspensión de un servidor público de esta naturaleza, pues no participa de esa caracterización de ser un juez penal y tampoco esas decisiones se imponen en un proceso de tal índole. Esta postura fue ratificada por la Corte IDH, en el informe de seguimiento a esa sentencia del 8 de julio del 2020.

La Corte Constitucional de Colombia, en la Sentencia C-146 de 2021¹ explicitó, en una primera oportunidad, la forma como debe entenderse en el contexto nacional, ese artículo 23.2 de la CADH, para ello partió de la base de que esa Convención no tiene rango supraconstitucional, sus disposiciones hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto, en los términos del artículo 93 de la Constitución Política. Y, respecto de ese artículo de la Convención, asentó:

La Sala concluye que el artículo 23-2 de la CADH, permite (i) que los Estados, mediante ley, impongan limitaciones a los derechos políticos, por criterios tales como la edad, la nacionalidad o la capacidad civil y (ii) que los jueces, con independencia de su especialidad, impongan limitaciones a los derechos políticos, siempre que brinden las garantías del debido proceso. Pero prohíbe que estas restricciones sean impuestas por autoridades administrativas.

En esta decisión, se supera la sola literalidad de la norma en comento, pues ya se indica que no necesariamente tiene que ser un juez de naturaleza penal, el que pueda limitar los derechos políticos de los servidores públicos de elección popular, lo importante es que sea cual sea el juez, se respeten las garantías del debido proceso.

De esa manera, se dejan a salvo tanto los procesos de pérdida de investidura y nulidad electoral que adelanta el contencioso administrativo, en la medida en que son jueces que restringen los derechos políticos, pero no tienen la naturaleza de penales.

1. Corte Constitucional, decisión del 20 de mayo de 2021, expediente n.º D-13.933. M.P., Cristina Pardo Schlesinger.

2. Corte Constitucional, sentencia del 16 de febrero de 2023, expediente D-14503, magistrados ponentes: José Fernando Reyes Cuartas y Juan Carlos Cortés González.

En la Sentencia C-030 de 2023,² la Corte Constitucional reitera esta postura pero, además, de forma certera, indica lo siguiente:

Una lectura armónica del artículo 1° de la Ley 2094 de 2021 y respetuosa del cumplimiento de buena fe de los compromisos internacionales, admite una interpretación que no entraría en contradicción directa con los artículos 93 de la Constitución y 23.2 de la CADH. En efecto, es posible garantizar la reserva judicial para la imposición definitiva de las sanciones disciplinarias de destitución, suspensión e inhabilidad por parte de la PGN. En ese sentido, la institucionalidad creada por la Ley 2094 de 2021 permite garantizar la reserva judicial para la imposición definitiva de las mencionadas sanciones a los servidores públicos de elección popular, en ejercicio del cargo, mediante la intervención del juez de lo contencioso administrativo (...).

Hace la Corte, una interpretación dinámica y evolutiva del artículo 23.2 de la CADH, para llegar a la conclusión de que no necesariamente debe tratarse de una actuación penal, ni tampoco de un juez penal. En el marco constitucional nacional, entonces, la Procuraduría General de la Nación está legitimada para adelantar los procesos disciplinarios, imponer la sanción de destitución, inhabilitación y suspensión contra servidores públicos de elección popular, cuando haya lugar a ello, con la revisión definitiva del juez contencioso.

Tal consideración, determina la importancia de este órgano de control y del derecho disciplinario como mecanismo apropiado para encauzar la conducta de los funcionarios y para la eficaz lucha contra la corrupción.

2

¿Qué sucede si un servidor público de elección popular, al momento de la imposición de una sanción de destitución, inhabilidad o suspensión, ya no está en ejercicio de un cargo de esa naturaleza?

Este interrogante es de suma valía, por cuanto el artículo 238D de la Ley 2094 de 2021, que regula el término para interponer el recurso extraordinario de revisión, expresa que:

(...) En todos los casos relacionados con servidores públicos de elección popular, la ejecución de la decisión en su contra quedará suspendida hasta que se resuelva el recurso correspondiente, si es que se presentase y fuere admitido; o hasta que se venza el término de ley para la radicación y admisión del mismo.

Es claro que la competencia para adelantar un proceso disciplinario contra un servidor público de elección popular deberá tener en consideración, por lo menos, tres tipos de situaciones: una primera, si el servidor público cometió la falta que se le atribuye en ejercicio de un cargo de esa índole y al momento de la ejecución de la sanción, ya no lo es; si la cometió no siendo servidor público de elección popular y al momento de la ejecución de dicha sanción es servidor público de elección popular, y si la cometió siendo servidor público de elección popular y al momento de la ejecución de la sanción sigue siéndolo.

En la solución de este interrogante solo abordaremos la primera de esas situaciones, esto es, el servidor público de elección popular cometió la falta siendo servidor público de elección popular, pero al momento de la ejecución de la sanción ya no ostenta un cargo de esa naturaleza.

El interrogante planteado tiene que ver con varios aspectos que deben tenerse en cuenta. El primero alusivo a si habría lugar a la suspensión de la ejecución de la sanción, como lo deprecia la norma en cita, con la admisión del recurso extraordinario de revisión. Y otro, muy particular, el referido a cuál es el mecanismo idóneo para atacar en sede contenciosa administrativa esa decisión.

Lo primero que cabe advertir, es que la ejecutoria de un fallo sancionatorio se produce con la notificación de la decisión de segunda instancia que resuelve la apelación contra el mismo. Esa es la regla general.

Ahora bien, la ejecución de la sanción tiene como presupuesto, la ejecutoria de la decisión que la dispone. La lectura gramatical y literal de ese artículo 238D impone que, siempre que el procesado sea un servidor público de elección popular, independientemente que esté o no en ejercicio de un cargo de esa naturaleza, se suspende la ejecución de la sanción con la admisión del recurso extraordinario de revisión.

Sin embargo, la Corte Constitucional, precisando las garantías que devienen del artículo 23.2 de la CADH y las potestades disciplinarias que devienen de la Ley 2094 de 2021 y, en especial, nuestro marco constitucional, recalcó lo siguiente:

337. Se aclara que, dado el espíritu del artículo 23.2 de la CADH y su pretensión de impedir la posibilidad de que un funcionario de elección popular sea retirado por una entidad que ejerce funciones administrativas, es necesario entender que la activación del recurso automático de revisión exige que el sancionado esté en ejercicio del mandato popular, pues, de no ser así, deberá acudir a los medios de control ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Conforme con lo precisado por la Corte Constitucional en esta decisión, el recurso extraordinario de revisión ahora tiene carácter automático, pero su procedencia se da, siempre que el sancionado esté en ejercicio del cargo de elección popular. Lo que impone, entonces, que la suspensión de la ejecución de la sanción, solo opera cuando el sancionado está ejerciendo el cargo de elección popular.

En suma, se responde el interrogante planteado, acotando que si el servidor público que comete una falta siendo servidor público de elección popular, si al momento de la ejecución de la sanción, ya no está en ejercicio de un cargo de esa índole, la sanción de destitución, inhabilitación o suspensión, no se suspende en su cumplimiento. Por lo tanto, esa sanción se ejecuta y el sancionado podrá acudir ante el juez contencioso administrativo competente a través del respectivo medio de control.

3

¿Qué sucede si un servidor público de elección popular, al momento de la imposición de una sanción de destitución, inhabilidad o suspensión, sigue ocupando un cargo de esa índole?

Si un servidor público de elección popular comete una falta en ejercicio de esa investidura, y al momento de la imposición y ejecución de la sanción sigue estando en ese cargo u otro de elección popular, se produce la suspensión de la ejecución de la sanción, cuando esta sea una de destitución, inhabilitación o suspensión y se admita el recurso extraordinario de revisión, que ahora por virtud de la Sentencia C-030 de 2023 de la Corte Constitucional, tiene carácter automático.

En esta decisión, la Corte fue enfática en señalar:

De esta manera, la interpretación sistemática, armónica y ponderada de los mandatos superiores contenidos en los artículos 29, 92, 93, 44.1, 277.6 de la Constitución y 8 y 23.2 de la CADH, permite concluir que es imperioso asegurar que las decisiones sancionatorias de destitución, suspensión e inhabilidad de la PGN, en contra de los servidores de elección popular, en ejercicio de sus funciones, no puedan quedar ejecutoriadas ni ser ejecutables antes de que su determinación final se defina por medio de sentencia que expida un juez. Por ello, se declaró inexecutable la expresión “ejecutoriadas”, contenida en el artículo 54 de la Ley 2094 de 2021.

En la medida en que esa situación precisada con antelación activa el recurso extraordinario de revisión es importante recordar lo que la Corte, en la sentencia que se viene citando, expresó en torno a la modulación de este recurso, allí dijo:

El estándar de garantía constitucional exige que la intervención del juez en la determinación e imposición de las sanciones analizadas a los servidores de elección popular sea obligatoria y no rogada. También, debe ser ordinario y siempre estar presente en la imposición de dichas sanciones, para que estas se concreten en una sentencia judicial. Por lo tanto, el trámite del recurso de revisión operará de manera automática e inmediata y no está supeditado a las causales taxativas de procedencia, permitiéndosele al ciudadano disciplinado el ejercicio de todas las actividades que estime pertinentes a su defensa, tales como presentar argumentos a su favor, solicitar pruebas y permitir su contradicción, lo cual podrá hacer dentro de los 30 días siguientes a la notificación de la providencia disciplinaria proferida por la PGN, tal como lo establece el artículo 57 de la Ley 2094 de 2021, el cual creó el artículo 238 D de la Ley 1952 de 2019. Vencido este término, en el que el disciplinado puede ejercer de manera efectiva su derecho de defensa y todas sus garantías procesales, la PGN deberá enviar, inmediatamente, el proceso ante el juez de lo contencioso administrativo, quien deberá hacer un examen integral de la actuación disciplinaria adelantada por la PGN, no solo de corrección de legalidad.

Así las cosas, las sanciones de multa y de amonestación, sí se ejecutan, respecto de los servidores públicos de elección popular. El recurso de revisión deja de ser extraordinario para convertirse en ordinario, además de las causales taxativas, se pueden plantear otras, tales como la desviación de poder y la falsa motivación. El disciplinado a través de su apoderado puede solicitar y aportar pruebas. El control que realiza el juez contencioso, no es solo de corrección o de legalidad formal, sino que es integral, de fondo y material. Empero, pensamos que no estaría legitimado el juez contencioso para agravar la situación del sancionado, opera un límite de no modificar en perjuicio.

4

¿De qué manera y cuál sería el procedimiento para cumplir el exhorto de la Corte Constitucional al Congreso de la República para que adopte un estatuto de los servidores públicos de elección popular, incluido un régimen disciplinario especial, que materialice los más altos estándares nacionales e internacionales en materia de protección y garantía de los derechos políticos y electorales?

Ese régimen debe ser compatible con la jurisprudencia internacional en materia de los derechos y garantías que asisten a los servidores públicos de elección popular. En sede disciplinaria se debe partir de unas claras situaciones: la Procuraduría General de la Nación tiene competencia para investigar y juzgar. El juez contencioso dispondrá en definitiva la sanción que corresponde cuando la limitación o restricción del derecho político sea mediante la destitución, la inhabilidad y la suspensión. De ninguna manera se puede acudir al derecho penal para la imposición de las sanciones en estas materias, esto es, no es admisible constitucionalmente convertir las faltas en delitos. Se debe acudir, eso sí, a las garantías propias de un proceso penal.

El régimen general de los servidores públicos de elección popular debe contemplar, claramente, los principios y valores que lo inspiran. Se debe dar especial sentido en su regulación al principio democrático.

El régimen disciplinario de los servidores públicos de elección popular, no podrá renunciar a la autonomía y la evolu-

ción que hoy alcanza en nuestro país el derecho disciplinario. Sus principios y categorías deben mantenerse.

Debe tenerse claro que estos servidores públicos están en una relación de sujeción especial intensificada respecto del Estado, lo que les impone mayores compromisos con la ciudadanía y con sus electores, lo que se traduce, a la vez, en un régimen disciplinario más fuerte en el ámbito de las sanciones.

Estos elementos deben considerarse en el cumplimiento de ese exhorto.

5

¿De qué manera opera o no la prescripción de la acción disciplinaria en el trámite del recurso extraordinario de revisión?

Fue este uno de los puntos que solicitó el Consejo de Estado, debía ser aclarado por la Corte Constitucional respecto de la Sentencia C-030 de 2023. La autoridad contenciosa, en dicha solicitud, expresó lo siguiente:

Dado los efectos generales de la modulación respecto de la naturaleza jurídica de la decisión sancionatoria, el carácter automático e integral del recurso de revisión y la obligatoria intervención del juez en la determinación de la sanción, lo atinente a la aplicación de la prescripción amerita que se aclaren sus alcances en este nuevo marco jurídico fijado en la Sentencia C-030 de 2023, por cuanto no resulta claro si la posibilidad de que ocurra la prescripción cobija solo el trámite ante la Procuraduría o también se extiende al recurso extraordinario de revisión.

Para la solución de este interrogante, debe tenerse de presente lo que dispone el Código General Disciplinario. En efecto, el artículo 33 de este estatuto, en lo que aquí interesa, dispone:

(...) La prescripción se interrumpirá con la notificación del fallo de primera instancia. Interrumpida la prescripción, esta se producirá si transcurridos dos (2) años desde la notificación del fallo de primera instancia no se notifica la decisión de segunda instancia.

Es claro que la admisión del recurso de revisión presupone, por una parte, que las sanciones de destitución, inhabilitación y suspensión se encuentran suspendidas en su ejecución. De

igual manera, que la prescripción de la acción disciplinaria se interrumpió con la notificación del fallo de segunda instancia.

Teniendo de presente que la ley no contempla un nuevo término de prescripción de la acción disciplinaria en el trámite del recurso de revisión, sucede lo mismo respecto de los medios de control, esto es, no corre la prescripción. Así las cosas, lo lógico es pensar que durante el trámite de este recurso no es admisible hablar de prescripción de la acción sancionatoria. Sin embargo, será en últimas la Corte Constitucional la que resuelva el intrínquilis.

6

¿Se afectó la suspensión provisional de un servidor público de elección popular, en el trámite de un proceso disciplinario, por parte de las sentencias del 8 de julio de 2020 de la Corte IDH «Petro Urrego contra Colombia» y la C-030 de 2023 de la Corte Constitucional?

En la sentencia de la Corte IDH, en el caso Petro Urrego contra el Estado colombiano, no se hizo alusión a la medida de suspensión provisional de un servidor público de elección popular, y no lo hizo por cuanto la lectura literal del artículo 23.2 de la CADH se refiere a «condena» por juez competente, en un proceso penal. La suspensión provisional, como su nombre lo indica, es una medida instrumental del proceso disciplinario que busca garantizar que la realización del proceso se cumpla sin interrupciones o situaciones atribuibles al investigado. Esta medida garantiza que el trámite del proceso se cumpla en debida forma. No es sanción, no está inspirada en los fines de las sanciones. A esa medida cautelar de carácter personal, no le son aplicables los efectos de la literalidad del artículo 23.2 de la CADH.

Por su parte, la Sentencia C-030 de 2023 de la Corte Constitucional dejó claro que la suspensión provisional que impone la PGN es una medida legítima, que no se afecta con las normas internacionales contenidas en la Convención Americana de Derechos Humanos.

II. INTERROGANTES EN LA PARTE SUSTANCIAL

7

¿En qué consiste el principio acusatorio que introdujo la Ley 2094 de 2021 y cuáles son sus implicaciones?

Lo primero que cabe advertir acerca de este interrogante es que el principio acusatorio tuvo como fundamento de su regulación al interior del proceso disciplinario colombiano, lo decidido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del 8 de julio de 2020, caso Petro Urrego contra el Estado colombiano, en la que se dispuso que los procesos sancionatorios debían ser respetuosos de las garantías de los procesos penales. Además, se tuvo también en cuenta las garantías judiciales contenidas en los artículos 8 de la Convención Americana y 14 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

Debe recordarse que el proceso disciplinario contenido en la Ley 734 de 2002 es particularmente inquisitivo, quien acusa, igualmente juzga.

La Ley 2094 de 2021 quiso entronizar un principio acusatorio para garantizar la imparcialidad del juzgador. De esta manera este principio lo que pretende es, por una parte, diferenciar claramente las fases de acusación y juzgamiento, y por otra, disponer que esas diferentes fases del proceso sean cumplidas por servidores públicos diferentes. No puede ser el mismo funcionario que profiere el pliego de cargos, el que adelante el juzgamiento.

En la sentencia del caso Petro, la Corte IDH dejó en claro que el adelantamiento de un proceso disciplinario o sancionatorio por una misma entidad no es en estricto sentido inconvencional, siempre que se garantice que el juzgador no esté subordinado al instructor.

En la actualidad el proceso disciplinario es un proceso mixto, con tendencia inquisitiva, respetuoso del principio acusatorio. Nos rigen principios inquisitivos como el de la permanencia de la prueba, pero, principalmente, el de facultad oficiosa probatoria del juzgador.

No puede confundirse principio acusatorio con sistema acusatorio. El principio acusatorio es la garantía de imparcialidad del juzgador, ello se cumple con la separación de las fases de acusación y juzgamiento y con la diferenciación de los servidores que cumplen esos roles.

Por su parte, el sistema acusatorio es sumarle al principio acusatorio otras garantías, tales como, no permanencia de la prueba, no facultad oficiosa probatoria del juzgador, la limitación y restricción de los derechos del procesado solo proceden por previa autorización de un juez. Un juicio concentrado, oral, público y regido por la inmediación son garantías del sistema acusatorio.

El Código General Disciplinario-CGD enfatizó en el principio acusatorio, consagrándolo como una garantía que hace parte del debido proceso, es por ello que en el artículo 12 se dispuso:

Debido Proceso. El disciplinable deberá ser investigado y luego juzgado por funcionario diferente, independiente, imparcial y autónomo que sea competente, quienes deberán actuar con observancia formal y material de las normas que determinen la ritualidad del proceso, en los términos de este código y dándole prevalencia a lo sustancial sobre lo formal.

En el proceso disciplinario debe garantizarse que el funcionario instructor no sea el mismo que adelante el juzgamiento.

Esta garantía debe acatarse por todas las entidades y las instancias que adelantan los procesos disciplinarios.

8

¿Qué impone la cláusula de exclusión probatoria que introdujo la Ley 2094 de 2021?

Para dar respuesta a este interrogante, recordamos lo expuesto en la obra *Dogmática practicable del derecho disciplinario*.³

Esta figura que no estaba consagrada en la Ley 734 de 2002, en forma expresa, ya se venía aplicando en materia disciplinaria por virtud de su fundamentación constitucional, el principio de integración y con sustento en la doctrina y jurisprudencia penal.

El artículo 21 del CGD consagra la cláusula de exclusión como un principio y norma rectora del nuevo procedimiento. Al respecto esta disposición reza:

Cláusula de exclusión. Toda prueba obtenida con violación de los derechos y garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal.

Iguales tratamientos recibirán las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas o las que solo puedan explicarse en razón de su existencia. Se deben considerar, al respecto, las siguientes excepciones: la fuente independiente, el vínculo atenuado, descubrimiento inevitable y las demás que establezca la ley.

Esta norma reproduce en un solo artículo lo contemplado en los artículos 23 y 455 de la Ley 906 de 2004.

3. Sánchez Herrera Esiquio Manuel, Ediciones Nueva Jurídica, cuarta edición, Bogotá 2020, páginas 284-295.

El artículo 29 de la Constitución Política expresa, como contenido del debido proceso, que «es nula de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso». Lo que hace entonces el artículo 21 del CGD es desarrollar este mandato constitucional.

La búsqueda de la verdad como uno de los fines del proceso disciplinario, cuya realización se logra a través del derecho a probar, encuentra su límite en el respeto a los derechos y garantías fundamentales. Ello supone una necesaria ponderación entre esos derechos en juego, el de probar y el respeto de los derechos fundamentales que pudieran ser desconocidos. La verdad no se consigue a cualquier precio. Por ello Couture entiende el proceso como el principal medio para la búsqueda de la verdad y la realización de la justicia, y por tanto, resultaría una *contradictio in terminis* que se admitiera la comisión de una injusticia de este tipo con el fin de lograr la Justicia con mayúsculas.⁴

En efecto, el proceso penal, que es expresión de poder, constituye al mismo tiempo la manifestación de una voluntad de saber. Esa relación de saber-poder siempre en estrecha implicación, la puso de manifiesto Foucault, y sobre ella ha discurrido, más recientemente, con agudeza, Ferrajoli: «el juicio penal - como por lo demás toda actividad judicial es un saber-poder, es decir, una combinación de conocimiento (*veritas*) y decisión (*auctoritas*)». ⁵ Tal apreciación es válida, también, para el proceso disciplinario, en él hay una conjugación en su finalidad de saber, que tiene relación con la búsqueda de la verdad, y poder, que tiene que ver con la fuerza de la decisión del juez disciplinario. Empero ese poder siempre debe estar sometido

4. Couture. Tutela constitucional del proceso. Fundamentos de derecho civil, Buenos Aires, 1958, página 151.

5. Cfr. Andrés Ibáñez, Perfecto. Prueba y convicción judicial en el proceso penal. Editorial Hammurabi s.r.l. Buenos Aires, 2009, páginas 181 y 182.

a la legalidad y el respeto de los derechos fundamentales de los intervinientes.

La regla de exclusión es una garantía que tiene como fundamento el respeto del principio de dignidad humana, por cuanto se instrumentaliza al ser humano cuando se consigue su condena con pruebas ilegales; el principio de presunción de inocencia, por cuanto tal principio determina que el acusado llega al juicio como inocente y solo puede salir del mismo como responsable si su condición de inocente resulta desvirtuada por la aducción al proceso de pruebas legítimas y legales; el principio de realización de un proceso con todas sus garantías y conforme a sus formas legales; por cuanto la prueba ilícita desconoce las garantías y derechos fundamentales del investigado, en tanto afecta su intimidad, su libertad, su autonomía personal y sobre todo las formalidades propias de un juicio justo; el debido proceso, toda vez que la prueba ilícita desconoce sus reglas y los principios que lo constituyen, entre ellos el contradictorio y el derecho de defensa.

La regla de exclusión no puede analizarse como un criterio generador de impunidad, ni tampoco llevarse al extremo de que sus excepciones lo desvirtúen al punto que las pruebas irregulares, ilegales e ilícitas sean soporte de la declaratoria de responsabilidad del investigado.

Tampoco puede analizarse con un sustento de derecho económico, en ese sentido no compartimos el análisis que realiza el profesor William T. Pizzi cuando critica la aplicación de esta regla en los Estados Unidos, dando a entender que propicia la impunidad y que favorece a los criminales, por el contrario. es una garantía de la legalidad del procedimiento y un límite de la arbitrariedad. Así se pronuncia este reconocido profesor de la Universidad de Colorado:

Aunque no pienso que en realidad sea grande el número

de acusados que eviten ser condenados por delitos graves a causa de la inadmisión de materiales probatorios, nos engañaríamos si pensásemos que el precio que pagamos por la regla de exclusión es irrelevante. La devaluación de la importancia de la verdad en nuestro sistema procesal comienza por la regla de exclusión. Un sistema de enjuiciamiento criminal en el que se inadmiten pruebas que contienen información fiable, obtenidas por agentes de Policía que actuaron de buena fe pero mediante actos que sólo a posteriori se declararon irrazonables, independientemente de lo irrelevante que puede haber sido la irregularidad cometida o lo grave que puede haber sido el delito o delitos cometidos, abandonando en consecuencia la pretensión de determinar de forma precisa la culpabilidad del acusado, tiene su orden de prioridades seriamente alterado. Los costos que una regla tan rígida supone para la honestidad y la integridad del sistema son enormes.⁶

Contrario a lo que piensa el prestigioso tratadista, precisamente la verdad del proceso lo que supone es que ella no se puede conseguir a cualquier precio, no importa la gravedad de la conducta investigada, el procedimiento de recolección, de obtención y aducción de la prueba debe ser respetuoso de los derechos fundamentales del investigado. La regla de exclusión no participa de la rigurosidad que el autor en cita expresa, por el contrario, las excepciones en la praxis han llevado a que esta cláusula se convierta en inane. Una debida aplicación de la regla, tampoco llevaría a la exageración de entender que cualquier irregularidad de la prueba tornaría la actuación en ineficaz, pues el sentido correcto de la fórmula es que solo las irregularidades sustanciales del procedimiento de aducción de la prueba afecten la validez del trámite.

6. Pizzi T, William. Juicios y mentiras. Crónicas de la crisis del sistema procesal penal estadounidense. Tecnos, Madrid 2004, página 73.

La regla de exclusión surge en Estados Unidos y ha tenido una larga evolución jurisprudencial, nace con la expresión de *exclusionary rule* o regla de exclusión de la prueba ilícita.

Ejemplo de lo que decimos lo encontramos en el asunto *Boyd vs. US* (1886). En un caso de importaciones ilegales se prohibió la utilización de toda prueba que hubiese sido obtenida de forma ilícita por un agente de la autoridad federal, no tanto por su ilicitud sino por haberse compelido al acusado a crear facturas falsas que declarasen en su contra. Para fundamentar tal rechazo se acudió a la Cuarta y Quinta Enmienda. La base de toda su argumentación fue precisamente el derecho a no declarar contra sí mismo por la fuerza, con el fin de poder utilizar con posterioridad esa información como prueba y pasando a catalogar la inviolabilidad del domicilio como de «agravante». Por tanto se creó la regla de la exclusión sobre un derecho fundamental sustantivo procesal.⁷

Más adelante, en el año 1914, se produce la Sentencia *Weeks vs. US*, en la que se prohíbe la admisión de pruebas recaudadas producto de un registro ilícito por violar la Cuarta Enmienda, que contempla lo relativo a la garantía de dos derechos fundamentales: el derecho a la intimidad o privacidad y el derecho a no sufrir una invasión arbitraria. Esta sentencia tuvo un efecto regional.

No sería hasta el asunto *Rochin vs. California* (1952) cuando se predicó la aplicación generalizada de la prohibición a todos los Estados, tomando como base la Decimocuarta Enmienda sobre el «*due process clause*», y fue confirmada esta nueva regla en el caso *Mapp vs. Ohio* (1961), por tratarse de un derecho fundamental en la Constitución americana.⁸

7. Cfr. Martínez García, Elena. Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal (a la luz de la STC 81/98, de 2 de abril). Tirant lo Blanch, Valencia 2003, página 65.

8. Cfr. *Ibidem*, página 66.

Por su parte, la doctrina de los frutos del árbol envenenado surge por primera vez en la sentencia del caso *Silversthorne Lumber Co. Vs. United States* del año 1920, en la que se excluyen evidencias producto de unas escuchas ilegales. La expresión, teoría o doctrina de los frutos del árbol envenenado se acuña, sin embargo, en la sentencia de 1939 en el caso de *Nardone vs. US*, también referido a intervenciones telefónicas ilegales. En los dos eventos, se regula lo concerniente al efecto contaminante de las pruebas derivadas de una prueba directa ilegal. Si el árbol que es la prueba principal tiene una raíz ilegal, sus frutos también resultan envenenados por esa ilegalidad.

En esas decisiones se deja claro que la relación contaminante, nexo de vinculación entre la prueba directa y la derivada, se rompe si se demostrare en el proceso que la prueba refleja de todas maneras tendría un descubrimiento autónomo o independiente.

En Colombia a partir de la Sentencia C-591 de 2005 de la Corte Constitucional, se habla en profuso del tema, haciendo unas importantes precisiones, sobre todo en lo concerniente a la modalidad de la prueba ilícita que es obtenida a través de la comisión de un delito de lesa humanidad como la tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial, en cuyo caso la invalidación se traslada no solo a la prueba así obtenida, sino a toda la actuación procesal.

Por su parte la Corte Suprema de Justicia ha consolidado una línea jurisprudencial, en la que se identifican las diversas clases de pruebas y sus efectos, así se expresó el máximo tribunal de justicia ordinaria:

(...) Esta postura jurisprudencial que ahora se reitera, permite escindir tres eventos específicos:

El primero, atañe a la prueba ilegal, la cual se genera cuan-

do en su producción, práctica o aducción se incumplen los requisitos ««esenciales» establecidos en la ley, caso en el que la prueba debe ser excluida como lo indica el artículo 29 Superior. En este evento le corresponde al juez determinar si el requisito legal pretermitido es ««esencial» y establecer su trascendencia sobre el debido proceso, pues la omisión de cualquier formalidad per se no autoriza la exclusión del medio de prueba.

El segundo, que la prueba ilícita corresponde a la obtenida con vulneración de los derechos fundamentales de las personas- la dignidad, el debido proceso, la intimidad, la no autoincrimación, la solidaridad íntima, entre otros-, y tiene como consecuencia la exclusión del medio de conocimiento, que conlleva a que no podrá valorarse y en consecuencia no producirá efectos en las determinaciones del fallo.

A este supuesto es al que podría enmarcarse el cargo formulado, dado que la alegación se ciñe a que los correos electrónicos aportados en el testimonio de A. G., se obtuvieron con desconocimiento del derecho fundamental de la intimidad de la víctima.

El tercero, incumbe a otra modalidad de prueba ilícita. Aquella en cuya producción, práctica o aducción se somete a las personas a tortura, desaparición forzada o ejecuciones extrajudiciales.

Como bajo estas circunstancias se genera una lesión a los derechos humanos, la irregularidad produce consecuencias diferentes y de mayor entidad que en los anteriores eventos, pues más allá de comportar la exclusión del elemento de convicción, el resultado que genera es la invalidez del trámite, porque la práctica de la prueba afecta de ilegal e inconstitucional el proceso, generando la nulidad de todo lo actuado.⁹

La ilegalidad de la prueba entonces está referida a la ausencia de sus requisitos esenciales en el proceso de aducción y práctica de la misma.

La ilicitud puede ser generada por dos situaciones: a) la aducción y práctica de la prueba afecta derechos fundamentales como el debido proceso, entre otros; b) la prueba es obtenida con tortura, desaparición forzada o mediante ejecuciones extrajudiciales.

Si la prueba es ilegal, por cuanto no fue obtenida con todos los requisitos de ley, pero ese requisito no tiene la condición de esencial, no hay lugar a excluir la prueba, por ejemplo, la declaración no fue firmada por el testimoniante, ese requisito puede ser restablecido con una simple constancia.

Si la prueba carece de un requisito esencial debe ser excluida del proceso. Ejemplo, la confesión se obtuvo sin la presencia del defensor.

Si la prueba es ilícita por cuanto se afecta un derecho fundamental como el debido proceso y la intimidad, se debe excluir del proceso disciplinario. Por ejemplo, el allanamiento sin orden judicial.

La prueba ilícita que es obtenida con tortura, desaparición forzada o ejecuciones extrajudiciales da lugar a la invalidación de toda la actuación.

Este precedente deja en claro, también, que la expresión nula de pleno derecho a que alude el artículo 29 de la Constitución Política, no hace referencia a la nulidad procesal como tal, sino a la inexistencia jurídica de la prueba ilícita, lo que im-

9. Cfr. Corte Suprema de Justicia, sentencia del 29 de junio de 2015, radicado SP 9792-2015, 42.307, M.P. Patricia Salazar Cuellar.

plica que ese medio de convicción debe ser ignorado, tenerse como inexistente al interior del proceso. Por ello se habla de una cláusula de exclusión probatoria.

El artículo 21 del CGD, en análisis, hace mención expresa de pruebas que deben ser excluidas, es decir las llamadas pruebas directas, como también de aquellas que son consecuencia de estas, es decir, las llamadas pruebas indirectas, derivadas o reflejas. Con lo cual esa norma se está afiliando a la ya mencionada teoría del árbol envenenado, obviamente dejando claro la existencia de excepciones frente a las cuales se considera que el fruto, es decir, la prueba derivada no se excluye. Muy esclarecedora sobre este punto fue lo expresado en la llamada Sentencia US vs. Ceccolini, en la que se dijo:

STS 4.III.97 (Art. 2215) FJ 2. La prohibición alcanza tanto a la prueba en cuya obtención se haya vulnerado un derecho fundamental como a aquellas otras que, habiéndose obtenido lícitamente, se basan, apoyan o derivan, de la anterior (directamente o indirectamente), pues sólo de este modo se asegura que la prueba ilícita inicial no surta efecto alguno en el proceso. Prohibir el uso directo de estos medios de prueba y tolerar su aprovechamiento indirecto constituiría una proclamación vacía de contenido efectivo e incluso una incitación a la utilización de procedimientos inconstitucionales que, indirectamente surtirían efectos. Los frutos del árbol envenenado deben estar y están jurídicamente contaminados. El efecto expansivo prevenido en el artículo 11.1 LOPJ únicamente faculta para valorar pruebas independientes, es decir, que no tengan conexión causal con la ilícitamente practicada, debiéndose poner especial atención en no confundir prueba diferente (pero derivada) con prueba independiente (sin conexión causal).

La norma en análisis se refiere a las excepciones al efecto contaminante de las pruebas indirectas, para ello alude a las

siguientes: la fuente independiente; el vínculo atenuado, el descubrimiento inevitable y los demás que establezca la ley.

- La fuente independiente

Esta excepción alude a aquellos eventos en los cuales existe una fuente o base de información alterna pero ajustada a la legalidad que deja sin efecto la tacha de una fuente ilegal que es originaria. No existe una conexión causal entre la fuente de la prueba directa que es ilícita con la otra prueba, pues esta última tiene una base de información diferente. Hay desconexión causal entre los hechos origen de la ilicitud y las pruebas encontradas. En la famosa sentencia *Bynum vs. US* de 1960, se ejemplifica la situación de excluirse las impresiones dactilares obtenidas de un sospechoso tras una detención ilegal. La misma evidencia había sido aducida al proceso a partir de las huellas que reposaban en los archivos del FBI. En ese sentido, se estimó que el acto irregular de la detención ilegal daba lugar a excluir las impresiones dactilares del investigado, pero como las mismas fueron allegadas al trámite por reposar en la agencia de investigación, se consideró que la prueba tenía una fuente independiente.

- Doctrina del vínculo o nexo atenuado

Se presenta cuando la relación de conexión entre la prueba directa y la derivada es tan irrelevante o tenue que da lugar a que la ilegalidad de aquella no afecte la validez de la segunda. Sobre este tema Martínez García sostiene:

La jurisprudencia norteamericana, acorde con su amplio sistema de excepciones, ha objetivizado determinados parámetros para entender cuándo ese nexo se encuentra atenuado conforme se deriva del caso *Brown vs Illinois* (1975). Allí se explicita que cuando la prueba derivada se use para fines raros o inusuales parece extraño que la po-

licia pudiera actuar con tales móviles y, por tanto, la exclusión de la prueba pudiera no llegar a tener eficacia disuasoria alguna. Igualmente, se ha de poner en ponderación la cantidad de derecho invadido (intensidad de la infracción) y la argumentación necesaria para romper dicho nexo lógico existente entre ambas pruebas, de modo que, cuando para ello se tenga que acudir a argumentaciones sofisticadas no podrá reputarse como válida esa prueba. Por último, la voluntariedad de una confesión o una testifical o el lapso temporal entre la ilicitud y el nacimiento de la prueba derivada es un dato relevante.¹⁰

En la sentencia Wong Sun vs. SU de 1963, se resolvió un asunto con la aplicación de esta teoría, se trató de una aprehensión de un primer individuo que estuvo sustentada en una intromisión ilegal a su domicilio, en su interrogatorio este incriminó a un expendedor de droga a quien al momento de su captura se le encontraron los alcaloides, a su vez este segundo individuo implicó a otro sujeto que también fue detenido como resultado de la primera información ilícita. Ante la confesión de tenencia de heroína del tercer sujeto, luego de la obtención de su libertad bajo el pago de una fianza, la Corte indica que la fiscalía no podía introducir como prueba de cargo la droga incautada en la residencia del primer comprador para incriminar al tercer individuo. Ello con fundamento a que el conocimiento sobre la existencia del alcaloide había sido adquirido de forma ilegal. Empero si admite la confesión de este tercer individuo, asentando que el vínculo entre la aprehensión y la declaración del acusado era tan atenuado que permitía borrar la mácula de ilicitud de recolección de la evidencia.

- El descubrimiento inevitable

Surge esta excepción como una modalidad de la doctrina de

10. Cfr. Ibidem, Martínez García, Elena. Páginas 94 y 95.

la fuente independiente. Guerrero Peralta enfatiza en la institución de la siguiente manera:

En el caso de la fuente independiente se entiende que existe una fuente de información alterna pero legal que enerva la mácula de una fuente ilegal, en el caso del descubrimiento inevitable la situación opera en forma análoga pero se requiere más que una fuente independiente, esto es, una investigación penal legalmente fundamentada que inevitablemente hubiese llegado a la obtención probatoria de la evidencia cuestionada. Por esa razón a la doctrina del descubrimiento inevitable se le conoce también con el nombre de “extensión conceptual” de la regla de la fuente independiente. Pero más allá de las denominaciones la crítica jurídica ha centrado sus puntos de discusión en el hecho de que mientras en el caso de la fuente independiente existe un cotejo inevitable entre dos fuentes con respecto a un hecho, en el descubrimiento inevitable lo que realmente existe es un cotejo entre una fuente ilegal y un camino legal hipotético que inevitablemente hubiese llegado a la misma conclusión.¹¹

Como ejemplo de la aplicación de la figura se suele citar la sentencia del caso *Nix vs. Williams*, en la que sirvió como fundamento lo consagrado por la Sexta Enmienda, en torno al derecho a la asistencia de la defensa técnica en garantía de impedir la autoincriminación. En este proceso, los investigadores obtuvieron de manera ilegal la autoincriminación del acusado, esa situación los llevó a poder ubicar el cuerpo de la víctima del homicidio. A pesar de la ilegalidad de la confesión, la Corte enfatizó que de todas maneras sin aquella el cuerpo sin lugar a dudas hubiera sido hallado.

11. Cfr. Guerrero Peralta, Oscar Julián. Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal. Ediciones Nueva Jurídica, segunda edición, Bogotá 2015, página 440.

En países como España, la doctrina del descubrimiento inevitable ha tenido fuerte oposición, al punto que se expresa que en esas latitudes no tiene aplicación. Así, por ejemplo, Miranda Estrampes aduce:

En realidad, la doctrina del inevitable descubrimiento conlleva a la eficacia directa de la prueba ilícitamente obtenida precisamente en atención a que sus resultados se hubieren obtenido, igualmente, por otras vías diferentes. La aplicación de esta limitación en nuestro ordenamiento jurídico no resulta aceptable, toda vez que la exclusión de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales no tiene razón de ser en el deterrence effect, fundamento último de las reglas de exclusión probatoria elaboradas por la jurisprudencia norteamericana, sino en la posición preferente que los derechos fundamentales tienen en nuestro ordenamiento jurídico. Además su construcción se basa en juicios hipotéticos o meras suposiciones o conjeturas difícilmente conciliables con las exigencias que derivan del reconocimiento constitucional de la presunción de inocencia, sin que en esta materia pueda prescindirse de la perspectiva que nos ofrece la sucesión temporal de los hechos acaecidos en la realidad.¹²

- Funciones en el proceso disciplinario de la cláusula de exclusión

La Corte Constitucional en la Sentencias SU-159 de 2002 y, muy especialmente, en la C-591 de 2005, fijó las diferentes funciones que cumple en el proceso penal la cláusula de exclusión, las cuales también tienen aplicación en materia disciplinaria. Esas funciones son:

12. Cfr. Miranda Estrampes, Manuel. El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal. Bosch Editor, Barcelona, 1999, páginas 119 y 120.

a) De Garantía. La prueba aducida al proceso disciplinario debe permitir su contradicción, su oposición, aquellas ilegales o ilícitas deben permitir a las partes solicitar su exclusión, por ir en contravía del respeto a la dignidad humana, el debido proceso y el principio de legalidad. La cláusula propicia esa garantía de posibilitar las oportunidades de oposición a la aducción y de mantenimiento en el proceso de este tipo de pruebas.

b) De protección. Garantiza la transparencia y la objetividad de la aducción de la prueba. Además propende porque todos los medios de prueba sean legítimos.

c) De disuasión y prevención. Evita que los servidores públicos encargados de adelantar las investigaciones disciplinarias utilicen métodos de pesquisas y de aducción probatoria ilegales e ilícitos.

d) De restablecimiento y reparación. Con la cláusula de exclusión se garantiza que no sean objeto de valoración aquellos medios de convicción que se practicaron con violación de las garantías fundamentales. De esa manera se restablecen los derechos y garantías del procesado y el proceso vuelve a su legalidad.

e) De aseguramiento. Garantiza que la prueba con la cual se va a enjuiciar la conducta del agente, consulte la verdad y la legalidad de su aducción y práctica.

En el proceso disciplinario, en cualquiera de las fases de indagación, investigación, juzgamiento y hasta en el fallo de segunda instancia, se puede adoptar la decisión de exclusión de las pruebas ilegales o ilícitas.

9

¿En qué consiste el principio de congruencia que introdujo la Ley 2094 de 2021 al proceso disciplinario?

Al respecto citamos lo expuesto por el profesor Sánchez Herrera.¹³

El nuevo procedimiento del CGD tiene principios no contenidos en el Código Disciplinario Único-CDU y su esencia apunta a la oralidad, celeridad, publicidad e inmediación. En apartado anterior vimos las características esenciales de este trámite que no es del caso repetir. Importa examinar dos nuevos principios.

Principios como los de congruencia y la regla de exclusión tienen fuente Constitucional en el artículo 29 superior, por lo tanto, deben aplicarse al procedimiento de la Ley 734 de 2002. Además, el bloque de constitucionalidad, el control de convencionalidad y el mismo principio de integración permiten la aplicación inmediata de estos principios. Empero es muy importante su consagración en la Ley 1952 de 2019.

En el artículo 20 del CGD se establece el principio de congruencia, esa norma señala:

Congruencia. El disciplinado no podrá ser declarado responsable por hechos ni faltas disciplinarias que no consten en el auto de citación a audiencia y formulación de cargos, sin perjuicio de la posibilidad de su variación.

13. Sánchez Herrera Esiquio Manuel, Ediciones Nueva Jurídica, cuarta edición, Bogotá 2020, páginas 279-284.

Por su parte, el artículo 229 ibidem regula lo concerniente a la variación de los cargos, expresando:

Si agotada la fase probatoria, el funcionario de conocimiento advierte la necesidad de variar los cargos, por error en la calificación o prueba sobreviniente, así lo declarará motivadamente. La variación se notificará en estrados, ordenando la suspensión de la audiencia por el término de cinco (5) días hábiles. Reanudada la audiencia se procederá de nuevo con su instalación.

Previamente a referirnos al tema hay que indicar que esa institución debe analizarse conforme al sistema procesal que acoge la nueva ley disciplinaria. Es claro que la nueva legislación sigue manteniendo un sistema de enjuiciamiento disciplinario eminentemente inquisitivo, donde no se respeta el principio acusatorio. Quien acusa, juzga y condena, si hay lugar a ello, es el mismo funcionario. No hay una separación en este procedimiento de las autoridades acusadoras y juzgadoras.

La congruencia como tal es un fenómeno antiquísimo, compatible con el concepto de proceso entendido como método dialéctico, regido por los grados del conocimiento, afín con la comprensión de que el proceso es una unidad de pensamiento estructurado por unas fases, regidas por la teoría de los presupuestos procesales.

El principio de congruencia es un principio rector del proceso disciplinario, que tiene como fuente constitucional el artículo 29 de la carta, referido al debido proceso, al señalar que «nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se imputa (...)» y «con observancia de las formas propias de cada juicio». De esa norma superior se infiere la imputación fáctica y la imputación jurídica que deben servir de fundamento a la declaratoria de responsabilidad.

El artículo 20 del CGD determina que el juzgador debe ser consecuente, primero que todo con la imputación fáctica o naturalística efectuada en el pliego acusatorio y el fallo, en segunda medida entre la calificación jurídica dada a los hechos y la establecida en el fallo. Es decir, debe existir correspondencia entre las imputaciones fácticas y jurídicas de la acusación con las del fallo. Oponerse a tal postulado implica el quebrantamiento de las bases fundamentales del proceso. La Corte Suprema de Justicia ha expresado sobre el principio de congruencia lo siguiente:

(...) Muy sintéticamente debe comenzar por recordarse que el principio de congruencia ha sido conceptualizado como aquel límite para el Estado a la hora de definir el proceso penal, en tanto lo que se imputa al momento de concretar los cargos ostenta carácter vinculante y no puede ser desbordado por el fallo en detrimento del procesado o de los demás sujetos que intervienen en la actuación. Es que, entre la imputación delictiva que el Estado jurisdiccional hace a una persona y la decisión que define en el fondo la controversia penal se establece un nexo de causa y efecto vinculante, de manera que como presupuesto general ello supone la elaboración de un juicio de identidad fáctica- hecho histórico objeto de investigación- y jurídica - nominación que al mismo da la ley, con todas las circunstancias que lo modifican-, en el entendido de que solamente se mantiene el marco conceptual construido a partir de esos dos elementos siempre y cuando la sentencia sea respetuosa de los linderos por el mismo fijados. ¹⁴

Así las cosas, debe existir perfecta armonía e identidad entre los sujetos, los hechos, sus circunstancias caracterizadoras, la calificación jurídica dada a la conducta, entre lo que se hace

14. Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 27 de julio de 2007, radicado 26468.M.P. Alfredo Gómez Quintero.

en el pliego de cargos y el fallo. La congruencia implica y exige correspondencia entre la imputación fáctica y jurídica del fallo con la que se ha efectuado en el pliego de cargos.

El proceso disciplinario tiene una doble estructura: formal y conceptual. La primera alude al conjunto de actos que lo integran como una unidad dentro del marco de una secuencia lógico-jurídica, fases ordenadas que se presuponen unas a otras. Y la conceptual tiene relación con la definición progresiva y vinculante de su objeto. El principio de congruencia es clara manifestación de la estructura conceptual del proceso, pues apunta a la coherencia y la armonía de las imputaciones factico-jurídicas de la acusación con las del fallo y viceversa. En materia disciplinaria, la variación de los cargos está concebida como una salvedad a la congruencia, por virtud de la misma ley. Sin embargo, debe comprenderse es como un complemento para entender que el acto de acusación es complejo, integrado por el momento de la citación a la audiencia y el acto de modificación del pliego de cargos. Los dos configuran la acusación, sin embargo debe entenderse, en todo caso, que de ninguna manera la nueva acusación puede modificar o partir de otra situación fáctica no comprendida en la investigación. La variación del pliego debe estar referida a la calificación jurídica dada a los hechos, de ninguna manera puede modificarse el núcleo fáctico que desde el principio constituyó el objeto de investigación.

La jurisprudencia ha sido reiterativamente clara en decir que en armonía y desarrollo con el debido proceso, al investigado se le deben respetar las siguientes garantías:

- 1.** El enjuiciado debe conocer previamente a la sentencia, los motivos por los cuales es acusado por el Estado. Esta garantía es la consonancia que se predica entre la acusación y la sentencia.

2. A pesar de las modificaciones que se introduzcan a la acusación, estas no pueden ser de tal naturaleza que rompan la consonancia entre la acusación y la sentencia.

3. Al enjuiciado no se le puede sorprender con hechos nuevos sobre los cuales no tenga la oportunidad de defenderse.¹⁵

Por tanto, la variación de los cargos no puede desconocer esa tercera garantía.

También, en garantía del derecho de defensa, la variación de los cargos, por los motivos que legalmente procede, no puede afectar el contradictorio, por lo tanto es posible que le surja a la defensa la necesidad de la práctica de algunas probanzas que puedan aclarar su situación, en ese sentido aun cuando la ley dice que en ese momento ya venció la fase probatoria, nada obsta para que se soliciten, se ordenen y practiquen pruebas.

Es pertinente recalcar, que de ninguna manera la variación del pliego de cargos puede comportar variación de la situación fáctica que fue objeto de la investigación. Ello no impide, sin embargo, que se rompa el principio de congruencia cuando se sancione por una falta de menor gravedad a la contenida en el pliego de cargos, por ejemplo, cuando en el fallo se reconoce un criterio de graduación de la falta que no estaba en la acusación, que sirve para disminuir el reproche. La Corte Suprema ha determinado los eventos en los que procede la variación de la calificación, sin que ello signifique afectación de la congruencia:

(...) Es que si bien, como lo señala el demandante, el prin-

15. Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 27 de julio de 1998, radicado 9857.

cipio de congruencia constituye una garantía derivada del debido proceso cuya finalidad es asegurar que el sujeto pasivo de la acción penal sea condenado, si hay lugar a ello, por los mismos cargos por los que se le acusó, sin lugar a sorprenderse a última hora con imputaciones frente a las cuales no tuvo la oportunidad de ejercer el derecho de contradicción, la Sala viene admitiendo desde la sentencia del 27 de julio de 2007, Rad. 26468, la posibilidad de variar en el fallo la calificación jurídica atribuida en la acusación, de modo que se pueda condenar por punible diverso al contenido en aquella.

Según dicho precedente el fiscal bien puede solicitar condena por un delito de igual género pero diverso a aquél formulado en la acusación - siempre, claro está, de menor entidad-, o pedir que se excluyan circunstancias de agravación, siempre y cuando - en ello la apertura no implica una regresión a métodos de juzgamiento anteriores- la nueva tipicidad imputada guarde identidad con el núcleo básico de la imputación, esto es, con el fundamento fáctico de la misma, pero además, que no implique desmedro para los derechos de todos los sujetos intervinientes” y sin que además no se haga más gravosa la situación del acusado.

Es decir, para efectuarse la aludida variación de la calificación jurídica, es necesario: 1) Que obre solicitud expresa del respectivo fiscal, 2) Que el nuevo delito corresponda a uno del mismo género del contenido en la acusación; 3) Que el cambio sea por un punible de igual o menor entidad; 4) Que se conserve el núcleo fáctico de la imputación y 5) Que no se afecten derechos de los demás intervinientes.¹⁶

16. Cfr. Auto del 21 de enero de 2015, radicado AP092-2015, 42.846, M.P. Luis Guillermo Salazar Otero. Se pueden consultar además las decisiones del 27 de julio de 2007, rad. 26468; 3 de junio de 2009, 28649, y 24 de julio de 2012, radicado 32879, entre otras.

Se debe entonces ser coherente entre las dos figuras: la variación del pliego de cargos procede por error en la calificación jurídica y por prueba sobreviniente, se debe respetar el contradictorio y el derecho de defensa, no se puede variar por ninguno de esos eventos la imputación fáctica; por su parte, la variación de la calificación jurídica dada en el fallo, sin que comporte afectación del principio de congruencia, debe ser por una falta de menor entidad, ya sea en el plano de lo típico o de la modalidad de culpabilidad, se conserve el núcleo fáctico de la imputación y no se quebranten garantías de los intervinientes en la actuación disciplinaria.

10

¿Cuál es la forma correcta de hacer el juicio de adecuación típica según el Código General Disciplinario?

El artículo 4.º de la Ley 1952 de 2019, al desarrollar el principio de legalidad en el proceso disciplinario, estableció expresamente que la labor de adecuación típica se someterá a la aplicación de los principios de especialidad y subsidiariedad.

Para la Corte Constitucional, el principio de especialidad tiene la siguiente noción:¹⁷

El principio de especialidad se deriva de la locución latina: “lex specialis derogat lex generalis”, adagio jurídico popular según el cual la ley especial debe ser aplicada de preferencia sobre la general, cuando un tipo penal [o disciplinario] reproduce en forma estructural los elementos de otro. Esto puede ocurrir cuando varias normas penales [o disciplinarias] comprenden dentro de su descripción un comportamiento pero en diferente grado, así mientras una de ellas lo hace de forma general otra lo hace de manera específica y, por tanto, ésta última resulta aplicable.

En estas condiciones, para el ejercicio de adecuación típica se debe verificar el tipo disciplinario que de manera específica se ajuste a la conducta cuestionada. Conviene recordar que el Código General Disciplinario, al igual que lo hacían las Leyes 734 de 2002 y 200 de 2000, solo establece de manera taxativa las faltas gravísimas, dejando la caracterización de las graves y leves sujeta a los criterios establecidos en el mis-

17. Corte Constitucional, Sentencia C-464 de 2014, M.P. Alberto Rojas Ríos.

mo estatuto disciplinario; por tanto, será el catálogo de faltas gravísimas al que se acuda en primer término para verificar si la conducta es reprochable a la luz del derecho disciplinario, y luego al catálogo de deberes y prohibiciones.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que, en materia disciplinaria, dada la cantidad de normas que rigen la actividad de los destinatarios de la ley disciplinaria, existen tipos en blanco, los cuales han sido definidos por el alto tribunal constitucional de la siguiente manera:¹⁸

El tipo abierto en derecho disciplinario hace referencia a aquellas infracciones que ante la imposibilidad del legislador de contar con un listado detallado de comportamientos que se subsumen en las mismas, remiten a un complemento normativo, integrado por todas las disposiciones en las que se consagren deberes, mandatos y prohibiciones que resulten aplicables a los servidores públicos. Así, la tipicidad en las infracciones disciplinarias se determina por la lectura sistemática de la norma que establece la función, la orden o la prohibición y aquella otra que de manera genérica prescribe que el incumplimiento de tales funciones, órdenes o prohibiciones constituye una infracción disciplinaria.

En estas condiciones, no basta con encuadrar la conducta en determinada falta disciplinaria si esta, a su vez, es un tipo en blanco que debe ser complementada con otra disposición existente en el ordenamiento jurídico.

Verbigracia, el numeral 3.º del artículo 54 de la Ley 1952 de 2019 tipificó como falta gravísima participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual, en detrimento del

18. Corte Constitucional, Sentencia C-030 de 2012, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

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. En este caso, será necesario complementar esta falta con las normas que hagan referencia a los principios de la contratación estatal y/o de la función administrativa, sin perder de vista que la Corte Constitucional, en Sentencia C-818 de 2005 condicionó la exequibilidad de esta descripción típica (que correspondía al numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002), a que la conducta constitutiva de la falta gravísima debe ser siempre de carácter concreto y estar descrita en normas constitucionales de aplicación directa o en normas legales que desarrollen esos principios.

En lo que se refiere al principio de subsidiariedad, que podría decirse se deriva del de especialidad, cuando revisado el catálogo de faltas gravísimas no hay una falta que se ajuste al comportamiento cuestionado, la autoridad disciplinaria podrá remitirse a los tipos penales para edificar la tipicidad disciplinaria, en virtud del artículo 65 de la Ley 1952 de 2019, que estipuló:

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

Nótese que en la Ley 734 de 2002, el acudir a los tipos penales se hallaba como la primera falta gravísima (numeral 1.º del artículo 48), pero en el Código General Disciplinario, en concordancia precisamente con el principio de especialidad, tal remisión se consignó como ultima ratio, en el evento de no poderse construir la tipicidad con los tipos establecidos en la ley disciplinaria.

Una muestra de ello resultan ser las expresiones injuriosas y calumniosas, que en el Código Penal tienen la categoría de delitos (artículo 220 y siguientes de la Ley 599 de 2000), pero en el Código General Disciplinario tienen la connotación de prohibición (numeral 19 del artículo 39 de la Ley 1952 de 2019); de ahí que su tratamiento en el plano disciplinario será de falta grave o leve (artículo 67 *ibidem*) y no de falta gravísima (si se pensara en aplicar el artículo 65 *ibidem*).

11

¿Procede una imputación por dolo eventual en materia disciplinaria?

En el artículo 28 del CGD, se define el dolo como forma de la culpabilidad, así: «La conducta es dolosa cuando el sujeto disciplinable conoce los hechos constitutivos de falta disciplinaria, su ilicitud y quiere su realización».

Es muy importante que el derecho disciplinario adopte sus propias definiciones en torno a categorías dogmáticas de tan difícil comprensión para los administrativistas, como lo son las formas de culpabilidad dolosa o culposa.

Esta definición legal soluciona el tema de los elementos que lo configuran, con tal regulación queda claro que la voluntad, el conocimiento de los hechos, el conocimiento de la ilicitud y la representación, son requisitos imprescindibles para predicar la conducta dolosa.

Esa discusión que se planteó en torno a los contenidos del dolo, en vigencia de la Ley 734 de 2002, acerca de que la voluntad es un elemento accidental del dolo, ha quedado superada, pues hoy el CGD tomó partido por regular expresamente ese elemento volitivo, como esencial para la configuración de esta modalidad de la conducta ilícita.

Vista la regulación que hace la ley en torno al dolo, es claro que ahí no se contempla una modalidad de este, como lo es el dolo eventual. Esta circunstancia ha planteado la inquietud acerca de si la ausencia de regulación expresa impide que en esta materia se haga la imputación por dolo eventual. Quienes son de la postura de que ello no es posible, sostienen que como la figura fue regulada en su modalidad de dolo di-

recto, no hay cabida de imputación por dolo eventual, porque de haberlo querido el legislador así lo hubiera contemplado.

Frente a tal forma de ver las cosas, somos del criterio de que sí es posible atribuir un comportamiento en materia disciplinaria a título de dolo eventual. Para justificar esta posición, es bueno precisar que el hecho de que alguna institución no esté expresamente regulada, no quiere decir que ella no tenga aplicación en sede disciplinaria. Hay varias figuras jurídicas que no constan en el Código General Disciplinario, pero a pesar de ello, nadie dudaría en considerar que tienen plena vigencia en este campo, así, por ejemplo, tenemos la legítima defensa, el estado de necesidad, el estricto cumplimiento de un deber legal y el ejercicio de un cargo público, entre otras.

Tampoco es cierto que, si una institución aparece regulada en la ley disciplinaria y sus diversas modalidades no, estas no tendrían aplicación. Obsérvese que, en materia de autoría, no aparece contemplada la autoría mediata ni la coautoría, pero nada impide hablar de ellas en esta temática. Igual situación acaece con la regulación de la omisión impropia, en ella no se contemplan expresamente las posiciones o deberes de garante, pero nadie dudaría que, por lo menos, aquellas que surgen en deberes formales, tienen plena vigencia en el campo disciplinario.

Ese argumento que se asienta en las deficiencias y omisiones de regulación del dolo no aparecen como sólidos para excluir la imputación por dolo eventual en este campo.

Ahora bien, cuál sería, entonces, en los términos en que venimos hablando, para sustentar jurídicamente la imputación dolosa en materia disciplinaria. Para responder tal interrogante, cabe decir que el artículo 22 del Código General Disciplinario expresa, en lo que aquí interesa, lo siguiente:

(...) Integración Normativa (...) En lo no previsto en esta ley se aplicará lo dispuesto en los Códigos de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, General del Proceso, Penal y de Procedimiento Penal en lo que no contravenga a la naturaleza del derecho disciplinario.

Es claro que las instituciones penales, por regla general, no necesariamente contravienen la naturaleza del derecho disciplinario. A este respecto, el Código Penal en el artículo 22 define el dolo eventual, así: «También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar».

Debe entenderse en esta sede, el concepto de «infracción» a que alude esa disposición, en materia disciplinaria, más el concepto de relación de sujeción especial, esto es, la probable ocurrencia de la conducta ilícita, su no producción se deja librada a la casualidad, al azar. La conducta que se reprocha debe estar relacionada con la función o el cargo que desempeña el servidor público o el particular que cumple una función pública. Valga como ejemplo el servidor público, que abusando de su función o cargo utiliza el vehículo oficial que se le ha asignado, y participa en la madrugada en una carrera de los denominados «piques ilegales», y en el recorrido que hace a exceso de velocidad y sin respetar las señales de tránsito atropella a un peatón, causándole la muerte. Nadie dudaría en apuntalar que aquí estaremos frente a una falta de homicidio cometida con dolo eventual.

En suma, es nuestro sentir, sí es factible seguir haciendo imputaciones a título de dolo eventual, como se venía haciendo en vigencia del Código Disciplinario Único, no existe motivo alguno para desconocer esa línea de pensamiento.

12

¿Cuál es la explicación de las clases de culpa gravísima que contiene el Código General Disciplinario?

El artículo 29 de la Ley 1952 de 2019, modificado por el artículo 4 de la Ley 2094 de 2021, introdujo una regulación relativamente extensa sobre este segundo título de imputación subjetiva en el derecho disciplinario. Para una mejor comprensión, en el siguiente cuadro se hace una breve referencia sobre los elementos de cada segmento normativo:

Contenido del artículo 29 de la Ley 1952 de 2019, modificado por el artículo 4 de la Ley 2094 de 2021	Explicación
Primer inciso	
La conducta es culposa cuando el sujeto disciplinable incurre en los hechos constitutivos de falta disciplinaria,	Un presupuesto de la culpa es que se acredite la configuración de la falta en su sentido típico objetivo. Así, por ejemplo, no habrá culpa de conductas atípicas. Por ello, es indispensable que se acredite el ejercicio de adecuación típica.
por la infracción al deber objetivo de cuidado	La esencia de la culpa es la infracción al deber objetivo de cuidado. Esta se traduce en aquella observancia que cualquier servidor público del promedio hubiese desplegado.
funcionalmente exigible	La culpa, como aspecto subjetivo de la conducta, debe ser funcionalmen-

y debió haberla previsto por ser prevenible o habiéndola previsto confió en poder evitarla.	te exigible. Ello quiere decir que ese comportamiento debe estar relacionado con el cargo, función o servicio y que responda al incumplimiento de un deber, la incursión de una prohibición, la extralimitación de un derecho, la extralimitación de una función o cualquier otro comportamiento establecido por el legislador como falta disciplinaria. La expresión «funcionalmente» no está circunscrita a lo que establezca el manual de «funciones». Si ello no se entendiera así, no podría entonces imputarse la culpa por faltas disciplinarias que nada tienen que ver con las funciones, pero sí todo con el cargo. Ejemplos de ello son los siguientes: la violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades; el ocasionar un homicidio o unas lesiones personales; o dar lugar a que se extravíen bienes, documentos o dineros. Aquí se introdujeron los conceptos de culpa sin representación y culpa con representación.
Segundo inciso	
La culpa sancionable podrá ser gravísima o grave.	Únicamente la culpa será sancionable por sus grados de gravísima o grave. Por tanto, queda excluida la culpa leve.

	Dicha cuestión a veces no parecía clara, pues el mismo Consejo de Estado, en el caso del exalcalde de Medellín Alonso Salazar, incurrió en un error al considerar que la culpa leve era punible.
Tercer inciso	
Habrà culpa gravísima cuando se incurra en falta disciplinaria por ignorancia supina, desatención elemental o violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento.	La ignorancia supina parte del reproche que se le formula al sujeto por no conocer lo que resulta obvio, lógico, indispensable, imprescindible o absolutamente necesario. Ejemplo: el ordenador del gasto que adjudica un contrato desconociendo la regla de la licitación pública. La desatención elemental es la inobservancia en que se basa la culpa, pero de forma calificada o agravada. La expresión elemental es un concepto que implica que la desatención fue demasiado reprochable, pues el sujeto desatendió o descuidó en grado sumo lo que debía hacer. Ejemplo: el guardián del Inpec que baja al detenido de un vehículo oficial en el que es transportado sin las esposas, aspecto que contribuye en la posterior fuga. La violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento significa un desconocimiento de una norma

La culpa será grave cuando se incurra en falta disciplinaria por inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones.	adicional y diferente a la que eventualmente se puede desconocer para comprender la tipicidad objetiva. Así, por ejemplo, la falta disciplinaria del supervisor o el interventor puede consistir en «[n]o exigir, el supervisor o el interventor, la calidad de los bienes y servicios adquiridos por la entidad estatal, o en su defecto, los exigidos por las normas técnicas obligatorias, o certificar como recibida a satisfacción obra que no ha sido ejecutada a cabalidad». Sin embargo, desde el punto de vista subjetivo, el anterior comportamiento puede explicarse porque el sujeto no atendió una directriz, circular o un manual, diferente a aquel en que se centra la adecuación típica objetiva. Es la infracción del deber objetivo de cuidado sin mayor calificación, pero suficiente para poder efectuar el reproche subjetivo. Podría decirse que es un título de imputación subjetivo intermedio entre la culpa leve y la culpa gravísima. Los ejemplos son variados porque este título de imputación podría considerarse como la regla general en el derecho disciplinario.
--	---

En cuanto a la culpa, como título de imputación subjetiva, compartimos lo expuesto por algún sector de la doctrina:¹⁹

Las cuatro modalidades de la culpa (tres gravísimas y una grave) tienen el elemento común de la inobservancia del cuidado necesario, aspecto que como quedó atrás anotado comprende tanto la infracción al deber objetivo de cuidado como la infracción al deber subjetivo de cuidado.

Si así son las cosas, la pregunta que surge es la siguiente: ¿cuál es la diferencia entonces entre las modalidades que dan lugar a la culpa gravísima con la que comporta culpa grave?

[...] en los casos de ignorancia supina, de desatención elemental y de la violación manifiesta de las reglas de obligatorio cumplimiento –esta última con las reservas efectuadas– se presenta una «inobservancia cualificada» por vía de las expresiones «supina», «elemental» y «manifiesta», componentes que corresponden en su orden a las tres modalidades de culpa gravísima atrás señaladas.

Con todo, la respuesta que acaba de darse no es tan compleja, pues ella se deriva simplemente de la adjetivación de los sustantivos «ignorancia», «desatención» y «violación», todos ellos como formas de faltar a la observancia del cuidado necesario.

Lo difícil radica, entonces, en saber «cuándo» una inobservancia en determinada conducta que se investiga merecer ser «adjetivada» o, para ser más precisos, calificada de «supina», «elemental» o «manifiesta».

Como bien se sabe, lo complejo no solo consiste en determinar

19. Confróntese con John Harvey Pinzón Navarrete. La culpabilidad en el derecho disciplinario. Concepto y análisis de sus distintos problemas conforme a la compleja estructura de la responsabilidad. Instituto de Estudios del Ministerio Público. Procuraduría General de la Nación. Bogotá. Julio de 2016. pp. 166 y 167.

el «cuándo» sino también en las «gigantescas» implicaciones que ello tiene a partir de la sanción. En efecto y como tendrá que estar de acuerdo el lector, el término utilizado entre comillas no es exagerado, pues la diferencia entre demostrar o no esas «cualificaciones» puede significar un aumento significativo de la sanción.

Ante la posible oscuridad de la expresión «ignorancia supina», nada mejor que citar a nuestro compañero y colega Esiquio Manuel Sánchez Herrera:²⁰

La ignorancia supina hace referencia a la violación al deber objetivo de cuidado que recae sobre aquellos deberes que son consustanciales a la función, se presenta cuando la persona no cumple a cabalidad aquello que es de la esencia de la función, el agente se aparta del núcleo básico del deber que le corresponde en el ejercicio de la función. [Negrillas fuera de texto].

Y destacando el origen de este especial concepto, el maestro Carlos Arturo Gómez Pavajeau, rememorando lo que fue concebido en un Código Español de 1928, enseña lo siguiente:²¹

El origen de la ignorancia supina como factor generador de falta gravísima, esto es, máximo reproche normativo en el ámbito de la culpa, lo encontramos en la institución de la imprudencia temeraria, del mismo corte normativo que consagraba el Código Penal español de 1928 al disponer como tal “si por el cargo, empleo, profesión u oficio, estuviese el agente obligado a mayor previsión y diligencia

De similar manera, el Consejo de Estado, luego de efectuar algu-

20. Sánchez Herrera, Esiquio Manuel. *Dogmática practicable del derecho disciplinario, preguntas y respuestas*. Tercera edición. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá (Colombia). Año 2012. p. 77.

21. Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. *Dogmática del derecho disciplinario*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. Bogotá (Colombia). Sexta edición. 2017. pp. 596 y 597.

nas consideraciones relevantes acerca de la culpa en el derecho disciplinario, en una importante providencia señaló de forma conclusiva:²²

- La ignorancia supina, como primera modalidad de la culpa gravísima, consiste en la negligencia del sujeto en aprender o inquirir lo que puede y debe saberse.

- El segmento que la regula fue encontrado ajustado a la Constitución y ello obedece a que esta categoría hace parte de la identidad propia de la culpa en materia disciplinaria, basada en el concepto de la diligencia exigible a quien ejerce funciones públicas.

- La diligencia exigible en materia disciplinaria admite dos grados enteramente diferenciables, calificados por el legislador como culpa gravísima y culpa grave.

- En el primero de ellos —culpa gravísima— se encuentra la ignorancia supina, la que según la doctrina es calificada de «temeraria»; por no cumplir lo que resulta «esencial en la función» o lo que corresponde con «el núcleo básico del deber». Es una culpa basada en un reproche cualificado, pues, según la explicación, este tipo de inobservancia está caracterizada por ignorar lo «supino», es decir, lo que resulta demasiado obvio o evidente.

- La doctrina concuerda que la ignorancia supina se acompasa con un máximo grado de culpabilidad y es esa la razón por la que esta Subsección también ha dicho que el desvalor de la conducta en esas circunstancias es más reprochable.

- De igual forma, cuando el asunto respecto del cual se predica la infracción del deber conforme al título de la ignorancia supina, debe tenerse en cuenta tanto las condiciones especiales del

22. Consejo de Estado. Sentencia del 6 de agosto de 2020. CP. William Hernández Gómez. Radicado: 50001-23-33-000-2013-00384-01(3031-19).

sujeto como la complejidad del asunto. Unos y otros son indicios de aptitud y de comprensión valorativa, los que representan la vía más adecuada para demostrar este grado de culpabilidad, que — se repite— representa un máximo reproche, lo cual se refleja en la drasticidad de la sanción a imponer.

- Finalmente, la Sala puede concluir que a mayor grado de complejidad del asunto sobre el cual se predica la infracción del deber, menor será el grado de reproche en sede culpabilidad. Frente a ello, debe tenerse en cuenta que además del dolo y la culpa gravísima, existen la culpa grave e incluso la culpa leve, aun cuando se sabe que esta última modalidad no es sancionable en materia disciplinaria.

Por su parte, la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, en la providencia del 4 de agosto de 2021, tuvo la oportunidad de referirse al tema. En dicho pronunciamiento se dijo:²³

[...] la norma intenta diferenciar dos modalidades diferentes de culpa: la grave y la gravísima. Sin embargo, estas pertenecen, al fin de cuentas, a la noción más amplia de «culpa», que las comprende, y que se ha definido por esta Comisión como la «infracción al deber objetivo de cuidado que el disciplinado debió prever o, de haberlo previsto, confió en poder evitarla».^{24 25}

Por esa razón, debe considerarse que la culpa gravísima es la desatención del deber objetivo de cuidado «cualificada» como produc-

23. Comisión Nacional de Disciplina Judicial. Sentencia del cuatro (4) de agosto de 2021. Radicación n.º 410011102000 2016 00627 01. MP: Mauricio Fernando Rodríguez Tamayo.

24. Comisión Nacional de Disciplina Judicial. Sentencia del 10 de marzo de 2021, radicación n.º 66001-11-02-001-2018-00475-01. MP: Mauricio Fernando Rodríguez Tamayo.

25. Esta noción de culpa resulta de aplicar el artículo 23 del Código Penal, en virtud del fenómeno de la integración normativa a que se refiere el artículo 16 de la Ley 1123 de 2007.

to de la ignorancia supina, la desatención elemental o la violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento. Esa cualificación encierra, en todos los casos, un grado mayor de descuido y, por esa misma razón, un juicio más estricto de reproche. [...]

En esa misma providencia, se hizo un análisis más detallado en cuanto a una de las modalidades de la culpa gravísima que pueden generar más confusión, como lo es la violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento:

[...] la violación equivale a un «quebrantamiento»²⁶ o incumplimiento, calificado por el adjetivo «manifiesto», es decir, «descubierto», «claro» o «patente».²⁷ En materia jurídica, el Diccionario panhispánico del español jurídico contempla una definición que recoge los dos conceptos, es decir, tanto el incumplimiento como su carácter evidente, bajo la noción análoga de «infracción manifiesta», que hace referencia a la «[t]ransgresión objetiva e incuestionable de la ley, o de una disposición general, que no puede salvarse con interpretación alguna».²⁸ En esos términos, la violación manifiesta tiene que ver con un desconocimiento evidente, palmario, que surge de la sola comparación entre la norma y el hecho, ajena a cualquier raciocinio o proceso mental ulterior.

Ahora bien, esa violación manifiesta se predica respecto de «reglas de obligatorio cumplimiento», expresión que plantea al menos dos interrogantes. Por un lado, es necesario establecer cuándo una norma se considera de obligatorio cumplimiento y, por el otro, es preciso determinar a qué norma obligatoria debe remitirse el operador.

En cuanto a lo primero, para esta Corporación es claro que son

26. Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Consultado el 27 de julio de 2021. Disponible en: <https://dpej.rae.es/lema/violar>

27. Ibidem.

28. Diccionario Panhispánico del Español Jurídico. Consultado el 27 de julio de 2021. Disponible en: <https://dpej.rae.es/lema/infracci%C3%B3n-manifiesta#>

normas de obligatorio cumplimiento aquellas normas jurídicas vinculantes para el sujeto disciplinable, es decir, que le resulten aplicables en ejercicio de sus funciones. Bien puede tratarse de la Constitución, de la ley, del reglamento e, inclusive, de una norma interna aplicable al investigado con fundamento en la relación especial de sujeción, como, por ejemplo, los procedimientos propios del sistema de control interno.

En cuanto a lo segundo, la culpa gravísima por violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento no puede originarse en cualquier clase de norma, sino solamente en aquella que regule el deber objetivo de cuidado que le corresponde observar, en cada caso, al sujeto disciplinable. Se trata, así, de normas que disponen de antemano «en específicas situaciones un cuidado especial y obligatorio que por recibir tratamiento especial en la norma sirve como parámetro de recuerdo ineludible para el cumplimiento diligente de la función».²⁹ Es por eso que esta fuente de cualificación de la culpa no procede sino en casos excepcionales, cuando el deber objetivo de cuidado, por su especialidad o importancia, ha sido positivizado.

No hay la menor duda de que el concepto de culpa ha sido objeto de enjundiosos estudios y que este ha sido utilizado por las distintas cortes judiciales para resolver algunos asuntos que revisten cierta complejidad. El concepto de culpa tiene sustantividad y por ello merece una adecuada e inagotable explicación, no solo acudiéndose a la fuente legal, sino a la jurisprudencia y aquella que puede desarrollarse en el ámbito doctrinal.

29. Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. Dogmática del derecho disciplinario. Ed. Universidad Externado. 2020. P. 645.

13

¿Cuáles son los parámetros objetivos que se han definido para considerar que un particular cumple una función pública y por lo tanto es sujeto disciplinable?

La responsabilidad de los particulares en Colombia emana del artículo 6.º de la Constitución Política, según el cual «los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes».

La dinámica de la disciplina jurídica ha permitido que en nuestro sistema jurídico haya desaparecido hace tiempo la división absoluta y extrema entre las órbitas pública y privada, en lo relacionado con las actividades que tienen por objeto la realización de los fines perseguidos por la sociedad y la satisfacción efectiva de sus necesidades.

En vigencia de la Ley 734 de 2002 se estableció en su libro III, título I, un régimen para los particulares, el cual comprendía la determinación de los sujetos disciplinables, las inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y conflicto de intereses, al igual que el catálogo especial de faltas imputables a los mismos y las respectivas sanciones junto con los criterios para determinarlas. Lo propio sucedió en la Ley 1952 de 2019, a partir de su artículo 69.

Acorde con la redacción del artículo 70 del CGD, los particulares disciplinables se pueden clasificar en cuatro grupos:

- quienes cumplan labores de interventoría o supervisión en los contratos estatales;
- quienes ejerzan funciones públicas, de manera permanente o transitoria;

- quienes administren recursos públicos u oficiales, y
- los auxiliares de la justifica.

Frente al grupo de los particulares disciplinables por ejercer funciones públicas, la misma norma determinó que ello se presenta cuando el particular, por disposición legal, acto administrativo, convenio o contrato, desarrolla o realiza prerrogativas exclusivas de los órganos del Estado, excluyendo a los que presten servicios públicos, salvo que en esa prestación ejerzan funciones públicas.

La Corte Constitucional, en la Sentencia C-037 de 2003, que examinó el artículo 53 de la Ley 734 de 2002, relativo a los particulares disciplinables, de cara al ejercicio de funciones públicas y la procedencia del ejercicio de la acción disciplinaria, estimó:

[...] si bien en un sentido amplio podría considerarse como función pública todo lo que atañe al Estado, cabe precisar que la Constitución distingue claramente los conceptos de función pública y de servicio público y les asigna contenidos y ámbitos normativos diferentes que impiden asimilar dichas nociones, lo que implica específicamente que no se pueda confundir el ejercicio de función pública, con la prestación de servicios públicos.

[...]

El servicio público se manifiesta esencialmente en prestaciones a particulares. La función pública se manifiesta a través de otros mecanismos que requieren de las potestades públicas y que significan, en general, ejercicio de autoridad inherente del Estado.

Así, entre las manifestaciones de función pública, por mencionar algunas, se hallan las actividades legislativa, ejecutiva, electoral, la administración de justicia y el control fiscal, en cuanto consisten en el ejercicio de competencias atribuidas a los órganos del Estado.

En la sentencia mencionada, la Corte consideró que con esas características puede encontrarse: a) la atribución directa por la ley de funciones administrativas a una organización de origen privado, para la administración de bienes o recursos; b) la previsión legal, por vía general, de autorización a las entidades o autoridades públicas titulares de las funciones administrativas para atribuir a particulares, mediante convenio, el ejercicio de funciones públicas, situación regulada por la Ley 489 de 1998, en sus artículos 110 a 114, y c) asociaciones y fundaciones de participación mixta.

Como ejemplo práctico se pueden citar:

- Curadores urbanos (artículo 50 del Decreto 2150 de 1995, Ley 388 de 1997).
- Colegios profesionales y comités de ética profesional (inciso segundo del artículo 26 de la Constitución Política de Colombia, artículo 5.º Ley 1006 de 2006).
- Cámaras de comercio (Artículo 87 del Código de Comercio).
- Notarios (Decreto 960 de 1970, Sentencias C-181-97 y C-1508-00).
- Miembros de las juntas de calificación de invalidez (Ley 100/93 y reglamentadas Dec. 2463/01).
- Liquidadores de sociedades mercantiles designados por la Superintendencia de Sociedades, y de otras entidades cuando la liquidación sea de carácter obligatorio (C.Co. o la Ley 1116/06; Decreto Ley 663/93- art. 293 y ss.).
- Jurados de votación.
- Conciliadores en materias civiles y comerciales (artículo 116 de la Constitución, artículo 16 de la Ley 640 de 2001, Sentencia C-1195-01).
- Árbitros de los tribunales de arbitramento (Sentencias C-060 de 2011 y C-1038 de 2002).
- Jueces de paz (artículo 14 Ley 497 de 1999, Sentencia C-059 de 2005).

14

¿En materia disciplinaria, en virtud de la clasificación de las faltas gravísimas, se introdujo el concepto de bien jurídico?

El derecho disciplinario es un mecanismo de autotutela de la administración pública, mediante él, el Estado pretende asegurar el buen funcionamiento de la administración, previniendo y sancionando los comportamientos que afecten su normal desenvolvimiento. El derecho disciplinario es garantía del respeto de los principios de la función administrativa, mediante sus normas se persigue que el servicio público alcance sus cometidos estatales.

El ilícito disciplinario se diferencia del injusto penal, por cuanto el objeto de protección del derecho disciplinario son las normas que sustentan los pilares, valores y principios que perfilan el buen ejercicio de la función pública por parte de los funcionarios y los particulares que cumplen una función pública. El derecho disciplinario se funda en unas precisas relaciones de sujeción especial. Este derecho sancionatorio se funda en normas de ética y en normas de valores que se introyectan en la conciencia de los servidores públicos para encauzar sus comportamientos, encaminándolos al buen servicio y el ejercicio cabal de sus funciones, con acatamiento de las reglas que les impone el modelo de Estado social y democrático de derecho.

En materia disciplinaria, la ética y los deberes funcionales condicionan la voluntad de los sujetos disciplinables, es por ello que el ilícito disciplinario se presenta cuando se quebranta la norma subjetiva de determinación. El desvalor de acción es fundamento del ilícito disciplinario, por su parte el desvalor de resultado, relativo a la producción de un perjuicio o una afectación material de bienes jurídicos, no juega un

papel determinante en la configuración del ilícito disciplinario, pero sí para el injusto penal. Al estar fundado el ilícito disciplinario en normas subjetivas de determinación, la finalidad este derecho sancionatorio es el encauzamiento de la conducta del servidor público para que cumpla cabalmente sus deberes funcionales. Y, al estar fundado ese ilícito en este tipo de normas, da lugar a que en materia disciplinaria, no quepa hablar ni de tentativa ni de complicidad.

El injusto penal encuentra su fundamento constitucional en el artículo 16 de la norma superior, que regula el libre desarrollo de la personalidad, por lo tanto, las relaciones que lo sustentan son las de sujeción general, predicables de todos los ciudadanos para con el Estado. El concepto de bien jurídico interesa al derecho penal, por cuanto tiene una referencia material a los derechos fundamentales de los asociados.

Al derecho disciplinario le interesa la disciplina, el orden, el respeto por los deberes, el buen servicio y el cabal funcionamiento de la administración. Al derecho penal, le interesa la protección de los bienes jurídicos de los ciudadanos.

El Código Penal colombiano, en el artículo 11, contempla la categoría de la antijuridicidad, expresando lo siguiente: «Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal».

De esta disposición surge claro que en derecho penal es necesaria una conducta que tenga la aptitud de afectación concreta, real y material del bien tutelado por las normas penales. El derecho penal es ultima ratio y tiene carácter subsidiario y fragmentario. Se ocupa de las lesiones graves a los bienes jurídicos.

El derecho disciplinario no es un mecanismo de ultima ratio,

tampoco tiene carácter fragmentario. Le interesa la infracción sustancial de los deberes funcionales. Es por ello que en el artículo 9 del Código General Disciplinario, se expresa lo siguiente: «Ilícitud sustancial. La conducta del disciplinable será ilícita cuando afecte sustancialmente el deber funcional sin justificación alguna».

En esta disposición no se habla de antijuridicidad, ni tampoco de bienes jurídicos, el acento está en la infracción del deber, que debe tener carácter sustancial, esto es, que con el comportamiento se afecte el normal desenvolvimiento de la función pública.

El Código General Disciplinario tomó partido por una clasificación sistemática de las faltas gravísimas. Lo hizo entre los artículos 52 al 64. En esos artículos, si bien se especificó el interés que se tutela, con cada una de esas faltas, no existe ninguna referencia en esas disposiciones al concepto de bien jurídico, ni al de lesionar, tampoco al de antijuridicidad material y mucho menos al concepto de desvalor de resultado.

El legislador fue lo suficientemente claro para que, en la confección y clasificación de esas faltas, no se utilizara la expresión «contra», por lo tanto, en cada uno de esos artículos se alude al término «faltas relacionadas». Esas conductas se relacionan con un interés específico, más no están referidas a la afectación de un bien jurídico.

En suma, queda evidenciado que tal clasificación de las faltas gravísimas que realiza el CGD, no ha entronizado el concepto de bien jurídico en derecho disciplinario, como algunos lo pregonan, buscando de esa misma manera que se incorpore a este estatuto el criterio de antijuridicidad material, propio del derecho penal. Ello no es correcto.

15

¿Qué implicaciones tiene ahora en las causales de mala conducta las nuevas regulaciones que introdujo el Código General Disciplinario?

La Ley 734 de 2002 consagraba, 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».

Por su parte, 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».

La disposición contenida en el inciso final del artículo 50 de la Ley 734 de 2002, no fue reproducido en el CGD, y en cuanto a la consagración de las faltas gravísimas, se reprodujo en el numeral 12 del artículo 55, como falta relacionada con el servicio o la función pública, «[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».

Así las cosas, desaparece la posibilidad de considerar una causal de mala conducta, como falta leve, al limitarse en la nueva normativa como falta gravísima, la cual eventualmente también puede calificarse como una falta grave, en virtud de lo dispuesto en el numeral 9.º del artículo 47 del CGD que establece que «[l]a realización típica de una falta objetivamente gravísima cometida con culpa grave, será considerada falta grave».

Por tanto, la nueva regulación resulta más severa que la prevista en la Ley 734 de 2002, en cuanto esta admitía la comisión de la conducta bajo las modalidades de culpa grave o leve, esta última que ahora se descarta.

Así las cosas, las conductas previstas en la Constitución o en la ley como causales de la mala conducta, que en principio se consideran faltas gravísimas conforme lo previsto en el nuevo régimen disciplinario, deberán ser verificadas conforme a las condiciones subjetivas del incumplimiento, por cuanto es claro que la mera incursión en un comportamiento previsto como causal de mala conducta, no puede considerarse elemento suficiente para imponer una sanción.

De lo anterior, se puede colegir que si el comportamiento que se considera causal de mala conducta se adecua a una falta grave, conforme lo previsto en el numeral 9 del artículo 47 del CGD, no podrá calificarse como una causal de mala conducta, sino simplemente como una falta grave, que por ende conllevará una sanción diferente a la destitución previstas para las faltas gravísimas.

Finalmente, es importante resaltar que en virtud de la libertad de configuración legislativa, el legislador es autónomo para determinar cuáles comportamientos configuran causal de mala conducta. Así lo ha precisado la Corte Constitucional al señalar:

El legislador es en principio autónomo para determinar cuáles comportamientos configuran causal de mala conducta, pues tal definición es propia de su libre potestad de configuración. En ese sentido, es también posible que en ejercicio de dicha facultad, el legislador señale que para una causal de mala conducta no se impondrá una sanción de destitución. En la Constitución Política no existe ninguna disposición que obligue a que determinados comportamientos deban catalogarse como causales de mala conducta, así como tampoco

impone que todos los comportamientos que hayan sido catalogados como tales deban tener como sanción final la destitución del cargo. Lo que sí impone la Carta, por virtud del principio sancionatorio tantas veces resaltado, es que no se imponga ninguna falta por la sola comisión de la conducta, sino que se evalúe, siempre, el grado de culpabilidad del sujeto que la comete.³⁰

30. Corte Constitucional. Sentencia C-545 de 2007. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

III. INTERROGANTES EN LA FASE DE INSTRUCCIÓN

16

¿Se puede disponer la apertura de indagación previa cuando existe un disciplinable individualizado o identificado?

Consagra el artículo 208 del CGD, «[e]n caso de duda sobre la identificación o individualización del posible autor de una falta disciplinaria, se adelantará indagación previa (...)».

La Corte Constitucional, de tiempo atrás, en la Sentencia C-036 de 2003, al examinar el artículo 150 de la Ley 734 de 2002 y frente a la duda en la identificación del presunto autor de la falta, precisó:

[...] no es que no se conozca en absoluto la identidad de quien realizó el hecho disciplinable, sino que hay “duda” sobre su identificación o individualización, lo que es muy distinto. En el lenguaje corriente, el término dudar no tiene un significado abstracto. No, cuando se habla de que hay duda sobre la participación de alguien en un hecho, sea delictuoso o disciplinable, se hace alusión a que existe una posibilidad de que el hecho hubiere sido cometido por una o varias personas determinadas o a lo menos, con su participación o por su conducta omisiva.

Así las cosas, no por el hecho de que en la noticia disciplinaria que da origen a la actuación se mencione expresamente el nombre de una persona se debe colegir, per se, que esta es la presunta autora del comportamiento cuestionado, pues en no pocos casos en las misivas solamente se hace referencia al representante legal de una entidad o al jefe de una oficina o dependencia, desconociendo la división de trabajo que existe al interior de las organizaciones. Así:

Individualizar o individuar significa el proceso más o menos complicado de concretar a una persona, de distinguirla con sus características de todas las demás. Es una tarea de índole originaria que supone la concreción de una persona por la reunión de una serie de elementos que sobre ella poseemos, elementos que provienen de ella misma y que se refieren a sus características, a lo que le es propio como individualidad física o moral.³¹

En tanto identificar supone el reconocimiento del individuo a partir de su nombre y número del documento de identificación, que en el ámbito jurídico constituye la forma como se establece la individualidad de una persona con arreglo a las previsiones normativas, así:

La ley le otorga a la cédula el alcance de prueba de la identificación personal, de donde se infiere que sólo con ella se acredita la personalidad de su titular en todos los actos jurídicos o situaciones donde se le exija la prueba de tal calidad.³²

Una interpretación sistemática del artículo 208 del CGD, con otras disposiciones de esta codificación, y conforme los fines del proceso disciplinario, y el principio de investigación integral, permite concluir que aun cuando de la queja o de la información o de algún otro medio que amerite credibilidad, se pueda individualizar o identificar al posible autor, no es determinante proceder a ordenar la apertura de investigación disciplinaria y, por ende, es procedente disponer la indagación previa.

31. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, septiembre 25 de 1979, M.P. Pedro Elías Serrano Abadía.

32. Corte Constitucional. Sentencia T-426 de 2013. M.P. María Victoria Calle Correa.

En primer lugar, el proceso disciplinario está conformado por una serie de etapas, que a su vez responden a unos grados del conocimiento probatorio, así tratándose de la indagación previa existe posibilidad de ocurrencia de un hecho que reviste las características de una falta, en tanto en la fase de investigación existe probabilidad mínima de ello, y de la responsabilidad del disciplinable, en el pliego de cargos se exige la probabilidad de verdad acerca de la responsabilidad y la demostración objetiva de la falta, y para el fallo sancionatorio, se requiere la certeza sobre la existencia de la falta y de la responsabilidad del disciplinado, y si bien la inocencia se presume durante toda la actuación disciplinaria, hasta tanto no se declare la responsabilidad del disciplinable en fallo ejecutoriado, en la práctica no comporta el mismo efecto proceder con la apertura de investigación disciplinaria, que con la indagación previa.

El artículo 215 *ibidem* consagra que la decisión que ordena abrir investigación disciplinaria deberá contener, entre otros requisitos, una «[r]elación clara y sucinta de los hechos disciplinariamente relevantes en lenguaje comprensible».

En torno a ese propósito, es menester llevar a cabo unas tareas previas investigativas que permitan concretar los hechos disciplinariamente relevantes, que por ende amerita adelantar la indagación previa, de cara básicamente a comprobar a partir de los medios de prueba recaudados en dicha fase, si los hechos informados a la autoridad disciplinaria revisten las características de una presunta falta disciplinaria, precisión que resulta indispensable de cara a la concreción que se amerita en las demás etapas del proceso disciplinario.

Otro aspecto que permite considerar la procedencia de la indagación previa en este supuesto, se refiere a las causales para la terminación del proceso disciplinario, que conforme lo previsto en el artículo 90 *ibidem*, puede darse en cualquier

etapa de la actuación disciplinaria en que aparezca plenamente demostrado que el hecho atribuido no existió, que la conducta no está prevista en la ley como falta disciplinaria, que el disciplinado no la cometió, que existe una causal de exclusión de responsabilidad o que la actuación no podía iniciarse o proseguirse, de manera que la figura del archivo resulta viable tanto en la etapa de indagación previa, como de investigación disciplinaria.

En ese entendido, para la verificación de las citadas causales, se requiere adelantar un debido análisis probatorio que, en la etapa de indagación previa, se vería limitado, si tan solo se ajustara a la verificación de la identificación del posible autor de la falta disciplinaria.

En el mismo orden de ideas, se tiene que el artículo 217 de esta codificación consagra que durante la investigación disciplinaria o el juzgamiento por faltas calificadas como gravísimas o graves, el funcionario que la esté adelantando podrá ordenar motivadamente la suspensión provisional del servidor público, de modo que, al permitirse desde el mismo momento de la apertura, se requiere que previamente se hayan aportado a la actuación las pruebas necesarias que soporten la medida, que han debido ser recaudadas en la etapa de indagación previa.

Además, el artículo 161 del CGD consagra que, en la etapa de investigación o juzgamiento, el disciplinable podrá confesar o aceptar su responsabilidad respecto de los hechos disciplinariamente relevantes enunciados en la apertura de la investigación o en los cargos formulados en el pliego, y en ese sentido, deberán estar debidamente precisados los comportamientos reprochados, frente a los cuales se pretende hacer la confesión, situación que comporta la necesidad de que previamente se haya surtido la fase de indagación.

Otro aspecto que cabe resaltar, es el derecho que le asiste al disciplinable como sujeto procesal de ser oído en versión libre en cualquier etapa de la actuación, hasta antes del traslado para presentar alegatos previos al fallo de primera o única instancia, conforme lo previsto en el numeral 3 del artículo 112 ibidem, el cual, de realizarse una interpretación literal del artículo 208, resultaría inocuo en la etapa de indagación previa, por cuanto la misma estaría restringida a las labores de identificación e individualización, desconociendo en la práctica que este derecho materializa la posibilidad de exponer ante la autoridad disciplinaria, desde la primera fase de la actuación, su visión de los acontecimientos y los argumentos a partir de los cuales se pretende generar en la autoridad la convicción de la eventual ausencia de responsabilidad, y que por tanto, resulta determinante para adoptar una decisión de archivo en esta etapa.

Así las cosas, esta interpretación permite concluir que se puede acudir a la etapa de indagación previa, bien cuando se esté ante una falta de identificación o individualización, como también frente a una indebida delimitación fáctica, habida cuenta de las garantías que comporta para el disciplinable la vinculación en esta etapa.

De todas maneras, se precisa que corresponde a la autoridad disciplinaria, en cada caso, evaluar la credibilidad y suficiencia de la información que se aporte en el escrito de queja o informe, a fin de determinar si procede la investigación o la indagación, resaltando como ha quedado expuesto que esta última no está restringida a la identificación del posible autor, y que desde luego no puede convertirse en la regla general.

17

¿Cuáles son las causales del archivo que no hacen tránsito a cosa juzgada?

El principio de cosa juzgada disciplinaria previsto en el artículo 16 del CGD dispone:

El destinatario de la ley disciplinaria cuya situación se haya decidido mediante fallo ejecutoriado o decisión que tenga la misma fuerza vinculante de naturaleza disciplinaria, proferidos por autoridad competente, no será sometido a nueva investigación y juzgamiento disciplinarios por el mismo hecho, aun cuando a este se le dé una denominación distinta.

Así entonces, para que se configure la cosa juzgada, debe haber identidad de partes, causa y objeto.

Ahora bien, hay ocasiones en las cuales las decisiones de archivo no hacen tránsito a cosa juzgada, efectos que deben ser definidos por el ordenamiento jurídico, y en ese sentido, se prevén las siguientes disposiciones en el CGD.

En el párrafo del artículo 208, se establece: «Si en desarrollo de la indagación previa no se logra identificar o individualizar al posible autor o se determine que no procede la investigación disciplinaria, se ordenará su archivo. Esta decisión no hará tránsito a cosa juzgada material».

Por su parte, el artículo 224 consagra:

En los casos de terminación del proceso disciplinario, previstos en el artículo 90 y en el evento consagrado en el artículo 213 de este código, procederá el archivo definitivo de la investigación. Tal decisión hará tránsito a cosa juzgada.

Cuando no haya sido posible identificar e individualizar al presunto autor, el archivo hará tránsito a cosa juzgada formal.

Nótese que la última norma alude únicamente al supuesto en que no haya sido posible identificar e individualizar al presunto autor.

Así las cosas, ha de entenderse que la cosa juzgada formal, se aplicará a las decisiones de archivo adoptadas en la etapa de indagación previa, cuando: a) no se haya logrado identificar al presunto autor, b) se determine que no procede la investigación disciplinaria.

No reviste mayor complejidad el análisis del efecto de la cosa juzgada, cuando la decisión de archivo se adopta al no haberse logrado identificar al presunto autor, pues en este caso la decisión no comporta tal naturaleza, al no haberse cumplido con los fines de la indagación previa, en cuanto a la identificación del servidor o particular presuntamente responsable, lo cual implica que, si con posterioridad la autoridad conoce de una prueba respecto de su identidad, se dé inicio a un nuevo proceso disciplinario, habida cuenta que en la decisión de archivo no se resolvió la situación de ningún destinatario.

La aplicación del *non bis in idem* alude al derecho a no ser investigado dos veces por el mismo hecho, por tanto, en el evento de no haberse adoptado decisión respecto de un sujeto en particular no tiene cabida esta garantía, al descartarse la identidad de partes.

Ahora bien, la norma no especificó los eventos que podrían considerarse dentro de la causal de archivo cuando se determine que no procede la investigación disciplinaria, por lo cual corresponderá, en cada caso, analizar las situaciones que se pueden adecuar a esta causal, considerando que en

este supuesto también se requiere que en la fase de indagación previa aún no se haya vinculado formalmente a ningún sujeto.

Sin limitar la posibilidad de la autoridad disciplinaria de evaluar otras situaciones en las cuales no proceda la investigación disciplinaria, podríamos señalar las siguientes. Veamos.

Una primera estaría referida a que la acción no pudiera iniciarse o proseguirse, porque hubiera operado el fenómeno de la prescripción o de la caducidad, supuesto que aunado al hecho de no haber ningún sujeto identificado, no puede tener la connotación de cosa juzgada. Si bien desde el momento de la evaluación de la queja el funcionario puede inhibirse de plano de iniciar la actuación disciplinaria, cuando de la misma se advierta que la acción no puede iniciarse, no se descarta que a pesar de eso se hubiera dado inicio a la indagación, y, por ende, dentro de la misma se confirme esa situación, que imponga la necesidad de adoptar la decisión de archivo.

Además, también se precisa que el artículo 90 del CGD, dentro de las causales para la terminación del proceso disciplinario, consagra que la actuación no podía iniciarse o proseguirse, situación que en caso de estar identificado el posible autor de la falta, es claro que, si hace tránsito a cosa juzgada, en tanto si no lo está la decisión no tendría este mismo efecto.

Una segunda situación que habilitaría el archivo podría estar referida a que, dentro de la etapa de indagación previa, no se hubiera logrado delimitar o concretar un supuesto fáctico a partir del cual construir un hecho disciplinariamente relevante de cara a una posible investigación, que además de no haberse logrado identificar a algún sujeto en particular, deviene claramente que no procede la investigación, y por ende, la decisión no podría tener efecto de cosa juzgada.

En estos eventos del archivo transitorio es necesario que se haya agotado el término señalado en la ley para adelantar la indagación previa, pues de lo contrario, lo procedente es continuar con el recaudo probatorio, de cara a superar la situación que impide continuar con la etapa de investigación disciplinaria.

18

¿Cuáles son los nuevos requisitos del auto de apertura de investigación disciplinaria?

Al tenor de lo previsto en el artículo 215 del CGD, la decisión que ordena abrir investigación disciplinaria deberá contener:

1. La identidad del posible autor o autores.
2. Relación clara y sucinta de los hechos disciplinariamente relevantes en lenguaje comprensible.
3. La relación de pruebas cuya práctica se ordena.
4. La orden de incorporar a la actuación los antecedentes disciplinarios del disciplinable, una certificación sobre la relación con la entidad a la cual el servidor público esté o hubiese estado vinculado, una constancia sobre el sueldo devengado para la época de la realización de la conducta y su última dirección conocida.
5. La información sobre los beneficios de la confesión o aceptación de cargos.
6. La orden de informar y de comunicar esta decisión, en los términos del artículo siguiente.

De modo que los nuevos requisitos están referidos a la relación clara y sucinta de los hechos disciplinariamente relevantes en lenguaje comprensible, y la información sobre los beneficios de la confesión o aceptación de cargos, los cuales no se encontraban contenidos en el artículo 154 de la Ley 734 de 2002.³³

- Respecto de la relación clara y sucinta de los hechos disciplinariamente relevantes en lenguaje comprensible.

Revisten especial importancia, en la medida que a partir de la concreción de los hechos en la apertura de investigación disciplinaria, se orienta el rumbo del proceso disciplinario, así los hechos delimitados en esta etapa permitirán el adecuado análisis en las etapas subsiguientes, con base en los cuales se dará lugar a la precisión y claridad de la descripción y determinación de la conducta investigada, con indicación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar, que deberá especificarse en la formulación de cargos, y estos, a su vez, permitirán una adecuada valoración y decisión en la etapa de juzgamiento, materializándose de tal manera el principio de congruencia.

De cara al debido proceso que se debe garantizar al disciplinable, se impone la necesidad, a partir de la apertura de investigación disciplinaria, de establecer los hechos por los cuales será investigado de manera clara, sucinta y comprensible, a fin de que a partir de los mismos se materialice la oportunidad de defenderse, de controvertir las pruebas y de realizar una debida solicitud y valoración probatoria.

El lenguaje comprensible en que deben ser presentados implica que el disciplinable pueda comprender sin ninguna dificultad, los hechos por los cuales ha sido vinculado a un proceso disciplinario, sin que esta labor conlleve para él un ejercicio dispendioso que limite su defensa.

33. «ARTÍCULO 154. Contenido de la investigación disciplinaria. La decisión que ordena abrir investigación disciplinaria deberá contener:

1. La identidad del posible autor o autores.
2. La relación de pruebas cuya práctica se ordena.
3. La orden de incorporar a la actuación los antecedentes disciplinarios del investigado, una certificación de la entidad a la cual el servidor público esté o hubiere estado vinculado, una constancia sobre el sueldo devengado para la época de la realización de la conducta y su última dirección conocida.
4. La orden de informar y de comunicar esta decisión, de conformidad con lo señalado en este código».

Lo anterior tiene, además, implicaciones de suma importancia, en la medida que, a partir de los mismos, se estructura la confesión o aceptación de cargos, aspecto que también introdujo la nueva norma, y que al respecto señala en el párrafo del artículo 161 que, en la etapa de investigación o juzgamiento, el disciplinable podrá confesar o aceptar su responsabilidad respecto de los hechos disciplinariamente relevantes enunciados en la apertura de la investigación o en los cargos formulados en el pliego, de suerte que para que decida confesar o aceptar cargos deberá conocer, de manera detallada, los hechos frente a los cuales va a realizar su manifestación, y frente a los cuales se va a pronunciar la autoridad disciplinaria.

El otro requisito que incorporó el artículo 215 del CGD, se refiere a la información sobre los beneficios de la confesión o aceptación de cargos, los cuales se encuentran contenidos en el artículo 162, que consagra la etapa en que procede el término en que la autoridad disciplinaria debe evaluar la manifestación, y elaborar el acta que equivaldrá al pliego de cargos, si se realiza en etapa de investigación, o la decisión final en la etapa de juzgamiento, y la disminución de las sanciones que se aplicarán en uno u otro caso.

Se resalta que la oportunidad para informar de estos beneficios al disciplinable quedó prevista, solamente, para el momento de ordenar la apertura de investigación disciplinaria, razón que permite considerar que no es obligatorio informar de estos beneficios en las actuaciones siguientes, ya sea en la fase de investigación o en la fase de juzgamiento, en el entendido que el disciplinable desde el momento de la apertura ha conocido dichos beneficios de acuerdo al momento procesal en que quiera confesar o aceptar cargos.

¿Qué son los hechos jurídicamente relevantes?

En materia disciplinaria, los hechos relevantes aluden a la descripción de la situación fáctica en la que tuvo lugar el comportamiento objeto de la queja, del informe que dio lugar a la actuación o los que se concretan en la indagación previa, cuando ha mediado dicha etapa, y que en principio tienen la connotación de subsumirse en un tipo disciplinario, pero se precisa, no corresponden a una imputación fáctica o jurídica.

La Comisión Nacional de Disciplina Judicial, en sentencia de fecha 27 de julio de 2023,³⁴ sobre el particular consideró:

Hecho el recuento anterior, para abordar el análisis integral de la tipicidad, es necesario hacer la diferencia entre los hechos y los hechos jurídicamente relevantes³⁵. Los primeros son aquellos «datos a partir de los cuales pueden inferirse los hechos jurídicamente relevantes»³⁶, mientras que los segundos comprenden las circunstancias fácticas «que pueden subsumirse en la respectiva norma»³⁷, en este caso, en el tipo disciplinario.

A partir de su descripción, se delimitan las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que fue desplegada una conducta o un comportamiento que se pone en conocimiento de la au-

34. Comisión Nacional de Disciplina Judicial. Sentencia de 27 de julio de 2023 proferida dentro del expediente radicado con el n.º 730011102000 2017 01041 01.

35. Cfr. Comisión Nacional de Disciplina Judicial, sentencia del 22 de septiembre de 2021, radicación 110011102000 2019 00475 01. M. P. Mauricio Fernando Rodríguez Tamayo.

36. En relación con la diferencia entre hechos, hechos jurídicamente relevantes y medios de prueba es posible consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP2042-2019 del 5 de junio de 2019.

37. *Ibidem*.

toridad disciplinaria, y a partir del cual se fija en principio la línea del proceso disciplinario, el debate probatorio y consecuente ejercicio del derecho a la defensa.

La descripción de estos hechos, se reitera, no debe confundirse con la imputación, tampoco deben confundirse con la relación de los medios de prueba, pues estos últimos serán los que permitan concretar los hechos relevantes para disponer la apertura de investigación, cuando previamente se ha dispuesto la indagación ante la indeterminación fáctica.

Los hechos disciplinariamente relevantes que se detallen en el auto de apertura de investigación, no son inmutables o definitivos. En ese sentido es importante traer a colación lo expuesto frente a este particular en la obra *Pensamiento Disciplinario*.³⁸

Por estas razones, los hechos jurídicamente relevantes corresponden a la preliminar definición de aquellos sucesos que ciertamente deben dirigir o encauzar el ejercicio de la defensa del disciplinable en la primera etapa de la investigación, pero que no pueden tener el carácter definitivos. Si entre la apertura de la investigación disciplinaria – momento en donde se deben enunciar de manera clara y sucinta los hechos jurídicamente relevantes – y aquella otra en donde se profieren los cargos disciplinarios – instante en el que se formula la imputación fáctica y jurídica – existe una actividad probatoria; es absolutamente lógico que los elementos de prueba puedan modificar, variar, adicionar, extender o incluso complementar aquellos sucesos que inicialmente se consideraron como hechos, pero que de cara a una decisión de

38. John Harvey Pinzón Navarrete. Principales modificaciones procesales en el Código General Disciplinario. En *Pensamiento Disciplinario. Reflexiones sobre la Ley 2094 de 2021*. Procuraduría General de la Nación. Instituto de Estudios del Ministerio Público. 2022. pp. 178 a 180.

pliego de cargos se tendrán que analizar como conductas con unas circunstancias de tiempo, modo y lugar bien definidas.

Como antes se indicó, esta descripción reviste gran importancia para el devenir procesal, porque será sobre la descripción de los hechos así planteada que el implicado puede confesar o aceptar su responsabilidad desde la misma apertura de investigación, conforme lo prescrito en el parágrafo del artículo 161 del CGD.

20

¿Cuáles son los requisitos y el procedimiento para la confesión y la aceptación de cargos?

En primer lugar, es importante precisar, en la medida que la norma alude a la confesión o la aceptación de cargos que, tratándose de la etapa de instrucción, no podría aludirse a la aceptación de cargos, por cuanto en dicha etapa no se han formulado cargos.

La confesión como medio de prueba deberá valorarse conjuntamente con las pruebas recaudadas en la investigación, bien que se presente en la etapa de investigación, como en la del juicio disciplinario, en tanto la aceptación de cargos alude a la manifestación que realiza el disciplinable frente a la imputación que se le ha realizado en el pliego de cargos, diferencias que se detallarán en respuesta posterior.

De conformidad con lo previsto en los artículos 161 y 162 del CGD, se precisan los siguientes requisitos para la confesión y la aceptación de cargos.

- En primer lugar, se deberá realizar ante la autoridad disciplinaria competente para instruir, juzgar o ante el comisionado o designado.

Este requisito no comporta mayor análisis, el mismo alude a la autoridad ante la cual el disciplinable podrá realizar su confesión respecto de los hechos relevantes que han sido delimitados en el proceso.

- La persona deberá estar asistida por defensor.

Si bien, la confesión es un medio de prueba más, conforme lo previsto en el artículo 149 del CGD, y en materia disciplina-

ria, no es obligatoria la defensa técnica, en lo que atañe a la confesión es obligatorio que el disciplinable esté asistido por defensor, y por supuesto también lo es, respecto de la aceptación de cargos.

- La persona será informada sobre el derecho a no declarar contra sí misma, y de las garantías consagradas en el artículo 33 de la Constitución Política y de los beneficios y de las rebajas de las sanciones contempladas en este código.
- La autoridad disciplinaria, ante la cual se realice la aceptación de cargos, deberá constatar que la misma se hace en forma voluntaria, consciente, libre, espontánea e informada.

Conforme a estos requisitos, y dado que el acto de confesar unos hechos disciplinariamente relevantes debe hacerse de manera libre y consciente, ello significa que quien confiesa tiene el derecho de conocer y ser plenamente consciente de cuáles son las consecuencias que se desprenden por haber aceptado la comisión de determinada conducta que se reprocha o sobre la responsabilidad que tiene respecto de aquella, por lo cual resulta de suma importancia que la autoridad disciplinaria como garante de los derechos del disciplinable, le informe cuál es la dimensión del hecho que se está investigando y sus posibles consecuencias.

Respecto del objeto de la confesión o de la aceptación de cargos, se precisa, conforme a la etapa:

Etapas de investigación	Etapas de juzgamiento
El disciplinable podrá confesar o aceptar su responsabilidad respecto de los hechos disciplinariamente relevantes enunciados en la apertura de la investigación.	El disciplinable podrá confesar o aceptar su responsabilidad respecto de los hechos señalados en los cargos formulados.

Y en lo que atañe al procedimiento y los beneficios se prevé:

Etapas de investigación	Etapas de juzgamiento
Se podrá realizar desde la apertura hasta antes de la ejecutoria del auto de cierre.	Procede hasta antes de la ejecutoria del auto que concede el traslado para alegar de conclusión.
Se evalúa en el término improrrogable de diez (10) días, en el cual elaborará un acta que contenga los términos de la confesión o de la aceptación de cargos, los hechos, su encuadramiento típico, su calificación y la forma de culpabilidad, el cual equivale al pliego de cargos. El funcionario de juzgamiento proferirá el fallo dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes.	El fallo se proferirá dentro de los quince (15) días siguientes.
Las sanciones de inhabilidad, suspensión o multa se disminuirán hasta la mitad, salvo que se trate de las faltas gravísimas relacionadas con la infracción al derecho internacional de los derechos humanos-DIDH y al derecho internacional humanitario-DIH, respecto de las cuales no se aplicarán los beneficios.	Las sanciones de inhabilidad, suspensión o multa se reducirán en una tercera parte, salvo que se trate de las faltas gravísimas relacionadas con la infracción al DIDH y al DIH respecto de las cuales no se aplicarán los beneficios.
No habrá lugar a la retractación, salvo la violación de derechos y garantías fundamentales.	No habrá lugar a la retractación, salvo la violación de derechos y garantías fundamentales.

21

¿Se puede graduar la imputación de la falta por virtud de una confesión acordada?

Conforme lo señala el parágrafo del artículo 161 del CGD, la confesión se realiza sobre los hechos disciplinariamente relevantes enunciados en la apertura de investigación disciplinaria o en los cargos formulados en el pliego.

En ese sentido, es claro que el objeto de la confesión son los hechos, es decir que la aceptación del disciplinable será respecto de la situación fáctica, conforme a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que fue desplegada, y que ha sido precisada por el funcionario de instrucción o de juzgamiento.

Tratándose la confesión de un medio de prueba, es preciso resaltar, que deberá apreciarse de manera conjunta con los demás medios de prueba recaudados en la actuación, y conforme las reglas de la sana crítica y los criterios para apreciar el testimonio, de tal suerte que este medio de prueba no es plena prueba.

Lo anterior nos permite concluir que no hay lugar a acordar o negociar la imputación, en el entendido que la valoración de las pruebas, no es algo que pueda ser susceptible de ser negociado y, por ende, dicha labor le compete al operador disciplinario.

Así las cosas, encontrándose el proceso en la etapa de instrucción es posible colegir, que el disciplinable lo que acepta es su responsabilidad frente a las circunstancias fácticas que se han delimitado en el auto de apertura de investigación disciplinaria y conforme a la cual, y a los demás medios de prueba, el funcionario elaborará el respectivo pliego de cargos, y tratándose de la etapa de juzgamiento, la aceptación

se realiza respecto de los hechos señalados en los cargos, es decir que la confesión no se extenderá a la valoración de la tipicidad, de la ilicitud o de la culpabilidad, aspectos que competen a la autoridad y que por lo mismo no son susceptibles de negociación, descartándose que pueda realizarse en virtud de la confesión un acuerdo respecto de la imputación, sin perjuicio de que la autoridad explique al disciplinable las consecuencias de la confesión frente a la eventual imputación.

22

¿Cuándo y por qué se puede hacer la prórroga de la investigación?

El artículo 213 del CGD establece que la investigación tendrá una duración de seis (6) meses, contados a partir de la decisión de apertura.

Este término podrá prorrogarse hasta en otro tanto, cuando en la misma actuación se investiguen varias faltas o a dos (2) o más servidores o particulares en ejercicio de función pública, luego esta sería una primera prórroga.

Precisándose que cuando se trate de investigaciones por infracción al derecho internacional de los derechos humanos o al derecho internacional humanitario, el término de investigación no podrá exceder de dieciocho (18) meses.

Además, prevé la norma, que si con todo hicieren falta pruebas que puedan modificar la situación jurídica del disciplinable, los términos previstos en los incisos anteriores se prorrogarán hasta por tres (3) meses más, vencido el cual, si no ha surgido prueba que permita formular cargos se archivará definitivamente la actuación.

De manera que hay que distinguir entre dos prórrogas:

a) La primera cuando en la misma actuación se investiguen varias faltas o a dos (2) o más servidores o particulares en ejercicio de función pública.

Al tenor de lo previsto en la norma citada, el aumento del término de duración, «hasta en otro tanto», es una prerrogativa del funcionario de instrucción, conforme la valoración que realice en cada caso concreto, respecto del número de faltas

o de sujetos investigados, sin sobrepasar el tope máximo legal de 12 meses, salvo que se trate de infracciones al DIDH o al DIH.

b) La segunda, en el evento que, agotada la anterior, hicieren falta pruebas que puedan modificar la situación jurídica del disciplinable, evento en que se puede prorrogar por tres (3) meses más.

Es decir, la prórroga de esta etapa procesal se puede dar, una vez vencidos los términos de la investigación disciplinaria, ya sea de seis (6), doce (12) o dieciocho (18) meses, los cuales se podrán extender tres (3) meses más, con el fin de allegar las pruebas que puedan modificar la situación jurídica del disciplinable.

Esta prórroga está soportada, teniendo en cuenta que los fines del proceso disciplinario son, entre otros, la prevalencia de la justicia y la búsqueda de la verdad material, por lo cual se justifica adelantar un nuevo ejercicio de recaudo de pruebas, pese a haberse vencido el término legal, cuando el funcionario de instrucción no cuente con los elementos de juicio, que le permitan adoptar la decisión de archivo o de formulación de cargos.

Respecto del momento en se puede hacer prórroga de investigación disciplinaria, se considera que la misma podrá realizarse, siempre que la acción disciplinaria no esté prescrita. Esta interpretación supone realizar una lectura armónica, del principio de celeridad de la actuación disciplinaria previsto en el artículo 18 del CGD, y el principio rector de la prevalencia de la justicia y la búsqueda de la verdad material, consagrados en el artículo 11 ibidem, de suerte que deberá privilegiarse este último en aras de proferir decisiones justas que consulten la verdad.

Así las cosas, siendo la prescripción el límite máximo que tiene la autoridad disciplinaria para evaluar el proceso disciplinario, se considera que la prórroga con estas finalidades se justificará hasta tanto no haya ocurrido dicho fenómeno, no obstante, es importante considerar esta, como una situación excepcional, que debe evaluar el funcionario de instrucción, conforme a las circunstancias que en cada caso impiden la evaluación oportuna de los procesos disciplinarios, en procura de los derechos que le asisten al disciplinable de que se defina de manera oportuna su situación jurídica.

23

¿Qué diferencia existe entre el archivo previo a la evaluación y el que se dispone al momento de la evaluación de la investigación?

Dispone el artículo 221 del CGD, respecto de la decisión de evaluación, que surtido el cierre de la investigación y el traslado para que los sujetos procesales presenten alegatos precalificatorios, el funcionario evaluará el mérito de las pruebas recaudadas y formulará pliego de cargos al disciplinable o terminará la actuación y ordenará el archivo.

De manera que se diferencia, el archivo que se produce antes de cierre de la investigación disciplinaria y el que se produce con posterioridad a ello.

Así, tratándose del archivo antes de la evaluación, se soporta de conformidad con las causales de terminación del proceso disciplinario previstas en el artículo 90 ibidem, el cual establece que en cualquier etapa de la actuación disciplinaria en que aparezca claramente demostrado que el hecho atribuido no existió, que la conducta no está prevista en la ley como falta disciplinaria, que el disciplinado no la cometió, que existe una causal de exclusión de responsabilidad o que la actuación no podía iniciarse o proseguirse, se procederá a declarar y ordenar el archivo definitivo de las diligencias, de manera que acreditados estos eventos en cualquier momento durante la investigación, no es menester continuar con la misma hasta que se recauden todas las pruebas decretadas o hasta la culminación del término para proceder con la decisión, por cuanto se ha establecido alguna de las causales objetivas que habilitan la decisión.

En este escenario, se parte de que existe la plena convicción que procede la decisión de archivo, al establecer la norma

que, en cualquier etapa de la actuación disciplinaria, «en que aparezca plenamente demostrado» cualquiera de las causales, de suerte que, si existieren dudas, no se soportaría de la decisión de archivo, y por tanto deberá proseguirse hasta finalizar el término de la investigación disciplinaria, y de su prórroga si fuere el caso.

Por su parte, la decisión de archivo al momento de la evaluación, se produce luego del cierre de la investigación disciplinaria, esto es cuando se hayan recaudado las pruebas ordenadas en la investigación disciplinaria o se haya vencido el término de esta, en este caso la decisión se adopta conforme a la evaluación probatoria y al no haber surgido una prueba que permita la formulación de cargos.

24

¿Qué diferencia existe entre el archivo previo a la evaluación y el que se dispone al momento de la evaluación de la investigación?

Respecto del auto de formulación de cargos ha señalado la Corte Constitucional:³⁹

(...) es una providencia de trámite que sienta los cimientos sobre los cuales se edifica el proceso destinado a establecer la responsabilidad disciplinaria del inculpado, de modo que el órgano titular del poder disciplinario fija en aquella el objeto de su actuación y le señala al imputado, en forma concreta, cuál es la falta disciplinaria que se le endilga a efecto de que pueda ejercer su derecho de defensa (...).

Atendiendo la finalidad del pliego de cargos, y conforme a los requisitos contenidos en el artículo 223 del CGD para la correcta formulación del pliego de cargos, el funcionario de instrucción deberá describir de manera clara y precisa, cuál es la conducta que se reprocha con las circunstancias de tiempo, modo y lugar, esto es que, de manera clara, se pueda comprender respecto del comportamiento que se le reprocha, ¿qué hizo?, ¿cómo lo hizo? y ¿cuándo lo hizo?

Además se deberán establecer de manera correcta las normas violadas y el concepto de la violación, el análisis de la ilicitud y el análisis de la culpabilidad.

El concepto de responsabilidad disciplinaria es el producto de la concurrencia, en un caso determinado, de tres (3) elementos dogmáticos identificados por el legislador: a) la tipi-

39. Corte Constitucional. Sentencia T-418 de 1997. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

cidad, b) la ilicitud sustancial de la conducta, y c) la culpabilidad, aspectos que corresponde analizar detalladamente al funcionario de instrucción al momento de elaborar el pliego de cargos.

Para la Corte Constitucional, el principio de tipicidad constituye una concreción o derivación del principio de legalidad que, a su vez, configura una salvaguarda de la seguridad jurídica, al permitir conocer de manera anticipada las conductas que pueden ser reprochadas.⁴⁰

El referido tribunal constitucional, en sentencia C-818 de 2005, señaló:

(...) la tipicidad en las infracciones disciplinarias se determina por la lectura sistemática de la norma que establece la función, la orden o la prohibición y aquella otra que de manera genérica prescribe que el incumplimiento de tales funciones, órdenes o prohibiciones constituye una infracción disciplinaria.⁴¹

De manera concreta, la tipicidad, como elemento estructural de la falta disciplinaria, se encuentra prevista en el artículo 4.º del CGD, y comporta: a) describir la conducta, b) determinar las normas que vulnera el servidor público con el comportamiento censurado cuando se adecua en un tipo abierto, y c) realizar la subsunción (adecuación) típica.

En ese sentido, le corresponde al funcionario de manera concreta establecer la norma que se considera violada con el comportamiento reprochado y realizar correctamente la

40. Corte Constitucional. Sentencia C-796 de 24 de agosto de 2004. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

41. Corte Constitucional. Sentencia C-818 del 9 de agosto de 2005. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

adecuación conforme a los deberes que le competían al disciplinable.

Importante referirnos en este punto a los tipos abiertos y a los tipos en blanco, técnica que se utiliza frecuentemente en el derecho disciplinario. En los tipos abiertos, el supuesto de hecho de la norma es descrito en forma genérica, con cierto grado de indeterminación, sin dejar ser expreso, cierto y previo,⁴² frente a lo cual le corresponde al funcionario cerrar la norma con una correcta imputación de la conducta y una adecuada interpretación del tipo, sin que por ello exista arbitrariedad, así lo ha precisado la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación al indicar:⁴³

(...) habría arbitrariedad si no explica el concepto de la violación y, además en estos casos la decisión carecería de motivación; por lo que mientras más abierto sea el tipo, mayor el deber del operador disciplinario en motivar el concepto de la violación; en tanto más cerrada la norma, menor será este esfuerzo. En otras palabras, los tipos abiertos requieren una mayor carga de razonabilidad y racionalidad por parte del operador disciplinario y de ahí que surja como requisito del pliego de cargos el deber de explicitar el concepto de la violación de la norma.

En lo que respecta a los tipos en blanco se hace una remisión a otras normas para completar el precepto, en este evento la norma constitucional y legal que complementa el tipo disciplinario en blanco, debe tener estructura de regla, de suerte que, si la remisión es a un principio o a otra norma sancionatoria en blanco, el tipo disciplinario sigue siendo indeterminado.

42. Confrontar Corte Constitucional. Sentencia C-427 de 1994. M.P. Fabio Morón Díaz.

43. Procuraduría General de la Nación. Sala Disciplinaria, Bogotá, 13 de mayo de 2019, radicación n.º 161-7332 (IUS 2017-609915/IUC-2017-968528).

Respecto de la ilicitud sustancial, consagra el artículo 9 del CGD que «[l]a conducta del disciplinable será ilícita cuando afecte sustancialmente el deber funcional sin justificación alguna».

En ese sentido, corresponde precisar que lo antijurídico es la conducta, no la falta, por cuanto es con la acción u omisión, que el servidor público quebranta el deber funcional sin mediar justificación alguna.

Esta categoría de la falta disciplinaria no comporta antijuridicidad formal —adecuación del comportamiento en la norma— y menos aún acreditación del daño, toda vez que no se sustenta en el principio de lesividad, de modo que el comportamiento relevante es la acción u omisión que implica el quebrantamiento del deber funcional, desconociendo alguno de los principios de la función administrativa previstos en el artículo 209 la Constitución Política de Colombia y que, de contera, ponga en riesgo el recto ejercicio de la función pública, lo cual debe acontecer sin justificación alguna. Habrá ilicitud:

(...) cuando el servidor público se aparta del cumplimiento de aquellas obligaciones que devienen de la función que se cumple. Esta categoría se presenta cuando se quebranta el sustento de racionalidad en que se soporta el deber desde el punto de vista constitucional, y de la forma de Estado Social y Democrático de Derecho en ella contenido.

Así las cosas, en el análisis de esta categoría dogmática, el análisis que realice la autoridad disciplinaria, a fin de concluir si la conducta es sustancialmente ilícita, debe superar los siguientes elementos: que se quebranta un deber funcional; que ello conlleva la real y efectiva afectación de la función pública, del interés general y del funcionamiento del Estado, y que no tiene justificación alguna, debiendo soportarse

debidamente la argumentación en torno a la afectación de los fines y principios de la función pública que se consideran afectados.

En cuanto al análisis de culpabilidad, le corresponde evaluar si el sujeto activo tuvo la posibilidad de actuar de acuerdo con sus deberes e igualmente se debe analizar si realizó la conducta con dolo o culpa, formas estas de culpabilidad disciplinaria.⁴⁴

La definición del dolo y la culpa fue consagrada en el CGD soportada con contenidos propios de la dogmática disciplinaria, que no estaban consagradas en la anterior legislación disciplinaria, criterios sobre los cuales deberá valorar el funcionario de instrucción la modalidad subjetiva de la conducta que se atribuye al disciplinable.

La conducta es dolosa cuando el sujeto disciplinable conoce los hechos constitutivos de falta disciplinaria, su ilicitud y quiere su realización, y será culposa cuando el sujeto disciplinable incurre en los hechos constitutivos de falta disciplinaria, por la infracción al deber objetivo de cuidado funcionalmente exigible, y debió haberla previsto por ser previsible, o habiéndola previsto confió en poder evitarla.

La culpa sancionable podrá ser gravísima o grave, en tanto la leve no será sancionable en materia disciplinaria.

Habrá culpa gravísima cuando se incurra en falta disciplinaria por ignorancia supina, desatención elemental o violación

44. En torno a la culpabilidad, en materia de responsabilidad disciplinaria, puede consultarse la siguiente línea jurisprudencial producida en el seno de nuestra guardiana de la carta política: Sentencias C-417 de 1993, C-244 de 1996, C-597 de 1996, C-319 de 1996, C-626 de 1996, C-310 de 1997, C-708 de 1999, C-728 de 2000, C-827 de 2001, C-233 de 2002, C-181 de 2002, C-155 de 2002, C-948 de 2002, C-616 de 2002, SU 901 de 2005, T-282A de 2012.

manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento. La culpa será grave cuando se incurra en falta disciplinaria por inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones.

Además, se deberá realizar el respectivo análisis probatorio, recordando que la falta y la responsabilidad del investigado podrán demostrarse con cualquiera de los medios de prueba legalmente reconocidos, cuya apreciación deberá realizarse conjuntamente, de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

Por otra parte, deberá argumentar los criterios que se consideren para determinar la gravedad o levedad de la falta, y por último analizar los argumentos que han sido expuestos por los sujetos procesales.

25

¿Cómo se notifica el pliego de cargos y cómo se garantiza el derecho de defensa?

Prevé el artículo 121 del CGD, que el pliego de cargos y su variación se notificará de manera personal.

Además, establece el artículo 124 *ibidem*, que la notificación del pliego de cargos se podrá realizar a través de funcionario comisionado, cuando deba realizarse en sede diferente a la del competente, evento en el que este podrá comisionar para tal efecto a otro funcionario de la Procuraduría o al jefe de la entidad a la que esté vinculado el investigado o, en su defecto, al personero distrital o municipal del lugar donde se encuentre el disciplinable o su defensor, según el caso.

En caso de que no se pueda realizar la notificación personal, se fijará edicto en lugar visible de la secretaría del despacho comisionado por el término de cinco (5) días, y cumplido lo anterior, el comisionado devolverá inmediatamente al comitente la actuación, con las constancias correspondientes.

En estricto sentido, esta se constituye en la única decisión del trámite disciplinario que debe cumplir con la notificación personal al investigado o a su defensor.

Por su parte, el artículo 225 del CGD, como norma especial que regula el acto de publicidad del pliego de cargos, establece que, una vez emitida la decisión acusatoria, se librará inmediatamente citación al procesado o a su defensor, si lo tuviere, para notificar la decisión personalmente, con el primero que se presente; empero, si transcurridos cinco (5) días contados desde el día siguiente a la entrega de la comunicación respectiva en la última dirección registrada o en el correo electrónico, se procederá a designar defensor público o

estudiante de consultorio jurídico, para surtir la notificación personal.

Por tanto, si el investigado o su defensor de confianza no se presentan a recibir notificación personal del pliego de cargos: a) se requerirá un defensor público a la Defensoría Pública Disciplinaria para que represente al implicado;⁴⁵b) si no se trata de un servidor de elección popular o de dirección confianza y manejo, se solicitará a un consultorio jurídico la designación de un estudiante, conforme lo establecido en la Ley 2113 de 2021,⁴⁶o c) se designará a un profesional del derecho para que ejerza como defensor de oficio del procesado;⁴⁷ en estos eventos se surtirá la notificación personal con dichos representantes, según el caso.

Respecto del derecho a la defensa, consagra el artículo 15 del CGD, que durante la actuación disciplinaria el investigado tiene derecho a la defensa material y a la designación de un abogado y cuando se juzgue como persona ausente deberá estar representado a través de apoderado judicial, si no tiene apoderado se le debe designar un defensor de oficio, que podrá ser estudiante de consultorio jurídico de las universidades reconocidas legalmente.

Así las cosas, de acuerdo con la norma hay dos eventos específicos en el que es procedente el nombramiento de un defensor de oficio:

45. Conforme lo prevé el artículo 70 de la Ley 2094 de 2021, que debe entenderse incorporado al CGD.

46. El numeral 10 del artículo 9.º de la Ley 2113 de 2021 otorga competencia a los estudiantes de consultorio jurídico en los procedimientos disciplinarios de competencia de las personerías municipales y la Procuraduría General de la Nación, cuando sea imposible la notificación, excepto cuando se trate de funcionarios de elección popular, dirección, confianza y manejo.

47. De acuerdo a la obligación general de todo ciudadano que ejerza la profesión de abogado, de conformidad con lo señalado en la Ley 1123 de 2006.

- cuando así lo solicite el procesado, o
- cuando el procesado sea juzgado como persona ausente.

En el caso en el que sea el procesado el que solicite el nombramiento de un defensor de oficio, esta designación se puede hacer en cualquier momento del proceso, pues se trata de un derecho que tiene, conforme lo prevé la norma.

En el segundo evento, en caso de que sea procesado como persona ausente, la designación procede a partir del auto de cargos, si no se ha presentado el procesado o su apoderado a notificarse personalmente, por tanto ante su renuencia o ausencia es esencial y obligatoria la presencia de un defensor de oficio, que lo represente en la etapa del juicio disciplinario. De modo que de no comparecer el disciplinable a notificarse del pliego de cargos y no tener apoderado, corresponde, a fin de realizar la debida notificación, designarle un defensor de oficio, con quien se surtirá la respectiva notificación, a fin de garantizar de esta manera el derecho de defensa.

26

¿En qué consiste la formulación antifolórica del pliego de cargos y cuál es su efecto?

El Consejo de Estado⁴⁸ ha precisado los requisitos de una imputación válida en el proceso disciplinario:

El derecho a la defensa también comprende el ineludible principio de que nadie puede ser sancionado si no ha sido oído y vencido en juicio, cuestión que necesariamente exige que el pliego de cargos se soporte en una imputación válida. Para tal efecto, se deben observar como mínimo los siguientes requisitos

- Imputación clara: «[C]uando el imputado puede comprender cabalmente cuál es la acción que se le atribuye y el resultado que se le recrimina [...]; es necesario formularle una imputación suficientemente asertiva, exenta de ambigüedades que le impidan saber por qué razón se lo investiga [...]». En materia disciplinaria, la expresión acción significa conducta, para comprender tanto la acción como la omisión, mientras que el resultado será una cuestión excepcional, si se está en presencia de una falta que lo requiera.
- Imputación precisa: Se requiere la exactitud tanto de los aspectos objetivos como subjetivos de la falta disciplinaria, frente a lo cual es necesario puntualidad y rigurosidad. Puntualidad frente a los hechos, en tanto que la rigurosidad se refiere al rol que se le atribuye al imputado para

48. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: William Hernández Gómez, Bogotá, D. C., veintitrés (23) de julio de dos mil veinte (2020), radicado: 110010325000201700073 00 (0301-2017).

conozca la conducta que se le recrimina.

- Imputación circunstanciada y específica: Relacionada con las circunstancias de tiempo, modo y lugar. Este es uno de los aspectos más visibles de la imputación disciplinaria (numerales 1 y 2, art. 163 del CDU), pues «resulta impensable una conducta atemporal, inespecial o amorfa».
- Imputación integral: Debe contener todos los elementos que caracterizan el hecho o la conducta, pues la imputación no se satisface con consideraciones parciales, ni con la simple atribución de un rol al sujeto.
- Imputación propia: «En el proceso solo se puede imputar a un sujeto los resultados de una acción cuando tuvo el dominio de esta, lo que lo hace responsable por vía causal de aquellos». En el proceso disciplinario, se exige que el servidor esté sometido al deber funcional y que este resulte infringido.
- Imputación de una conducta típica: Es la correspondencia entre los elementos anteriores □que sumados equivalen a la imputación fáctica□ con la denominada imputación jurídica, esta última que involucra los aspectos jurídicos más relevantes, como la clase de falta disciplinaria (gravísima, grave, o leve), la naturaleza del tipo (abierto o en blanco), si el comportamiento está relacionado con el cargo, función o servicio y si el precepto normativo contempla o no el resultado como requisito típico.

La formulación anfibológica del pliego de cargos deviene por la ambigüedad e indeterminación de la relación fáctica que sustenta la calificación de la falta y la imprecisión de las normas consideradas como infringidas y el concepto de la violación; por lo cual es necesario establecer de manera clara y precisa las circunstancias de tiempo, modo y lugar, de lo que

se atribuye haber ejecutado al disciplinable, en otras palabras es la definición específica de qué, dónde, cómo, cuándo y por qué se ejecutó una específica conducta presuntamente constitutiva de falta disciplinaria, precisando que no obstante en materia disciplinaria, dado que la exigencia para determinar la conducta es menos estricta, sí se requiere la adecuada determinación de las normas que le permita al disciplinable determinar inequívocamente el alcance de la conducta disciplinada.

Si de la imputación fáctica y jurídica resulta difícil determinar con claridad la conducta que se reprocha al disciplinable, al punto que impida o limite el ejercicio de sus derechos de contradicción y defensa en forma precisa, clara y efectiva, estaremos ante unos cargos anfibológicos, lo cual conllevará como consecuencia la nulidad de la actuación, por violación de debido proceso y del derecho a la defensa que le asiste al disciplinable.

En ese sentido la Corte Suprema de Justicia, sentencia de casación del 21 de febrero 21 de 1986, M.P. Rodolfo Mantilla Jácome, señaló:

(...) la Corte ha insistido en resaltar la importancia capital de la resolución de acusación, que significa la concreción de los cargos que el Estado- jurisdicción hace al procesado, siendo reiterada la jurisprudencia de la Sala en torno a la necesidad de precisar con claridad y nitidez el cargo o los cargos que se le formulan al sujeto imputado y que salvo variaciones constatadas en la etapa probatoria del juicio o en el debate público deben entenderse inmutables.

¿Qué situaciones pueden generar nulidad en la fase de investigación?

Conforme lo previsto en el artículo 202 del CGD, en la fase de investigación disciplinaria puede generarse la nulidad de la actuación, por la violación del derecho de defensa del investigado y por la existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso.

En ese marco pueden generarse diversas situaciones que ameriten la declaratoria de nulidad de la actuación, y que corresponde evaluar a la autoridad disciplinaria, al tenor de los principios que orientan la declaratoria de las nulidades y su convalidación, que de manera específica consagra ahora el CGD.⁴⁹

Así puede señalarse que siempre que se involucre la afectación al derecho de defensa, o se presenten irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso, es insoslayable la declaratoria de nulidad. A modo de ejemplo, se precisan algunos eventos que dan lugar a la declaratoria de nulidad en esta etapa.

49. «ARTÍCULO 203. PRINCIPIOS QUE ORIENTAN LA DECLARATORIA DE LAS NULIDADES Y SU CONVALIDACIÓN.

1. No se declarará la invalidez de un acto cuando cumpla la finalidad para la cual estaba destinado, siempre que no se viole el derecho a la defensa.
2. Quien alegue la nulidad debe demostrar que la irregularidad sustancial afecta garantías de los sujetos procesales, o desconoce las bases fundamentales de la instrucción y el juzgamiento.
3. No puede invocar la nulidad el sujeto procesal que haya coadyuvado con su conducta a la ejecución del acto irregular.
4. Los actos irregulares pueden convalidarse por el consentimiento del perjudicado, siempre que se observen las garantías constitucionales.
5. Solo puede decretarse cuando no exista otro medio procesal para subsanar la irregularidad sustancial».

- Falta o indebida notificación a los sujetos procesales.
- Se practican pruebas sin que sean comunicadas a los sujetos procesales y, por ende, se impide ejercer el derecho de intervenir y de controvertir las mismas.
- Se omiten etapas en el proceso disciplinario. No se adecua el procedimiento al previsto en el CGD.
- La falta de la designación del defensor de oficio, cuando hay obligatoriedad para su designación.
- Omisión o falta de análisis de las pruebas, en que se sustentan las decisiones.
- En lo que atañe al pliego de cargos, cuando la imputación se realice de manera vaga e imprecisa que impida ejercer adecuadamente el derecho de defensa.

En todo caso, se reitera que corresponde a la autoridad disciplinaria evaluar cada situación en concreto, a fin de evaluar la afectación de las garantías que le asisten al disciplinable, y si se hace necesaria la declaratoria de nulidad como único remedio para subsanar la actuación, por cuanto no toda irregularidad advertida dentro de la misma conlleva forzosamente a declarar la nulidad y la invalidez del acto procesal, al ser este un mecanismo jurídico excepcional y extremo al que debe acudir el operador disciplinario cuando no existe otra alternativa legal para subsanar una irregularidad, situación que debe valorar entonces el operador disciplinario, conforme lo principios que orientan la declaratoria de las nulidades en el proceso disciplinario.

¿Cuáles son las atribuciones del quejoso y de las víctimas en el proceso disciplinario en la fase de investigación?

Consagra el artículo 109 del CGD, que podrán intervenir en la actuación disciplinaria, como sujetos procesales, el investigado y su defensor, el Ministerio Público, cuando la actuación se adelante en la Comisión Nacional de Disciplina Judicial y las Comisiones Seccionales de Disciplina Judicial, o en el Congreso de la República contra los funcionarios a que se refiere el artículo 174 de la Constitución Política, y además las víctimas de conductas violatorias de derechos humanos y el derecho internacional humanitario, así como de acoso laboral.

Por regla general en el derecho disciplinario no existen víctimas por cuanto las faltas remiten a infracciones de deberes funcionales y no a lesiones de derechos; excepcionalmente previó el legislador, que pueden ser consideradas víctimas de una falta disciplinaria, los perjudicados como consecuencia de la violación del derecho internacional de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario, y de conductas constitutivas de acoso laboral.

Las atribuciones que le asisten como víctima distan de las que ostenta el quejoso que no tiene dicha calidad, cuya intervención se limita a presentar y ampliar la queja bajo la gravedad de juramento, a aportar las pruebas que tenga en su poder y a recurrir la decisión de archivo y el fallo absolutorio,⁵⁰ cuya finalidad atiende a que se verifique si con la conducta informada el funcionario incumplió sus deberes funcionales.

Por el contrario, en su condición de víctima como sujeto pasivo, se le han concedido las mismas facultades que le asisten

a los sujetos procesales. En ese contexto, como lo ha dicho Corte Constitucional:⁵¹

(...) la situación en que se hallan las personas afectadas es muy diferente de aquella en que se encuentra el particular que, en Calidad de quejoso, promueve una investigación disciplinaria, pues aquellas no solo están alentadas por el interés que le asiste a cualquier ciudadano para que se imponga una sanción al infractor de la ley disciplinaria, sino que, además de ese genérico interés, en ellas concurre la Calidad consecuente con el daño que sobrevino, de manera inescindible, a la comisión de la falta disciplinaria.⁵²

El sentido de la intervención de las víctimas en el proceso, ha dicho el alto tribunal, obedece al interés que les asiste de que se esclarezca:

(...) la verdad de lo ocurrido, es decir, para que se reconstruya con fidelidad la secuencia fáctica acaecida, y para que en ese específico ámbito de control esas faltas no queden en la impunidad. Es decir, tales víctimas o perjudicados tienen derecho a exigir del Estado una intensa actividad investigativa para determinar las circunstancias en que se cometió la infracción al deber funcional que, de manera inescindible,

50. «ARTÍCULO 110. FACULTADES DE LOS SUJETOS PROCESALES. Los sujetos procesales podrán:

(...)

PARÁGRAFO 1o. La intervención del quejoso, que no es sujeto procesal, a excepción de lo establecido en el artículo anterior, se limita únicamente a presentar y ampliar la queja bajo la gravedad del juramento, a aportar las pruebas que tenga en su poder y a recurrir la decisión de archivo y el fallo absolutorio. Para estos precisos efectos podrá conocer el expediente en la Secretaría del Despacho que profirió la decisión».

51. En sentencia C-014 de 2004, a propósito del reconocimiento como víctima de las violaciones del derecho internacional de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario.

52. *Idem.*

condujo al menoscabo de sus derechos y a que, una vez esclarecidas esas circunstancias, se haga justicia disciplinaria. De modo que, como sujeto procesal, a las víctimas les asisten los siguientes derechos, conforme lo previsto en el artículo 110 del CGD:

- 1.** Solicitar, aportar y controvertir pruebas e intervenir en la práctica de las mismas.
- 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.
- 4.** Obtener copias de la actuación, salvo que por mandato constitucional o legal esta tenga carácter reservado.

Además, tienen la facultad de designar apoderado para que las asistan dentro del proceso disciplinario.

Es importante precisar que, en el proceso disciplinario, pese al reconocimiento como víctimas, estas no pueden pretender el reconocimiento del derecho a la reparación, en la medida que esta pretensión está relacionada con el daño al bien jurídico de que ellos son titulares, y en este ámbito la reclamación obedece a la infracción del deber funcional, por tanto, su intervención está dirigida a la garantía de los derechos al esclarecimiento y conocimiento de la verdad y que a se haga justicia.

29

¿Qué criterios deben tenerse en cuenta en la definición de competencias en la fase de investigación?

La competencia se determinará teniendo en cuenta:

- Calidad del sujeto disciplinable – factor subjetivo

Competencia de la Procuraduría General de la Nación-PGN: le compete la investigación y el juzgamiento de las faltas disciplinarias imputables a los siguientes servidores:

- servidores públicos de elección popular,
- servidores de la PGN, y
- particular disciplinable (que ejerzan funciones públicas de manera permanente o transitoria; que administren recursos públicos; que cumplan labores de interventoría o supervisión en los contratos estatales, y a los auxiliares de la justicia), cualquiera que sea la forma de vinculación y la naturaleza de la acción u omisión.

En este caso, la competencia también recae en las personerías.

Competencia de las entidades y organismos del Estado:

- Disciplinar a sus servidores, salvo que la competencia esté asignada a otras autoridades.
- Toda entidad u organismo del Estado debe organizar una unidad u oficina del más alto nivel encargada de conocer los procesos disciplinarios que se adelanten contra sus servidores.

Si no fuere posible garantizar la segunda instancia por razones de estructura organizacional, esta será de competencia de la PGN, de acuerdo con sus competencias.

La segunda instancia será de la PGN, si no se puede garantizar en la entidad. En los casos en donde se deba tramitar la doble conformidad, la decisión final estará siempre a cargo de la PGN, atendiendo sus competencias.

Competencia de la Superintendencia de Notariado y Registro:

- Le corresponde investigar a los notarios.

Competencia de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial y comisiones seccionales de disciplina judicial:

- Funcionarios y empleados judiciales, incluidos los de la Fiscalía General de la Nación.
- Particulares disciplinables, conforme lo previsto en el CGD y demás autoridades que administran justicia de manera excepcional, temporal o permanente, excepto que tengan fuero especial.

- Naturaleza del hecho – factor objetivo

Dependiendo la clase o tipo de hecho. Al interior de la PGN, se tienen establecidas, en diferentes resoluciones, competencias en las delegadas atendiendo la naturaleza del hecho.

- Territorio donde se cometió la falta

Es competente en materia disciplinaria el funcionario del territorio donde se realizó la conducta.

Cuando no puedan ser adelantadas por las correspondientes oficinas de control disciplinario interno, las faltas cometidas por los servidores públicos en el exterior y en el ejercicio de sus funciones corresponderán a los funcionarios de la PGN, que de acuerdo con el factor objetivo y subjetivo fueren com-

petentes en el Distrito Capital. Cuando la falta o faltas fueren cometidas en diversos lugares del territorio nacional, conocerá el funcionario competente que primero hubiere iniciado la investigación.

- Factor de conexidad

Se tramitarán bajo una misma cuerda procesal las actuaciones que satisfagan los siguientes presupuestos:

- a)** Que se adelanten contra el mismo disciplinado.
- b)** Que las conductas se hayan realizado en un mismo contexto de hechos o que sean de la misma naturaleza.
- c)** Que no se haya proferido auto de cierre de investigación o que no se haya vencido el término de investigación.

Cuando varios servidores públicos de la misma entidad participen en la comisión de una falta o de varias que sean conexas, se investigarán y decidirán en el mismo proceso, por quien tenga la competencia para juzgar al de mayor jerarquía. Para definir la competencia cuando resulten incompatibles dichos factores se determinará de la siguiente manera:

• Si es incompatible el factor territorial y el funcional prevalecerá el factor funcional.

Cuando en la comisión de una o varias faltas disciplinarias conexas intervengan servidores públicos y particulares disciplinables, la competencia será exclusivamente de la PGN y se determinará conforme a las reglas de competencia para los servidores públicos.

- Factor funcional

Se refiere a las condiciones y calidades del funcionario a quien corresponde adelantar la investigación y fallar el proceso.

¿En la actuación disciplinaria es procedente la notificación por estado electrónico?

Los artículos 120 y 125 originales de la Ley 1952 de 2019 contemplaban como una de las formas de notificación el estado. No obstante, es indudable que la pandemia ocasionada por el virus covid-19 aceleró la implementación de tecnologías de la información en los procedimientos judiciales y administrativos, y el procedimiento disciplinario no fue la excepción, pues la Ley 2094 de 2021 modificó estas dos disposiciones y remplazó la notificación por estado por la notificación por estado electrónico.

En estas condiciones, la notificación por estado electrónico es la que resulta procedente en el curso de la acción disciplinaria, conforme lo previsto en los artículos 19 y 22 de la Ley 2094 de 2021, y según esta última norma, de manera excepcional, cuando a alguna autoridad disciplinaria no le sea posible cumplir con el estado electrónico habrá lugar a la fijación física en la secretaría de la dependencia.

La notificación por estado electrónico requiere que el estado se inserte en el medio electrónico dispuesto por la entidad y que, a su vez, lleve también inserta la providencia que se quiera notificar, por lo que no basta mencionar qué decisión se notifica, sino que esta debe ponerse a disposición también por la misma vía electrónica, de tal manera que los interesados no deban asistir a la sede física donde se halla el expediente para conocerla. Además, deberá informarse a los sujetos procesales la existencia del estado electrónico y la forma en que pueden acceder al mismo.

¿Existe diferencia entre la confesión y la aceptación de cargos?

Mientras que la confesión es un medio de prueba, la aceptación de cargos es la manifestación expresa que se le hace a la autoridad disciplinaria respecto de su conformidad con la imputación fáctica y jurídica con la que comienza el juicio disciplinario.

Por tanto, la confesión como medio de prueba «simplifica, abrevia o facilita el camino intrincado para llegar a la verdad de algo»,⁵³ es decir, se trata de un medio probatorio más para lograr la búsqueda de la verdad material.⁵⁴ Por su parte, «la aceptación de cargos tiene un rasgo predominantemente procesal»,⁵⁵ situación que significa el estar de acuerdo con la forma en que la autoridad disciplinaria efectuó el reproche por el cual se llama a responder al investigado.

Dicha diferencia, basada en la naturaleza probatoria y procesal de cada institución, genera unas consecuencias trascendentales en el trámite del proceso disciplinario. Así, por ejemplo, si se logra la confesión del sujeto procesal en la etapa de investigación disciplinaria, la autoridad deberá analizar este medio de prueba con los demás y de esa manera construir lo que será objeto de imputación. En cambio, la aceptación de cargos tiene como punto de partida el que la autoridad elevó determinado reproche.

53. John Harvey Pinzón Navarrete. Principales modificaciones procesales en el Código General Disciplinario. En Pensamiento Disciplinario. Reflexiones sobre la Ley 2094 de 2021. Procuraduría General de la Nación. Instituto de Estudios del Ministerio Público. 2022. pp. 188 a 191.

54. Código General Disciplinario, artículo 11.

55. Principales modificaciones procesales en el Código General Disciplinario. Ob. cit.

En el primer caso, el asunto, desde el punto de vista probatorio, es mucho más exigente, pues la manifestación se da ex ante del llamado a juicio. En el segundo evento, que corresponde con la aceptación de cargos, la imputación fáctica y la jurídica ya está elaborada y con ella el sujeto procesal evaluará si es procedente aceptarla como lo hizo el funcionario encargado de hacer la acusación. Por ello, la manifestación del investigado se da ex post, lo que facilitará las cosas desde el punto de vista procesal, en la medida en que se tuvieron con anterioridad suficientes elementos de juicio para concluir —así sea con una probabilidad máxima— que existe un compromiso disciplinario.

Podríamos afirmar que toda aceptación de cargos supone de forma material una confesión, pero que no toda confesión significa, en todos los casos, una aceptación de cargos. Por la pertinencia con la pregunta formulada, recordamos lo expuesto en nuestra obra colectiva *Pensamiento Disciplinario*, en la que se analizó las diferencias y similitudes de estas dos instituciones.⁵⁶

En la hipótesis de la confesión, el investigado puede libre y espontáneamente reconocer que golpeó a un compañero, que suscribió un contrato, que no actualizó el domicilio profesional, que no envió los documentos, que hizo una solicitud indebida, que llegó tarde a su sitio de trabajo, que estuvo presente en determinada reunión, etcétera. En esas situaciones, se dirá que existe confesión, pero lejos de suponer que ello equivalga a aceptar la responsabilidad disciplinaria ¿Por qué? Porque si bien en la mayoría de los casos la confesión de determinada conducta puede coincidir con haber confesado un comportamiento que haya resultado típico, sustancialmente ilícito y culpable, en otros casos esa

56. *Ibidem.*

conducta confesada no podrá tener la condición de típica: o siendo típica, no resultará sustancialmente ilícita o antijurídica; o siendo típica y sustancialmente ilícita o antijurídica no necesariamente será culpable.

Ejemplos de lo anterior son los siguientes: en primer orden, piénsese en aquel que confiesa haber injuriado a alguien, pero que se demuestre que su ánimo no fue injuriar sino defenderse⁵⁷; en segundo orden, en aquel abogado que confiesa el no haber actualizado su domicilio profesional, pero en cuyo caso se demuestra que no significó una conducta típica que haya desconocido de forma relevante su deber profesional⁵⁸; y en tercer orden, piénsese en aquel que confiesa en no haber ido a su lugar de trabajo, pero que lo hizo por razones que le resultaron insuperables. Es más, piénsese en aquel sujeto que confiesa el haber extraviado un expediente por fuera del lugar de las instalaciones y que admita su descuido o su negligencia; pese a ello, en el trámite del recurso de apelación de la decisión sancionatoria se descubre que el expediente jamás salió de la Secretaría del despacho y que sus manifestaciones en la confesión tuvieron como finalidad poner a salvo la responsabilidad de otro. Por estas y otras razones similares, la confesión jamás puede equipararse la responsabilidad disciplinaria. La pri-

57. Comisión Nacional de Disciplina Judicial. Sentencia del 10 de agosto de 2022. M.P. Mauricio Fernando Rodríguez Tamayo. Radicación n.º 730011102000201701333 01.

58. Al respecto, véase la sentencia del 11 de agosto de 2021 de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial. Radicación n.º 17001110200020160057301. M.P. Carlos Arturo Ramírez Vásquez. En esta sentencia se adujo que el disciplinado debía ser considerado responsable por la falta de no actualizar el domicilio profesional. Pese a ello, revítese el salvamento de voto del magistrado Mauricio Fernando Rodríguez Tamayo, en la que se exponen las razones por las cuales en dicho caso la conducta típica que fue confesada no resultaba antijurídica. En dicho asunto, mientras la mayoría de la corporación resolvió el recurso de apelación con base en cuestiones solamente procesales, en el salvamento se hizo alusión a los aspectos relacionados con la falta y demás elementos de la responsabilidad disciplinaria.

mera es un medio de prueba; la segunda es una estado de cognoscibilidad en grado de certeza en cabeza de la autoridad disciplinaria para poder imponer un correctivo disciplinario.

En cambio, en la variante de la aceptación de cargos, el sujeto estará de acuerdo con la forma en que la autoridad disciplinaria efectuó determinada imputación fáctica o jurídica, sin que necesariamente esta sea correcta o que incluso no esté conforme a la realidad probatoria. Ejemplo de ello es que, pese a la aceptación de cargos, la autoridad disciplinaria en teoría puede absolver si encuentra las pruebas que así lo permitan. Igualmente, si se da la aceptación de cargos y consecuentemente un fallo sancionatorio, el disciplinado eventualmente puede apelar y la segunda instancia no tendría ningún obstáculo de tipo procesal para analizar las razones de dicha impugnación. Si la confesión facilita las cosas desde el punto de vista probatorio, en la aceptación de cargos se dirá que esta figura lo hace desde el punto de vista procesal. En este segundo caso, se procederá a dictar fallo e incluso la misma norma -con mucha razón- permite la presentación de alegatos de conclusión sin ninguna restricción para los sujetos procesales.

Sobre el tema en comento, no compartimos el criterio de que la confesión o la aceptación de cargos puede restar o invalidar el supuesto interés o la legitimidad para apelar. Ni siquiera que se diga de forma parcial que el interés solo lo está dado para atacar aspectos relacionados con la proporcionalidad de la sanción u otras situaciones que no tengan que ver con el cargo. Si ello fuera así, el derecho constitucional y convencional a la defensa se vería seriamente afectado y en varias ocasiones se privilegiaría la forma sobre el derecho sustancial. En la praxis, por supuesto que una confesión o aceptación de cargos en la mayoría de los casos terminará en una decisión sancionatoria que difícilmente

se pueda revocar. Empero, si los sujetos deciden apelar con determinados argumentos, estos se tendrán que resolver de fondo e incluso poner de presente que se confesó o que se aceptó el pliego de cargos, situaciones que servirán para sustentar el fondo de la decisión, pero no para pregonar una cierta perención, falta de legitimidad o carencia de interés que no son acordes a un proceso de tipo sancionatorio.

Conviene agregar en esta oportunidad que la confesión y la aceptación de cargos son dos figuras que, además de abreviar los aspectos probatorios y procesales propios de la acción disciplinaria, sirven como un instrumento para beneficiar al disciplinado, para lo cual la legislación consideró una disminución hasta en la mitad en las sanciones como la inhabilidad, suspensión o multa, si ello se da durante la etapa de la investigación disciplinaria.⁵⁹ Por su parte, si ello ocurre en la etapa de juzgamiento, la reducción corresponderá a una tercera parte.⁶⁰

59. Código General Disciplinario, artículo 162.

60. Ibidem.

¿La vinculación tardía de un sujeto disciplinable a la investigación disciplinaria es un vicio insubsanable que amerite de forma irremediable la declaratoria de nulidad?

El artículo 111 del Código General Disciplinario determina dos momentos en los que una persona puede ser vinculada a la investigación disciplinaria: a) al momento de proferir el auto de apertura de investigación disciplinaria o b) en una orden de vinculación posterior.

En todo caso, la orden de vinculación se debe proferir y notificar en vigencia del término previsto para adelantar la investigación disciplinaria o su prórroga, pues de lo contrario sí habrá lugar al decreto de la nulidad, toda vez que en la fase de instrucción tienen lugar la solicitud y el decreto de pruebas que servirán de fundamento para la eventual formulación del pliego de cargos.

No sobra recordar que el auto de apertura de investigación y la orden de vinculación deben notificarse al investigado en los términos establecidos en el Código General Disciplinario, pues de no cumplirse en debida forma la publicidad de estas decisiones habrá lugar al decreto de nulidad.

Dicho sea de paso, el artículo 111 de la Ley 734 de 2002 consagra que el trámite de la notificación personal no suspende en ningún caso la actuación probatoria, en tanto el implicado tiene derecho a solicitar la ampliación o reiteración de las pruebas practicadas sin su presencia en los puntos que considere necesarios.

Además, luego de proferido el pliego de cargos y concretada la imputación, el derecho de defensa se ejerce con mayor vigor, como lo ha considerado el Consejo de Estado.⁶¹

Ahora bien, debe puntualizarse que en materia disciplinaria una vez se inicia la investigación, la defensa material comienza formalmente con el pliego de cargos, ya que en este momento se concreta la imputación jurídico fáctica contra el investigado, al señalarle entre otros aspectos, las posibles irregularidades en que pudo haber incurrido, las normas presuntamente violadas y su concepto, la identificación del autor o autores, la forma de culpabilidad etc., de manera, que el auto de cargos es una pieza esencial con el cual podría señalarse, se traba probatoriamente la relación entre investigado e investigador, porque es a partir de allí, cuando se despliega una mayor actividad y se ejerce plenamente el derecho de contradicción y defensa.

61. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección «A». Sentencia del 16 de febrero de 2012, consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, radicación n.º 11001-03-25-000-2009-00102-00 (1454-09), actor: Gerardo María Bravo, demandado: Procuraduría General de la Nación.

¿El incumplimiento de los términos para evaluar la investigación disciplinaria es un vicio insubsanable que amerite de forma irremediable la declaratoria de nulidad?

De entrada, es preciso indicar que la pretermisión de términos no constituye una causal de nulidad. Respecto al tema, la Corte Constitucional se ha pronunciado y ha considerado lo siguiente:

[...] Es decir, del sólo hecho que un término procesal se inobserve, no se sigue, fatalmente, la conculcación de los derechos fundamentales de los administrados pues tal punto de vista conduciría al archivo inexorable de las investigaciones por vencimiento de términos y esto implicaría un sacrificio irrazonable de la justicia como valor superior y como principio constitucional. De allí que la afirmación que se hace en el sentido que se violaron derechos fundamentales por la inobservancia de un término procesal no deba ser consecuencia de una inferencia inmediata y mecánica, sino fruto de un esfuerzo en el que se valoren múltiples circunstancias relacionadas con el caso de que se trate, tales como la índole de los hechos investigados, las personas involucradas, la naturaleza de las pruebas, la actuación cumplida tras el vencimiento del término y la incidencia de tal actuación en lo que es materia de investigación.⁶²

En igual sentido, el Consejo de Estado ha adoptado la línea

62. Corte Constitucional. Sentencia SU-901/05. Referencia: expediente T-905903. Magistrado ponente Jaime Córdoba Triviño. Bogotá, D. C., primero (1.º) de septiembre de dos mil cinco (2005).

expuesta por la Corte Constitucional en relación con el cumplimiento de los términos de las etapas del proceso disciplinario:

La Corte Constitucional ha sido insistente en precisar la importancia que tiene para la conservación de las garantías del debido proceso el señalamiento de etapas claras y precisas dentro de las cuales estas se desarrollen, al punto que el cumplimiento de aquellas por parte de la Autoridad encargada de adelantar un trámite administrativo y/o judicial, constituye base fundamental para la efectividad de los derechos de los ciudadanos. La consagración de los términos procesales lleva implícito el derecho a recibir una pronta y oportuna decisión de las autoridades, en otras palabras, a que los asuntos puestos en conocimiento de aquellas se resuelvan sin dilaciones injustificadas.

Sin embargo, ese mismo Tribunal señaló que la inobservancia “per se” de un término procesal no da lugar a la invalidez del procedimiento sancionatorio, en la medida en que, es necesario que se valoren las circunstancias en que tal situación ocurrió y si con ello se afectó el derecho de defensa del investigado. En relación con lo anterior esta Sala también ha precisado que, sin desconocer el derecho que tiene el inculpado de resolver oportunamente su situación disciplinaria, el vencimiento de los plazos no implica la pérdida de competencia para actuar ni genera nulidad del proceso disciplinario.⁶³

En estas condiciones, el incumplimiento del término procesal para evaluar la investigación disciplinaria, no constituye

63. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección «B». Sentencia 00032 de 2018. Rad. N.º: 170012333000201400032 01 (1630-2015). Consejera ponente, Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Bogotá D. C., 31 de enero de 2018.

una circunstancia violatoria del derecho de defensa o debido proceso que conduzca inexorablemente a una nulidad de la actuación, pues esa inactividad a lo que conduciría eventualmente sería a una posible responsabilidad del funcionario a cargo del trámite del expediente, pero no vicia el trámite de la acción disciplinaria o conduce al archivo de las diligencias.

En materia disciplinaria, los términos procesales son perentorios, pero no preclusivos, por lo que solo la prescripción de la acción impide a la autoridad disciplinaria adelantar el trámite.

¿En qué eventos es procedente la ruptura de la unidad procesal?

Respecto a la figura de la ruptura de la unidad procesal, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-471 de 2016, consideró:

8.1. La unidad procesal es una institución por virtud de la cual cada delito o cada grupo de delitos conexos, deben investigarse y juzgarse en una única actuación procesal. Dicha figura, que evita multiplicidad de actuaciones penales por el mismo comportamiento o por varios delitos en relación de conexidad, contribuye a la realización (i) del derecho de defensa de las personas investigadas, acusadas o juzgadas en tanto asegura la concentración de sus esfuerzos en un único procedimiento, (ii) de los derechos de las víctimas al hacer posible que en único trámite puedan formular sus pretensiones de verdad, reparación y justicia, (iii) de la eficacia y celeridad del proceso penal, al optimizar los esfuerzos y recursos invertidos por las partes, intervinientes y autoridades judiciales en materia probatoria y (iv) de la seguridad jurídica y coherencia puesto que evita la adopción de decisiones contradictorias frente a los mismos hechos.

8.2. En atención a los importantes propósitos que persigue la unidad procesal, debe declararse o aplicarse cuando se encuentren satisfechos los supuestos previstos en la ley, a menos que se configuren las condiciones de ruptura procesal [...].

En materia disciplinaria, la Ley 1952 de 2019, a diferencia de la Ley 734 de 2002, estableció expresamente en su artículo 214 los casos en que es procedente la ruptura de la unidad procesal:

a. Cuando se adelante investigación por una falta disciplinaria en la que hubieren intervenido varios servidores públicos y solamente se identificare uno o algunos de ellos, (...), sin perjuicio de que las actuaciones puedan unificarse posteriormente para proseguir su curso bajo una misma cuerda.

b. Cuando en la comisión de la falta intervenga una persona para cuyo juzgamiento exista fuero constitucional o legal que implique cambio de competencia o que esté atribuido a una jurisdicción especial.

c. Cuando se decrete la nulidad parcial de la actuación procesal que obligue a reponer el trámite en relación con uno de los disciplinados o una o algunas de las faltas atribuidas a un mismo disciplinado.

d. Cuando en la etapa de juzgamiento surjan pruebas sobrevinientes que determinan la posible ocurrencia de otra falta disciplinaria o la vinculación de otra persona en calidad de disciplinado, evento en el cual se ordenará expedir copias de las pruebas pertinentes para iniciar la nueva acción en expediente separado.

e. Cuando en la etapa de juzgamiento se verifique la confesión de una de las faltas o de uno de los disciplinados, evento en el cual se continuará el juzgamiento por las demás faltas o disciplinados en actuación separada.

En estos eventos se remitirán las copias respectivas al funcionario que sea competente para conocer la nueva actuación, quien deberá asumirla en el estado en el que haya sido ordenado, mientras que la actuación que venía en curso continuará con su trámite ordinario respectivo.

35

¿Cuáles son los criterios de orden sustancial que deben tenerse en cuenta para ordenar la suspensión provisional?

De conformidad con el artículo 217 del Código General Disciplinario, son tres las situaciones que hacen procedente el decreto de la medida de suspensión provisional:

- a)** Que la permanencia en el cargo, función o servicio público posibilite la interferencia del autor de la falta en el trámite de la investigación.
- b)** Que la permanencia en el cargo, función o servicio público permita que el autor continúe cometiendo la falta.
- c)** Que la permanencia en el cargo, función o servicio público permita que el autor reitere la falta.

Cabe señalar que deben existir serios elementos de juicio que permitan evidenciar estas situaciones.

Sobre el particular, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-086 de 2019, señaló que esta medida no es discrecional sino reglada, sometida a estrictos presupuestos o condiciones objetivas, relativas a que a) el servidor público debe estar en el ejercicio de un cargo, función o servicio; b) sobre el cual recae el inicio de una investigación disciplinaria o se adelanta un juicio disciplinario; c) debe tratarse de la comisión de una falta gravísima o grave, y d) deben existir serios elementos de juicio sobre la configuración de alguna de las tres circunstancias enunciadas anteriormente. Además, la Corte precisó:

Para suspender provisionalmente al servidor público en el proceso disciplinario se debe respetar una serie de garantías, a saber: 1) la de que la decisión debe estar motivada,

esto es, fundarse en la existencia y verificación de los antedichos presupuestos o condiciones objetivas, en especial en el de que existan serios elementos de juicio; 2) la de que la suspensión debe ser temporal, tanto en lo que se refiere a la decisión inicial como a sus eventuales prórrogas, sin llegar a superar en cada evento los tres meses; 3) la de que la medida debe ser necesaria, es decir, sólo puede mantenerse en la medida en que los referidos presupuestos o condiciones objetivas permanezcan en el tiempo, pues de lo contrario debe ser revocada; y 4) la de que el funcionario que toma la decisión de suspender al servidor público es responsable, en materia disciplinaria, por su decisión

El alto tribunal agregó que la verificación de estos presupuestos o condiciones corresponde a las autoridades disciplinarias, por medio del recurso de reposición o del trámite de consulta, e incluso a las autoridades judiciales, vía acción de tutela, por considerarse el mecanismo de protección idóneo para este propósito.

¿En la inspección disciplinaria se pueden practicar testimonios?

Tanto en la vigencia de las Leyes 200 de 1995 y 734 de 2002, como con la expedición de la Ley 1952 de 2019, reformada con la Ley 2094 de 2021, siempre se ha considerado que durante la inspección disciplinaria sí se pueden practicar las declaraciones que conforme a los principios de conducencia y pertinencia resulten útiles y necesarios para la actuación disciplinaria.

Sin embargo, el cambio normativo que trae el Código General Disciplinario consiste en la mención de que dichas declaraciones deben recogerse en un formulario distinto al acta de inspección.⁶⁴ El profesor Diomedes Yate Chinome, desde el rol de doctrinante y académico,⁶⁵ en uno de sus textos en los que aborda este tipo de temas efectuó la siguiente reflexión en modo de crítica:⁶⁶

No entendemos el efecto útil de que los testimonios se deban recoger en formularios distintos al acta que se deba extender y en la que se describirán los elementos relevantes encontrados, y con mayor razón si para tal efecto se utilizan instrumentos o herramientas tecnológicas como a las que atrás aludimos, los que, en todo caso, se deben recoger y conservar, teniendo en cuenta los procedimientos de cadena de custodia. [Negritas fuera de texto].

64. Código General Disciplinario, artículo 185, inciso segundo.

65. A la fecha de elaboración de estas reflexiones, el doctor Diomedes Yate Chinome también ejerce el cargo de procurador delegado de la Sala Disciplinaria de Instrucción.

66. Diomedes Yate Chinome. Del régimen de las pruebas y de las nulidades en el nuevo Código General Disciplinario. Editorial Ibáñez. Bogotá. 2021. p. 215.

Desde la perspectiva institucional académica, sí encontramos el efecto útil de esta norma, el cual no es otro que el deber de proteger el principio de la reserva de la actuación disciplinaria.⁶⁷ En efecto, si la regla a aplicar es que en la dependencia, institución, entidad, empresa, o en cualquier otro sitio en donde se deba practicar la inspección disciplinaria, se deja una copia del acta que sirve como constancia, la entrega de dicho documento en nada afecta la reserva de la actuación porque la inspección disciplinaria tiene una naturaleza descriptiva sobre el estado de cosas, lugares, bienes y otros efectos materiales.

En cambio, el testimonio consiste en la narración que un tercero le hace al juez o a la respectiva autoridad. Allí, entonces, no es de la incumbencia de quien atiende la diligencia de inspección disciplinaria conocer lo que dice un testigo, ni tampoco debe quedar en el acta-documento que se dejará en el respectivo lugar- aquellos relatos que se hacen bajo la gravedad del juramento por quien eventualmente atiende la visita.

Para reafirmar que desde el punto de vista material una cosa es el acta de inspección disciplinaria y otra el testimonio, compartimos el criterio expuesto por el mismo autor Diomedes Yate Chinome, quien limita el acta a dar fe de lo sucedido, de lo recogido o aportado.⁶⁸

El testimonio, por su parte, corresponde a un relato de un tercero quien puede verse cohibido al dejar su narración en un

67. «ARTÍCULO 115. RESERVA DE LA ACTUACIÓN DISCIPLINARIA. En el procedimiento disciplinario las actuaciones disciplinarias serán reservadas hasta cuando se cite a audiencia y se formule pliego de cargos o se emita la providencia que ordene el archivo definitivo, sin perjuicio de los derechos de los sujetos procesales.

El disciplinado estará obligado a guardar la reserva de las pruebas que por disposición de la Constitución o la ley tengan dicha condición».

68. *Ibidem*, Diomedes Yate Chinome, p. 214.

documento al que personas distintas a la autoridad disciplinaria o sujetos procesales pueden tener acceso. Un testimonio recaudado en estas condiciones afectaría la espontaneidad, veracidad e integralidad que debe tener una diligencia de declaración, pues, además de la posible intimidación del juramento y de quienes participan en él, el testigo sabrá que su relato puede quedar expuesto sin ningún tipo de confidencialidad, protección y reserva.

37

¿En la inspección disciplinaria se deben aplicar procedimientos de cadena de custodia?

El artículo 185 del Código General Disciplinario desarrolla varias reglas en la forma en cómo se debe practicar la inspección disciplinaria y una de ellas, en un modo imperativo, es la siguiente: «Los elementos probatorios útiles se recogerán y conservarán teniendo en cuenta los procedimientos de cadena de custodia».⁶⁹

Conforme a dicha redacción, algunas preguntas que pueden surgir son las siguientes: ¿todos los elementos probatorios útiles que se recojan en una actuación deben entonces someterse a los procedimientos de cadena de custodia? ¿Cómo se aplican los procedimientos de cadena de custodia? ¿Si no se aplicaron los procedimientos de cadena de custodia, las pruebas obtenidas son inexistentes?

La mejor forma de resolver estos interrogantes es considerar que la regla relacionada con la recolección y conservación de los elementos probatorios útiles a través de la cadena de custodia es solamente aplicable a aquellos objetos que puedan perder la capacidad demostrativa por afectarse el principio de la mismidad de la prueba.

69. Código General Disciplinario, artículo 185.

70. Fiscalía General de la Nación. (2018). Manual del Sistema de Cadena de Custodia. En la aprobación de esta manual participaron el fiscal general de la nación, en su condición de presidente del Consejo Nacional de Policía Judicial, el procurador general de la nación, el contralor general de la república, el director de la Policía Nacional y el director general del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. Puede consultarse en el siguiente enlace: [//efaidnbmnnnibp-cajpcglclefindmkaj/https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/MANUAL-DEL-SISTEMA-DE-CADENA-DE-CUSTODIA.pdf](https://efaidnbmnnnibp-cajpcglclefindmkaj/https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/MANUAL-DEL-SISTEMA-DE-CADENA-DE-CUSTODIA.pdf)

Según el Manual del Sistema de Cadena de Custodia,⁷⁰ la capacidad demostrativa de un elemento material de prueba alude a la «[c]ualidad o aptitud de un EMP [elemento material de prueba] y EF [evidencia física], que al ser desarrollada mediante el análisis técnico o Científico, aporta información con vocación probatoria». De esa manera, la capacidad demostrativa se perdería por las siguientes circunstancias:⁷¹

- Por análisis técnicos o científicos cuando sobre el mismo elemento no procede un mismo re análisis. Por ejemplo, prendas sobre las que se realizó análisis de residuos de disparo para rango de distancia de disparo, u objetos sobre los cuales se realizó extracción de estupefacientes ocultos.
- Por su naturaleza con el paso del tiempo. Por ejemplo, las muestras biológicas para análisis toxicológicos.

Como puede observarse, las reglas y protocolos relacionados con la cadena de custodia se deben circunscribir al hallazgo, recolección, embalaje, transporte, análisis y almacenamiento de los elementos materiales probatorios y evidencia física (EMP y EF), con el fin de garantizar su autenticidad y capacidad demostrativa, mientras que la autoridad competente ordena su disposición final.⁷²

Por tanto, ¿necesitarían de cadena de custodia los documentos relacionados con el trámite de un contrato estatal? ¿Los actos administrativos mediante los cuales se adoptó determinada decisión? ¿La copia de los libros y de las minutas que estén en una dependencia? ¿Las actas de reuniones de juntas directivas? ¿Los demás archivos, cartillas e información que reposen en los respectivos sistemas de información?

71. *Ibidem.*

72. *Ibidem.*

En ningún caso. De hecho, nos inclinamos por señalar que, en la mayoría de las ocasiones, los documentos e informaciones que se obtienen en una inspección disciplinaria no necesitan de la aplicación de las reglas del Manual del Sistema de Cadena de Custodia. Sí se requerirá la aplicación de estos protocolos en materia de documentos, cuando estos se reputen falsos, enmendados, adulterados o destruidos y sobre los cuales puedan generarse dudas sobre los realmente hallados en la respectiva escena, dependencia o entidad. Lo mismo puede ocurrir con los dispositivos tecnológicos en los que se almacena cierta información, la cual no debe ponerse en riesgo de su real contenido. De similar manera, cuando en materias específicas como violaciones de derechos humanos se hayan encontrado elementos, huellas, vestigios o demás objetos que den cuenta de la posible realización de un delito y por contera de la realización de una falta disciplinaria.

El aspecto más significativo del tema que aquí se aborda es comprender que la cadena de custodia no es una prueba en sí misma, sino un medio a través del cual se persigue proteger la mismidad de aquellos elementos probatorios que lo requieran.

El Consejo de Estado ha efectuado algunas consideraciones importantes en este sentido:⁷³

[...] la finalidad de la cadena de custodia es garantizar la autenticidad de los elementos materiales probatorios y evidencias físicas que se pretenden hacer valer en el marco de un proceso penal. Este instrumento permite la conservación y mismidad del elemento material probatorio o evidencia física que se recolecta en la fase de investigación y que fiscal llevará ante el juez en la etapa del juicio oral.

73. Consejo de Estado. Sentencia del 16 de abril de 2020. C.P. William Hernández Gómez. Radicado: 25000-23-42-000-2016-00501-01 (3909-2018).

[...]

De las consideraciones expuestas, es dable concluir que la cadena de custodia no es una prueba, sino un instrumento diseñado para garantizar la autenticidad del elemento probatorio o la evidencia física en el proceso penal. En cuanto a las irregularidades que se presenten en su trámite, la Sala destaca que no se afecta la legalidad de las pruebas, sino el valor que estas puedan tener en el proceso de convicción del fallador. Por lo mismo, la Corte ha señalado que «cuando no se aplica la cadena de custodia no se está afectando el debido proceso, sino que se reduce el mérito probatorio específico del elemento material probatorio, el cual podrá acreditarse a través de otros mecanismos, aunque en ese evento su eficacia probatoria deberá evaluarse por el juez en cada caso concreto» [...]

En lo que toca al proceso disciplinario, la cadena de custodia no tiene regulación legal porque en principio se trata de un instrumento que es propio del proceso penal y que, en principio no se compadece con la naturaleza del proceso disciplinario. Sin embargo, ello no obsta para que a este proceso se trasladen, alleguen o practiquen pruebas sobre las cuales los funcionarios competentes pueden cumplir con dicho procedimiento para su garantizar su autenticidad o asegurar su conservación. [sic]

No obstante, si en el proceso disciplinario, por diversas circunstancias, no es necesario aplicar dichos procedimientos, serán otras pruebas las que se encarguen de demostrar la realización de la conducta y la responsabilidad disciplinaria.

Nótese que esta sentencia fue proferida cuando no había sido expedido el Código General Disciplinario, estatuto que ahora sí establece la necesidad de implementar los protocolos de

cadena de custodia. Sin embargo, lo expuesto en dicha providencia es completamente aplicable, porque la mayoría de los documentos, objetos y elementos que pueden obtenerse en una inspección disciplinaria, no ofrecen dudas acerca de su mismidad por estar en su mayoría en sistemas de información pública cuya accesibilidad debe ser permanente.

¿Pueden aceptarse como válidos aquellos documentos que se allegan a la actuación una vez vencido los plazos de investigación?

Los documentos que se alleguen a la actuación disciplinaria cuando ha vencido el plazo de investigación sí pueden aceptarse como válidos, siempre y cuando hayan sido decretados y practicados en el término de la respectiva etapa procesal.

En lo que concierne a la prueba documental, una de las formas de agotarse dicho medio de prueba es a través de la orden de solicitud de documentos,⁷⁴ lo que se materializa a través de una comunicación elaborada por la autoridad disciplinaria o su comisionado, la cual es dirigida al representante legal de la persona jurídica, pública o privada quien tiene la respectiva información.⁷⁵

Para respetar el ejercicio del derecho de contradicción y defensa, la autoridad disciplinaria debe decretar la prueba y practicarla en el plazo previsto en cada etapa procesal. Allí los sujetos procesales podrán saber qué fue lo que hizo la autoridad en los plazos previstos. Sin embargo, la respuesta a esa solicitud, sin perjuicio de la obligación que les asiste y sus consecuencias legales por incumplimiento, es un asunto que no depende de la voluntad de la autoridad disciplinaria y sus funcionarios encargados de la práctica de las pruebas.

En ese escenario, los sujetos procesales tendrán como expectativa legítima que no se practicarán más pruebas porque la etapa procesal ha vencido. No obstante, por haber sido informados del contenido de las decisiones en que se ordena la

74. Código General Disciplinario, artículo 189, inciso segundo.

75. Ibidem.

práctica de pruebas, conocerán que existen solicitudes que están pendientes de ser respondidas y que ellas pueden arribar al proceso, aun cuando los plazos investigativos hayan culminado. ¿Puede ello entonces considerarse como alguna situación irregular de orden sustancial? Nuestro criterio es que no puede serlo porque basta que los sujetos procesales revisen en el expediente para saber que hasta el último momento de la investigación puede utilizarse para «practicar» la prueba documental.

Un asunto diferente es el recibir la información producto de esa práctica de prueba documental, la que se repite no depende de la autoridad disciplinaria encargada de practicar la prueba. Si así no se comprendiera, la actuación disciplinaria y concretamente la práctica probatoria tendrían una dificultad mucho mayor, la cual radicaría en calcular los tiempos de respuesta de las diferentes autoridades, para que estas llegaran antes del vencimiento del plazo de investigación. Empero, pueden presentarse solicitudes de prórroga de respuesta, informaciones parciales, incumplimientos en los términos, olvidos, descuidos y dificultades en el trámite de la correspondencia.

Por tanto, si toda esta suerte de situaciones y dificultades se trasladara a la autoridad disciplinaria, los plazos efectivos de investigación se menguarían y se crearían traumatismos en el trámite de las investigaciones. Así las cosas, basta que los sujetos procesales sepan qué pruebas se decretaron y que revisen cuales se alcanzaron a solicitar dentro de los plazos previstos. Con ello, la carga de los sujetos procesales consistirá en verificar qué respuestas se allegan al proceso, con la expectativa razonable de que puedan ejercer el derecho de contradicción y defensa respecto de la documentación allegada en las diferentes etapas del proceso.

¿Los documentos que se alleguen o reciban en la actuación disciplinaria deben ser objeto de traslado?

El documento es un medio de prueba que al proceso disciplinario puede allegarse por distintos mecanismos:

- Por la incorporación material que se hace respecto de los documentos que son allegados con la queja, el informe de servidor público o de las verificaciones que hace la autoridad disciplinaria al momento de evaluar el inicio de la actuación disciplinaria.
- Por la solicitud que hace el funcionario instructor, previo el decreto de dicha prueba.
- A través de la inspección disciplinaria que se decreta y practica por el funcionario comisionado.
- A través de la prueba trasladada.

Consideramos que, en todos los anteriores eventos, con excepción de una sola situación que referiremos más adelante, no existe la obligación de hacer un traslado a los sujetos procesales para poner en conocimiento estos medios de prueba.

En la primera situación, lo que debe hacer la autoridad disciplinaria es, en el auto de indagación previa o investigación disciplinaria, poner de presente que con la queja o el informe de servidor público se han allegado determinados documentos y que estos serán apreciados en el momento procesal que corresponda, conforme a las reglas de la sana crítica, según lo preceptuado en el inciso segundo del artículo 187 del Código General Disciplinario.

Algo similar ocurre cuando la autoridad disciplinaria, al momento de evaluar la inconformidad o la noticia, decide verificar algunas fuentes de información como los sistemas de contratación pública, la página de la Rama Judicial o cualquier otra base de datos a la cual se tenga acceso. En dichos eventos, lo recomendable es hacer alusión a la consulta y para una mayor precisión se dejará una copia del registro de esa verificación en el expediente.

En la segunda hipótesis, la prueba decretada se agota o se practica con la solicitud por escrito o a través de correo electrónico que hace el funcionario instructor a la persona jurídica, pública o privada, que tenga la información. De esa manera, el derecho de contradicción y defensa se satisface con saber que dicha prueba está contemplada desde el comienzo de la actuación o desde el momento en que lo ordene una providencia posterior. Por ello, tanto la autoridad disciplinaria como los sujetos procesales esperarán a que se allegue la información solicitada. En el caso del disciplinado y su defensor, estos tendrán la responsabilidad de conocer el contenido de dicha información, con la condición de que exista un momento procesal razonable para poder ejercer el derecho de contradicción y defensa.

En la tercera variante, podría decirse que la inspección disciplinaria se convierte en un medio para lograr recaudar la prueba documental. En dicho caso, no hay necesidad de dar un traslado formal porque los sujetos procesales han conocido de forma previa del decreto de dicha prueba y que pueden participar en ella. Dado, entonces, que los sujetos procesales pueden conocer de la incorporación de dichos documentos, no es necesario efectuar un traslado formal de un documento sobre el cual se conoce la forma en cómo fue ingresado a la actuación. Incluso, si los sujetos procesales no llegaren a asistir a dicha diligencia, el derecho de contradicción y defensa queda a salvo, por cuanto de la inspección disciplinaria

se debe extender un acta en la cual se deja constancia de los documentos que fueron obtenidos.⁷⁶

En la cuarta y última posibilidad, la prueba trasladada es un instrumento que permite que las pruebas practicadas válidamente en una actuación judicial o administrativa, dentro o fuera del país, puedan trasladarse a la actuación disciplinaria mediante copias autorizadas por el respectivo funcionario.⁷⁷ A título ilustrativo, pueden ser trasladadas las pruebas en un proceso de carácter civil, laboral o de familia, para significar aquellas actuaciones judiciales. Por su parte, pueden trasladarse las pruebas que obren en una actuación disciplinaria a cargo de una autoridad diferente, las que reposen en una actuación a cargo de alguna superintendencia u otras que obren en procesos a cargo de distintos organismos de control, como la Contraloría General de la República. Esto último permite significar aquellas pruebas que pertenecen a la especie de actuaciones administrativas.

Así las cosas, consideramos que en las situaciones anteriormente descritas no es necesario el traslado formal, siempre y cuando haya existido una decisión que haya decretado esa prueba trasladada, con el fin de que se pueda ejercer el derecho de contradicción y defensa.

Sin embargo, en la enunciación que se hizo omitimos intencionalmente el caso de los elementos materiales de prueba o evidencias que la Fiscalía General de la Nación haya descubierto con la presentación del escrito de acusación en el proceso penal, aun cuando ellos no hayan sido introducidos y controvertidos en la audiencia del juicio y no tengan por consiguiente la calidad de pruebas. La razón de ello radica en que este es el único evento en que sí es obligatorio efectuar

76. Código General Disciplinario, artículo 185.

77. Código General Disciplinario, artículo 154.

un traslado a lo sujetos procesales: «Estos elementos materiales de prueba o evidencias físicas deberán ser sometidos a contradicción dentro del proceso disciplinario».⁷⁸

Además de la obligación expresamente concebida en la norma, consideramos que el solo decreto de la prueba trasladada que tenga por objeto los elementos materiales de prueba o evidencias físicas a cargo de la Fiscalía no es suficiente para que se ejerza el derecho de contradicción y defensa. En efecto, adicional al carácter eminentemente técnico de dichos elementos o evidencias, la estructura del proceso penal hace que aquellos no puedan tener el carácter de prueba. La prueba en el proceso penal solo puede considerarse cuando exista contradicción en la fase del juicio penal.

En ese orden de ideas, todo documento que comporte o contenga un elemento material de prueba o evidencia física que sea objeto de prueba trasladada en el proceso disciplinario, debe ponerse en conocimiento de manera formal a los sujetos procesales para que ejerzan el derecho de contradicción y defensa.⁷⁹

78. Código General Disciplinario, artículo 154, inciso segundo.

79. Consideramos que, conforme a la interpretación analógica, el traslado debe ser por un término de tres (3) días, lapso que está concebido tanto para el informe técnico (que también es una clase de documento) como para el dictamen pericial, según lo señalado en los artículos 180 y 195 del Código General Disciplinario.

¿Se pueden recaudar dos o más testimonios de forma simultánea?

La prueba testimonial tiene como finalidad obtener un relato de un tercero sobre unos hechos en general, aspecto de la mayor trascendencia dentro de cualquier actuación judicial o administrativa, al punto que la persona que lo rinde de forma irregular, esto es, que «falte a la verdad o la calle total o parcialmente», incurrirá en el delito de falso testimonio.⁸⁰

Por ello, en las legislaciones de corte sancionatorio,⁸¹ incluido el derecho disciplinario,⁸² el funcionario que recauda el testimonio debe amonestar al testigo sobre «la importancia moral y legal» que ese acto acarrea, advirtiéndole de las consecuencias en que puede incurrir de no cumplir con dicho deber legal. La importancia legal está reflejada en la posibilidad de que el sujeto incurra en el delito de falso testimonio. Sin embargo, la pregunta que surge es la siguiente: ¿cuál es la importancia moral de dicho acto?

Para nosotros, la importancia moral radica en que el testimonio debe estar acorde con los fines y finalidades del proceso disciplinario, los cuales son la prevalencia de la justicia, la efectividad del derecho sustantivo, la búsqueda de la verdad material y el cumplimiento de los derechos y garantías debidos a las personas que en él intervienen.⁸³ No solo debe

80. Código Penal colombiano, artículo 442.

81. Artículo 389 de la Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal aplicable por regla general, conforme al sistema penal acusatorio) y artículo 269 de la Ley 600 de 2000 (Código de Procedimiento Penal aplicable de forma excepcional, con tendencia inquisitiva). Aquí cabe recordar que conforme a la Sentencia C-545 de 2008 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla) puede hablarse de la coexistencia de dos códigos de procedimiento penal.

resaltarse la sola consecuencia adversa de quien declara en esas condiciones, sino los efectos nocivos de un falso testimonio para los intereses de la misma sociedad.

En consecuencia, tanto el legislador como la respectiva autoridad, que en nombre del Estado recibe un testimonio, debe hacer todo lo que esté a su alcance para lograr que el testigo haga un relato espontáneo, verídico y lo más preciso posible conforme a la realidad de aquello que se presenció o incluso en aquello que directamente participó.⁸⁴

La norma disciplinaria, en concordancia con lo señalado para el proceso penal,⁸⁵ tiene una expresa disposición del siguiente tenor:

ARTÍCULO 172. EXAMEN SEPARADO DE TESTIGOS. Los testigos serán interrogados separadamente, de tal manera que no puedan saber ni escuchar las declaraciones de quienes les preceden.

Consideramos que esta regla está en consonancia con los fines y finalidades del proceso disciplinario que advertimos de forma precedente, pues la narración de un testigo puede afectar la sinceridad de otro declarante, dado que evaluará los riesgos de decir la verdad o, lo que es mucho más grave, anticipar el nivel de riesgo de decidir deformar la realidad de

82. Código General Disciplinario, artículo 168.

83. Código General Disciplinario, artículo 11.

84. «No es necesario que el testigo sea extraño a los hechos sobre los cuales declara. Es admisible, y así lo considera la doctrina dominante, que pueda declarar sobre hechos que ha realizado personalmente. Puede, por ejemplo, relatar que el contrato que celebró con una persona inicialmente pensaba celebrarlo con otra, o que sirvió de contacto para la realización de este, etc.». Jairo Parra Quijano. Manual de derecho probatorio. Décimo sexta edición. Librerías Ediciones del Profesional Ltda. 2008. 284.

85. Artículo 396 de la Ley 906 de 2004 o el artículo 273 de la Ley 600 de 2000, conforme a las observaciones anotadas en forma precedente.

lo que él conoce. Si no se efectúa un examen separado de los testigos podrían aparecer algunos otros factores, como la solidaridad, la adhesión a determinado dicho, el cuestionamiento de lo que dijeron otros, la comparación de las versiones y muchas otras situaciones que pueden afectar la espontaneidad del relato que se pretende obtener.

41

¿Existen reglas especiales para recibir el testimonio en el proceso disciplinario?

La práctica de los testigos en forma separada es una adecuada herramienta para lograr un relato verídico del declarante, pero no es el único instrumento para lograr dicho objetivo.

Para ello, la legislación disciplinaria regula en un artículo los requisitos de práctica del interrogatorio:

ARTÍCULO 175. PRÁCTICA DEL INTERROGATORIO. La recepción del testimonio se sujetará a las siguientes reglas:

- 1.** Presente e identificado el testigo, el funcionario lo amonestará y le tomará el juramento, lo interrogará sobre sus condiciones civiles, personales y sobre la existencia de parentesco o relación con el disciplinable, cumplido lo cual le advertirá sobre las excepciones al deber de declarar.
- 2.** El funcionario le informará sucintamente al testigo acerca de los hechos objeto de la declaración y le solicitará que haga un relato de cuanto le conste sobre los mismos. Terminado este, se formularán las preguntas complementarias o aclaratorias necesarias.

Cumplido lo anterior, se les permitirá a los sujetos procesales interrogar.

Las respuestas se registrarán textualmente. El funcionario deberá requerir al testigo para que sus respuestas se limiten a los hechos que tengan relación con el objeto de la investigación.

Los apartes que han sido resaltados corresponden a las principales reglas mediante las cuales se debe regir el testimonio y sobre las cuales vale la pena efectuar algunas consideraciones.

En primer lugar, el testimonio tiene como requisito legal esencial el juramento, regla que apunta a desarrollar el principio de eficacia de la prueba, pues con esta solemnidad podría lograrse un compromiso de fidelidad y de respeto por parte del sujeto para que lo que exprese sea acorde a la verdad.

Desde luego, el juramento no garantiza que la persona siempre ofrezca un testimonio acorde a la verdad, pero es posible que ese objetivo se logre en la mayor medida de lo posible, por cuanto la persona a) sabe que está bajo la gravedad del juramento; b) que incumplirlo puede hacerlo incurrir en el delito de falso testimonio, y c) que puede resultar comprometida su misma honorabilidad. Es un acto solemne que además de ser un requisito esencial del testimonio siempre debe hacerse con todo el rigor por parte de la autoridad disciplinaria.⁸⁶

En segundo lugar, además de las condiciones civiles y personales como su estado civil, su profesión, domicilio, sitio de residencia y datos relacionados con su contacto, es indispensable saber y dejar constancia de ello sobre un eventual parentesco o relación con quienes son investigados. Sabemos de la importancia de analizar con mayor rigor el testigo sospechoso, pero en muchas ocasiones para saber si estamos ante esta clase de testigo necesitamos que el mismo sujeto explique cuál es el alcance de la relación o proximidad con el sujeto procesal.

Así, por ejemplo, la excepción al deber de rendir testimonio está en la garantía de no ser obligado a declarar contra sí mismo, contra su cónyuge, compañero permanente o parientes

dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil. Sin embargo, dicha garantía no está dada contra sus socios de hecho o de derecho. ¿Puede entonces tener validez esta prueba testimonial? Desde luego que sí, pero ocurre que, al momento de valorarse este testimonio, deben tenerse en cuenta estas circunstancias que en la mayoría de las ocasiones se saben al momento de desarrollarse esta segunda regla de práctica del interrogatorio.

En tercer lugar, para lograr el principio de la eficacia de la prueba podríamos señalar que existe un subprincipio relacionado con la espontaneidad del relato del testigo. Este mandato de optimización se puede lograr a través de la regla que indica que, luego de informarle de forma sucinta al testigo de los hechos que le interesan al proceso, se le requiere para que haga un relato en cuanto le conste acerca de estos hechos. Allí entonces el sujeto narrará lo que a él le conste, aspecto que en mayoría de ocasiones se logra a través de una descripción cronológica de los hechos. Por ello, la norma prevé que, terminado ese relato, lo que procede son algunas

86. En un buen número de casos, la toma del juramento se hace sin la formalidad o solemnidad requeridos. Por ejemplo, se incrusta en el formato de la diligencia dicha constancia, pero sin que materialmente se le haga las advertencias y las amonestaciones a la persona que va a declarar. Frente a ello consideramos que debe existir la mayor solemnidad posible: por ejemplo, como primera medida, es muy acorde hacerle una explicación completa, sucinta y muy clara sobre la importancia moral y legal del acto de rendir testimonio; posteriormente, hacerle saber sobre su derecho de no autoincriminación y de las excepciones contenidas en el artículo 33 de la Constitución Política de Colombia. Después de ello, invitarlo a ponerse de pie, a que levante su mano y a reafirmarle la amonestación del juramento en el siguiente sentido: «habiendo sido claras las advertencias sobre la importancia legal y moral del acto de declarar y de las implicaciones legales de incurrir en el delito de falso testimonio, ¿jura usted decir la verdad en el testimonio que usted va a rendir?». Este ejemplo, que contiene lo esencial de la toma de juramento, sirve para que el sujeto adquiriera vía solemnidad un compromiso mayor con su narración. Es posible que en algunos casos la persona haya estado predispuesta a no ser totalmente sincera, pero que con una solemnidad de estas decline en el intento o que por lo menos sepa el riesgo que corre de no cumplir con su deber legal.

preguntas complementarias o aclaratorias que resulten necesarias.

En cuarto lugar, relacionado con el principio de contradicción de la prueba, aparece en escena la regla que permite a los sujetos procesales a interrogar el testigo. Esta actividad de interrogar se soporta esencialmente sobre aquellos hechos que narró el testigo. Por supuesto, es posible que en algunas ocasiones tengamos una narración inicial muy precaria y que producto del interrogatorio de los sujetos procesales se logre un recuento más completo de los hechos sucedidos. Lo importante de una u otra situación es que el testigo entregue el relato más claro, completo y detallado posible, con el fin de que de forma posterior se logre una adecuada valoración integral con los demás medios probatorios.

En quinto y último lugar, con el fin de lograr el principio de eficacia de la prueba y de la búsqueda de la verdad real, la norma preceptúa una facultad que podríamos denominarla como la regla de la corrección, la cual consiste en la habilitación legal que tiene el funcionario comisionado para requerir al testigo para que sus respuestas se limiten a los hechos que tengan relación con el objeto de la investigación. Una narración que desborde o sobrepase los hechos que le interesan al proceso no solo puede adolecer del defecto de la impertinencia, sino además puede afectar el recaudo del medio probatorio y, muy especialmente, del efectivo derecho de contradicción y defensa. Si esta facultad no se usa adecuadamente, el testigo puede entender de forma incorrecta que está habilitado para formular opiniones o conclusiones, omitiendo el verdadero deber de informar lo que le conste acerca de los hechos.

¿Contra los informes técnicos procede la objeción por error grave?

Mucho se discute sobre la naturaleza del informe técnico. Algunos se inclinan por afirmar que es una clase de prueba documental, dado que está regulada dentro del capítulo de documentos.⁸⁷ Otros consideran que el informe técnico es mucho más que un documento, ya que la información a suministrar se soporta en unos datos que aparecen registrados en sus libros o archivos. Además, en algunos casos existen mayores puntos de encuentro entre el informe técnico y la prueba pericial, por lo cual siempre ha surgido la necesidad de delimitar el alcance y las diferencias de estos dos medios de prueba.⁸⁸

Al margen de su naturaleza, lo cierto es que el informe técnico debe ser objeto de traslado, aspecto que lo hace diferente a la prueba documental. Por su parte, la consecuencia de este traslado se materializa en la posibilidad que tienen los sujetos procesales para que puedan solicitar aclaraciones o complementaciones, cuestión que se constituye en una segunda diferencia con la prueba documental. La tercera característica del informe técnico relacionada con su traslado es la expresa indicación de que no es procedente la objeción por error grave.

Las tres características relacionadas con el traslado, en la que se incluye el objeto del interrogante, están contenidas en una sola norma en el Código General Disciplinario:

87. Hace parte del título VI Pruebas, capítulo V, denominado Documentos.

88. Al respecto, puede consultarse el concepto C-215 del 17 de marzo de 2023 proferido por la Procuraduría Auxiliar para Asuntos Disciplinarios.

ARTÍCULO 195. TRASLADO. Los informes se pondrán en conocimiento de las partes por el término de tres (3) días para que se puedan solicitar aclaraciones o complementaciones. Respecto de estos no procede la objeción por error grave.

La pregunta y las anotaciones efectuadas sirven para afirmar la diferencia entre la prueba documental y el informe técnico. Podríamos señalar, incluso, que todo informe técnico es una prueba documental, pero que no toda prueba documental es un informe técnico. En todo caso, debemos recordar que el informe técnico tiene una relativa formalidad, pues estos se rinden bajo juramento, deben ser motivados y debe hacer una explicación que se funde en el origen de los datos que se están suministrando.⁸⁹

Ahora bien, las diferencias entre el informe técnico y el dictamen pericial pudieren clasificarse en tres categorías: diferencias entre el objeto de prueba, diferencias en la forma en cómo se produce la prueba y diferencias en la manera en que se puede ejercer el derecho de contradicción y defensa.

En cuando el objeto de prueba, mientras que el informe técnico se debe soportar en datos o libros que reposen en diferentes entidades, el dictamen pericial se basa en un objeto de prueba delimitado y específico: por ejemplo, en si un determinado servidor público incrementó o no su patrimonio; si en una construcción se emplearon los materiales contenidos en los estudios; si hubo o no sobrecostos en una compra; si el proyectil hallado en el cuerpo del occiso fue disparado con el arma incautada, la hallada en la escena o con otra; si determinada firma es de un determinado servidor público o no.

89. Código General Disciplinario, artículo 194.

En la forma en cómo se produce la prueba, es claro que el dictamen pericial es mucho más solemne y reglado que la elaboración de un informe técnico. En la prueba pericial existen peritos, los cuales están sometidos a un régimen de impedimentos y recusaciones;⁹⁰ estos deben posesionarse, previa acreditación de su idoneidad y experiencia, y para la práctica de dicha prueba el perito procede a efectuar un examen de los elementos sometidos a estudio dentro del contexto de cada caso.⁹¹

Derivado de lo anterior, la tercera diferencia radica en la forma en que se ejerce el derecho de contradicción y defensa. En efecto, mientras en el informe técnico solo son procedentes las aclaraciones o complementaciones, en el dictamen pericial pueden hacerse estas dos actividades y una muy especial que consiste en la objeción por error grave.

Esta diferencia tiene sentido porque entre más profundo y especializado sea el examen mayores posibilidades existen de efectuar reparos frente a las conclusiones que se alcancen en cada medio de prueba. En resumen, si el informe técnico se basa en una serie de datos, bastarían entonces las aclaraciones y complementaciones. Pero si estamos frente a un estudio, con unas conclusiones basadas en una experticia y metodología, las simples aclaraciones y complementaciones podrían no ser suficientes. Por ello, dado que el dictamen es el resultado de un obrar humano pueden anteponerse razones de fondo que tienden a cuestionar los resultados de dicha experticia. Así las cosas, esta es la razón para decir por qué no es procedente la objeción por error grave respecto del informe técnico, pero sí del dictamen pericial.

90. Código General Disciplinario, artículo 178.

91. Código General Disciplinario, artículo 179.

43

¿Durante la práctica del dictamen pericial es necesaria la presencia de los sujetos procesales?

El dictamen pericial en el proceso disciplinario es uno de los medios probatorios que tiene una extensa regulación. Para ello, podríamos enunciar las principales características de esta prueba:⁹²

- Su objeto consiste en que un experto preste su conocimiento en términos técnicos, científicos o artísticos.
- Lo puede presentar un servidor público o particular que acredite conocimiento y experiencia en el tema objeto de prueba.
- Los peritos están sometidos al mismo régimen de impedimentos y recusaciones para la autoridad disciplinaria.
- El perito debe posesionarse y confirmar que tiene los conocimientos necesarios para rendir el dictamen.
- El perito deberá examinar los elementos sometidos a su estudio dentro del contexto de cada caso. Para ello el funcionario competente aportará la información necesaria y oportuna.
- El perito deberá examinar los elementos sometidos a su estudio dentro del contexto de cada caso.

92. Conforme a la regulación contenida en ellos, artículos 177 a 184 del Código General Disciplinario.

- El dictamen debe ser presentado de forma motivada y bajo juramento.
- El dictamen debe ser claro, conciso y preciso. En él se explicarán, además de la metodología empleada para alcanzar la conclusión, los exámenes, experimentos e investigaciones efectuados, lo mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de las conclusiones.
- El dictamen debe ser puesto en conocimiento de los sujetos procesales
- Contra el dictamen pueden pedirse aclaraciones, complementaciones y adiciones.
- Los dictámenes pueden ser objetados por error grave.

Las particularidades de esta prueba pueden resumirse en el carácter histórico y técnico científico que sobresalen de las demás, por lo cual podría pensarse que en su producción debería permitirse la participación de los sujetos procesales para satisfacer en mayor medida el derecho de contradicción y defensa. Sin embargo, la forma adecuada de ejercer este derecho se logra con la posibilidad de solicitar las aclaraciones, complementaciones y adiciones y de objetarlo una vez se conozca el dictamen, el cual debe tener las condiciones de completud y pertinencia con lo que fue ordenado.

En consecuencia, no es posible la participación de los sujetos procesales en la práctica de dicha prueba, como sí ocurre con otras de carácter histórico, entre ellas la inspección disciplinaria o la prueba testimonial. De hecho, dada la metodología, la motivación y las conclusiones del dictamen, la participación de los sujetos procesales sería extraña y podría ser perjudicial para que se logre el objetivo de dicha prueba. Es por ello que en la norma que se regula este medio de prueba se

establece de forma expresa que en su práctica «no es necesaria la presencia de los sujetos procesales»⁹³ y que estos podrán controvertirla «una vez concedido el traslado».⁹⁴

93. Código General Disciplinario, artículo 179.

94. *Ibidem*.

¿Qué sucede si un sujeto procesal solicita aclaración, otro la ampliación y uno más presenta una objeción por error grave?

La pregunta parte de una situación que se caracteriza por la concurrencia de varios sujetos procesales en la actuación disciplinaria. Piénsese que, en determinado proceso, una vez entregado el dictamen pericial y puesto en conocimiento de aquellos, se presente una situación como la siguiente: un disciplinado solicita la aclaración sobre si determinada motivación puede considerarse como una conclusión, dado que esta no se incluyó en el aparte correspondiente; otro sujeto puede requerir que el dictamen aborde un interrogante que no se respondió, y un tercero decide objetar el dictamen por error grave. Ante los varios problemas que el ejemplo trae y las diversas soluciones que serían plausibles, el inciso tercero del artículo 180 del Código General Disciplinario ofrece la respectiva regulación:

Los dictámenes podrán ser objetados por error grave. En caso de concurrencia de solicitudes provenientes de distintos sujetos procesales, en las que se objete el dictamen o se pida su aclaración, ampliación o adición, se resolverá primero la objeción.

El fundamento para que deba resolverse en primer lugar la objeción obedece a que la aceptación de dicha manifestación tiene como consecuencia la designación de otro perito que debe emitir su dictamen de la misma forma en que fue decretado el primero. En esa situación, una de las posibilidades que se puede presentar cuando se ordena el segundo dictamen es que prospere la objeción, evento en el cual la autoridad puede acoger el segundo peritazgo o decide decretar un tercer dictamen de oficio. Así las cosas, en la eventualidad de

que se acoja el segundo dictamen como prueba de la objeción, la resolución de las solicitudes de aclaración o complementación de un dictamen cuestionado por error grave ya no serían necesarias.

Aquí vale la pena anotar que no cualquier situación puede considerarse «error grave». Al respecto, debe tratarse de un equívoco manifiesto, esto es, aquel error que:

(...) tiene la característica de ir en contra de la naturaleza de las cosas o la esencia de las atribuciones, como cuando se afirma que un objeto o persona tiene determinada peculiaridad y resulta que tal cualidad no existe; o en tener por blanco lo que es negro o rosado.⁹⁵

Por su parte, conviene precisar que la detección de un error grave de un peritazgo tiene los siguientes momentos procesales:

- El primero, como aquel que se denomina «aceptación de la objeción», que le corresponde a la autoridad disciplinaria y que es el soporte para tomar la decisión de designar un nuevo perito. En tal forma, tal examen se basa en una plausibilidad o probabilidad razonable de que hay mérito para tramitar la objeción, sin perjuicio del resultado que arroje el segundo dictamen. En otras palabras, se trata de una consideración de la autoridad disciplinaria para habilitar el trámite de la objeción.
- El segundo momento para determinar la objeción por error grave es el que se fundamenta en las conclusiones del nuevo perito y que este sea acogido por la autoridad

95. Jairo Parra Quijano. Ob. cit., basado en una antiquísima sentencia de la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia del 18 de febrero de 1942.

disciplinaria. En este segundo paso -que es complementario con el primero- existen dos elementos concurrentes, pues debe existir tanto la conclusión del dictamen en cuanto que prosperó la objeción como la decisión de la autoridad disciplinaria. Esta aseveración está confirmada en la medida en que puede presentarse la conclusión del segundo dictamen, pero que este no sea acogido por la autoridad que lo ordenó.

- Conforme al último evento mencionado, esto es, que la autoridad disciplinaria decide no acoger el segundo dictamen como prueba de la objeción, se abre una tercera variante y esta consiste en ordenar un tercer dictamen que tampoco será objetable, pero el cual es susceptible de aclaraciones, adiciones o complementaciones.

Lo anterior significa que la única forma de considerar que respecto de un dictamen pericial existió un error grave es que un segundo dictamen así lo haya determinado y que la autoridad disciplinaria acoja ese dictamen como prueba de la objeción. En dicho caso y en términos prácticos, no tendrá valor probatorio el primer dictamen que en resumidas cuentas resultó «derrotado» por las conclusiones del segundo dictamen.

En los demás eventos, no podrá decirse que respecto de determinado dictamen hubo en definitiva un error grave. Sin embargo, conforme a la dinámica de este tipo de prueba, la autoridad disciplinaria al momento de la valoración probatoria podrá enfrentarse a una de las siguientes cuatro situaciones:

- Valorar únicamente el primer dictamen porque la solicitud ni siquiera fue aceptada por la autoridad disciplinaria.⁹⁶

- Valorar los dos dictámenes, escenario en el que a) sí hubo aceptación previa de la autoridad disciplinaria (porque si no hubiese esa aceptación no habría segundo dictamen), y b) que en el segundo dictamen no haya prosperado la objeción. En esta posibilidad la norma dice que «el funcionario apreciará conjuntamente los dictámenes practicados».⁹⁷

- Valorar tres dictámenes, escenario en el que a) sí hubo aceptación previa de la autoridad disciplinaria (porque si no hubiese esa aceptación no habría segundo dictamen); b) que en el segundo dictamen sí haya prosperado la objeción; c) que la autoridad disciplinaria no haya acogido el segundo dictamen como prueba de la objeción, y d) como consecuencia de no haber acogido el segundo dictamen, se ordene la elaboración de un tercer dictamen.

El segundo inciso del artículo 182 del Código General Disciplinario reafirma de forma parcial lo que se acaba de decir:

Si se hubiere practicado un segundo dictamen, este no sustituirá al primero, pero se estimará conjuntamente con él, excepto cuando prospere objeción por error grave.

Mírese entonces que puede darse el siguiente caso en orden cronológico: a) la aceptación del trámite de la objeción; b) la conclusión del segundo peritazgo de que sí prosperó la objeción; c) el no acoger el segundo dictamen como prueba de la objeción, y d) ordenar un tercer dictamen, precisamente porque el segundo no se consideró como prueba de la objeción del primero.

Para esta combinación de eventos, la norma citada es expresa al decir que el segundo dictamen no sustituye al prime-

96. Código General Disciplinario, artículo 179.

97. Código General Disciplinario, artículo 183.

ro, por lo cual deben analizarse ambos dictámenes de forma conjunta. La excepción -se repite- está dada cuando sí ha prosperado la objeción, lo que debe incluir la aceptación de la autoridad disciplinaria, de lo cual puede concluirse que el segundo dictamen sí sustituye al primero.

Con todo, la situación a la que la norma citada no hizo referencia, pero que es perfectamente posible, es cuando se deben apreciar los tres dictámenes periciales. Ello sucede cuando existe discrepancia entre los dos primeros dictámenes, pero que la autoridad disciplinaria no acoge de momento el segundo experticio practicado como prueba de la objeción.

Así las cosas, al haber un tercer dictamen es necesario apreciar los tres estudios elaborados por los diferentes peritos, caso en el que puede, incluso, haber una coincidencia entre el primero y el tercero de dichos dictámenes; igualmente, esa concordancia es predicable entre el segundo y tercer peritazgo. De ese modo, lo que no resultaría lógico es que hubiese una coincidencia entre los tres experticios, pues de ser así se pondría de manifiesto el error en el procedimiento para el trámite de la objeción.

¿En qué consiste la apreciación integral y las reglas de la sana crítica?

La valoración probatoria es una de las actividades más complejas en cualquier actuación judicial y más cuando esta se caracteriza por determinar la responsabilidad de un sujeto con consecuencias adversas como la imposición de una pena o una sanción.

En el caso del proceso disciplinario existen algunas normas que indican cómo debe desarrollarse esta actividad:

Para todas las pruebas en conjunto	Por cada medio de prueba en particular	
ARTÍCULO 159. APRECIACIÓN INTEGRAL DE LAS PRUEBAS. Las pruebas deberán apreciarse conjuntamente, de acuerdo con las reglas de la sana crítica. En toda decisión motivada deberá exponerse razonadamente el mérito de las pruebas en que esta se fundamenta.	Confesión	ARTÍCULO 163. CRITERIOS PARA LA APRECIACIÓN. Para apreciar la confesión y determinar su mérito probatorio, el funcionario competente tendrá en cuenta las reglas de la sana crítica y los criterios para apreciar el testimonio.
	Testimonio	ARTÍCULO 176. CRITERIOS PARA LA APRECIACIÓN DEL TESTIMONIO. Para apreciar el testimonio, el funcionario tendrá en cuenta los principios de la sana crítica y especialmente lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad del sentido o
	Peritación Indicio	

Para todas las pruebas en conjunto	Por cada medio de prueba en particular	
	Testimonio	sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, a la personalidad del declarante, a la forma como hubiere declarado y las singularidades que puedan observarse en el testimonio.
	Peritación	ARTÍCULO 182. APRECIACIÓN DEL DICTAMEN. Al apreciar el dictamen se tendrá en cuenta su solidez, precisión y fundamentación técnico-científica, así como la idoneidad y competencia del perito. El dictamen se apreciará en conjunto con los demás elementos probatorios que obren en el proceso.
	Indicio	Si se hubiere practicado un segundo dictamen, este no sustituirá al primero, pero se estimará conjuntamente con él, excepto cuando prospere objeción por error grave. ARTÍCULO 199. APRECIACIÓN. El funcionario apreciará los indicios en conjunto teniendo en cuenta su gravedad, concordancia y convergencia, y su relación con los medios de prueba que obren en la actuación procesal.

El anterior recuento normativo tiene como principales características:

- a)** La apreciación de las pruebas debe ser integral, aspecto que indica completud o exhaustividad. Quiere decir entonces que la apreciación no puede ser fraccionada o incompleta.
- b)** El método indicado para efectuar una apreciación integral es a través de las reglas de la sana crítica, pero además en las que debe exponerse el mérito de las pruebas. Estos dos aspectos indican que debe haber una apreciación individual -por cada prueba- y una valoración de todos los medios de prueba, esto es, en conjunto.
- c)** La regulación de cada medio de prueba como la confesión, el testimonio, la peritación o el indicio reafirman la necesidad de que exista una apreciación en conjunto, integral y conforme a los principios (o reglas) de la sana crítica. Por su parte, cada uno de ellos acoge una técnica de apreciación individual.
- d)** Para la confesión se indica que se tendrán en cuenta los criterios para apreciar el testimonio.
- e)** En cuanto al testimonio, se deberá considerar la naturaleza del objeto percibido, el estado de sanidad del sentido o sentidos del testigo, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, la personalidad del declarante, la forma como hubiere declarado y demás singularidades de la declaración.
- f)** Respecto del dictamen, en la norma mencionada se destaca la solidez, la precisión y la fundamentación técnico-científica, así como la idoneidad y competencia del perito.

g) En lo que compete a la prueba indiciaria, se dice que debe tener en cuenta su gravedad, concordancia y convergencia y su relación con los medios de prueba que obren en la actuación procesal.

h) Nada se dice acerca de la prueba documental y de la inspección disciplinaria.

i) La norma tampoco indica qué debe entenderse por principios o reglas de la sana crítica.

j) Hay varios elementos dignos de ser considerados conceptos jurídicamente indeterminados, pues no existe norma que los complemente o regule, pero sí es obligación de la autoridad auscultar el real sentido de este concepto. Entre esta clase de conceptos y para el régimen probatorio están «la naturaleza del objeto percibido», «sentido o sentidos del testigo», «las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió», «la personalidad del declarante», «la solidez», «la precisión», «la fundamentación técnico-científica», «la idoneidad y competencia del perito», «la gravedad, concordancia y convergencia» del indicio y, muy especialmente, el concepto denominado «reglas de la sana crítica».

De esa manera, existen innumerables teorías, técnicas, referencias, bibliografía y demás criterios para saber cómo debe valorarse cada prueba y efectuarse de forma correcta una apreciación integral de todos los medios probatorios.

Al respecto, el Consejo de Estado, sobre los principios de la sana crítica, ha identificado tres elementos que la conforman.⁹⁸

[...] la sana crítica está edificada con los criterios de la lógica, el uso de la ciencia y de la técnica, y las reglas de la

experiencia. Respecto de la lógica, podemos destacar el principio de no contradicción y el de razón suficiente. En cuanto a la ciencia y la técnica, ello está asociado con las opiniones, estudios y dictámenes de los expertos en determinadas materias. A su vez, las reglas de la experiencia pueden ser individuales y colectivas, como también pueden ser construidas por conocimientos públicos y privados. Una regla de la experiencia plena es la que tiene en cuenta tanto lo colectivo como lo público. Estas pueden acreditarse por cualquier fuente de conocimiento, sin que sea necesario una prueba o cierta formalidad.

En similar sentido, esta misma corporación ha efectuado algunas consideraciones en torno a la prueba testimonial. En efecto, ha destacado como parámetros de valoración de este medio de prueba la coherencia del relato, la contextualización del relato, la corroboración periférica y la existencia de detalles oportunistas.⁹⁹ A continuación, se dejan las principales ideas de estas importantes características:¹⁰⁰

- La coherencia del relato

[...] se exige una persistencia en la incriminación, esto es, que la declaración no se contradiga. A pesar de lo anterior, el hecho de que una persona exprese un relato coherente no es sinónimo automático de su veracidad, toda vez que las contradicciones pueden originarse en fallos naturales de la

98. En varias sentencias de la Sección Segunda, el Consejo de Estado así lo ha explicado. Ver, por ejemplo, la Sentencia del 23 enero de 2020. C.P. William Hernández Gómez. Radicación 11001-03-25-000-2011-00718-00 (2720-2011).

99. En el mismo sentido existen diferentes pronunciamientos. Ver, por ejemplo, la sentencia del 29 de agosto de 2019. C.P. William Hernández Gómez. Radicación 08001-23-33-000-2014-01034-01(4422-16).

100. Para un mejor entendimiento de estos factores de valoración, consúltase Jordi Nieva Fenoll, *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010, texto citado en este tipo de providencias

memoria del sujeto y, además, los testimonios falsos suelen presentarse de una manera continuamente estructurada y generalmente cronológica [...].

- La contextualización del relato

La contextualización consiste en que el testigo describa datos del entorno espacial o temporal en el que tuvieron lugar los hechos acerca de los cuales declara. Así, si lo que manifiesta se inserta fácilmente en ese ambiente, ello puede configurarse en un indicio de su verosimilitud [...]

- Las corroboraciones periféricas

Este criterio se refiere a que el relato de un testigo se vea corroborado por otros datos aportados al proceso que, indirectamente, acrediten la veracidad de la declaración. En ese sentido, esta pauta requiere que coincidan las diferentes declaraciones que varios sujetos hayan realizado sobre un mismo hecho, o que el testimonio del que se estudia su credibilidad, se reafirme con los indicios a través de los cuales se construyen presunciones que acreditan la hipótesis fáctica a probar [...]

- La existencia de detalles oportunistas a favor del declarante

[...] esta pauta consiste en que el testigo haga referencia a datos innecesarios que busquen favorecer a una de las opciones que se debaten en el proceso, o incluso al propio declarante. En este caso se trata, por ejemplo, de manifestaciones sobre el carácter o la intencionalidad de una de las partes, o justificaciones de las propias actuaciones o de la persona que se quiere beneficiar, las cuales van más allá de lo que se le haya preguntado al declarante. Estos detalles son indicadores de pérdida de objetividad del testigo que pueden conducir a la

falsedad de sus afirmaciones [...].

Por su parte, la Comisión Nacional de Disciplina Judicial ha efectuado consideraciones similares y para el caso de la prueba documental ha hecho los siguientes planteamientos:¹⁰¹

[...] en el caso de la prueba documental, resulta importante también anotar que al momento de su valoración cualquier evidencia de este tipo debe examinarse con los principios de la semiótica textual. Estos principios, conforme a un sector de la doctrina muy importante para el derecho probatorio¹⁰², enseñan que un documento debe ser analizado bajo los criterios de la coherencia, la contextualización del escrito y la modalidad del documento¹⁰³. Estos criterios harían parte de lo que se ha denominado la sana crítica, para que la valoración de dicha prueba pueda considerarse que ha sido objetiva y racional.

Así, por ejemplo, si nos encontramos ante un documento en la modalidad del «ámbito negocial»¹⁰⁴, es relevante comprender que este tipo de evidencias no buscan convencer a nadie, sino que en ellos se expresa lo que las partes han pactado¹⁰⁵. Suelen contener, entonces, declaraciones de voluntad¹⁰⁶, las que en criterio de esta corporación deben ser examinadas conforme al contexto de la situación que realmente ocurrió.

[...]

101. Comisión Nacional de Disciplina Judicial. Sentencia del 14 de julio de 2021. M.P. Mauricio Rodríguez Tamayo. Radicación n.º 520011102000 2016 00465 01.

102. Jordi Nieva Fenoll. La valoración de la prueba. Marcial Pons. 2010. pp. 321 a 325.

103. *Ibidem*, página 321.

104. También puede haber documentos destinados a la vida íntima o aquellos destinados a la vida pública. *Ibidem*. pp. 326 a 331.

105. *Ibidem*. p. 324.

106. *Ibidem*

Y en cuanto a las pruebas de carácter técnico científico, como por ejemplo aquellas que tienden a demostrar las pruebas de embriaguez, el Consejo de Estado ha dicho lo siguiente:

[...] en relación con la prueba idónea para llevar a la convicción de que se ha incurrido en la falta bajo estudio, la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado ha admitido que el examen de alcoholemia practicado por el Instituto de Medicina Legal no es el único medio de convicción que lleva a la certeza de la configuración de un comportamiento reprochable desde un punto de vista disciplinario. En efecto, esta corporación ha admitido además los medios de prueba que de manera enunciativa se muestran a continuación:

- Historia clínica¹⁰⁷
- Prueba médica de embriaguez¹⁰⁸
- Examen clínico¹⁰⁹
- Testimonios de terceros¹¹⁰

[...]

La Sala, entonces, estima que cualquier método de los que se ha hecho alusión puede tener la idoneidad para demostrar en el proceso disciplinario el estado de embriaguez, bien que algunos de ellos se consideren directos, indirectos

107. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 5 de abril de 2014, radicación: 70001-23-33-000-2013-00198-01 (3454-2018).

108. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 18 de mayo de 2017, radicación: 11001-03-25-000-2012-00366-00 (1419-12), actor: Pedro Ortiz González.

109. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 15 de septiembre de 2016, radicación: 85001-23-33-000-2014-00003-01(0971-15), actor: Alexander Caro Rosas, y sentencia del 21 de febrero de 2013, radicación: 11001-03-25-000-2011-00295-00 (1096-11), actor: Geovany Alberto Restrepo Ortiz.

110. Op. Cit. números internos 1095-11 y 1419-12.

tos o subsidiarios, o que el uno sea complementario del otro. Para la Subsección, lo relevante es analizar algunos factores esenciales como la hora en que fueron tomados dichos exámenes, pues a mayor diferencia entre el último momento del consumo y la hora del examen clínico, por ejemplo, es posible que se genere una duda, sospecha o la imposibilidad de detectar por vía del examen físico el estado de embriaguez.

En todo caso, en un proceso disciplinario, las restantes pruebas, como las testimoniales, por ejemplo, pueden contribuir a resolver las aparentes contradicciones que provengan de la divergencia entre los resultados de dos exámenes técnicos como a los que se ha hecho referencia. Esto hace parte de la valoración en conjunto de los medios probatorios, como se verá enseguida.

Las principales características de la valoración probatoria, tanto en conjunto como por cada medio de prueba, podrían sintetizarse en el siguiente cuadro:

APRECIACIÓN INTEGRAL	INDIVIDUAL	Confesión	Aplican las mismas reglas que el testimonio y la sana crítica.
		Testimonio	Coherencia del relato. Contextualización del relato. Ausencia o presencia de detalles oportunistas. Corroboración periférica de las afirmaciones o las negaciones.
		Documentos	Reglas de la semiótica textual.
		Pruebas técnico-científicas	Aspecto objetivo: instrumentos técnico-científicos. Aspecto subjetivo apreciación del perito.
		Indicio	Hecho indicador, inferencia lógica, reglas de la experiencia y hecho indicado.

APRECIACIÓN INTEGRAL	CONJUNTA	Sana crítica	Lógica. El valor de lo técnico y lo científico. Reglas de la experiencia.
-----------------------------	-----------------	--------------	---

Es indispensable que cada autoridad disciplinaria desarrolle otros criterios de cada medio de prueba en particular y que robustezca los conceptos de la lógica,¹¹¹ el valor de lo técnico y científico¹¹² y las reglas de la experiencia,¹¹³ con el fin de efectuar un adecuado análisis conforme a los principios de la sana crítica.

111. Es recomendable ver algunos textos dedicados a la teoría de la argumentación, en donde se estudian los diferentes tipos de falacias, cuya característica principal es aplicar los elementales principios de la lógica. Consúltese, a manera de ejemplo, José Luis Castillo Alva & Manuel Luján Túpez Roger Zavaleta Rodríguez, *Razonamiento judicial, Interpretación, argumentación y motivación de las resoluciones judiciales*. Ara Editores. Colombia. 2007. O, incluso, textos más sencillos, pero no menos importantes, como el de Álvaro Díaz, *La argumentación escrita*. Editorial Universidad de Antioquia. 2009.

112. A manera de ejemplo y por su cometido didáctico, ver Sigifredo Ochoa Ospina, *Curso teórico-práctico de policía judicial, policía científica y técnica de policía judicial*. Señal Editora. Medellín (Colombia). 2008. Para el caso disciplinario en concreto, Francisco Farfán Molina, *Policía judicial disciplinaria*, Editorial Ibáñez, Bogotá (Colombia), 2006. Para asuntos más específicos que deben ser manejados tanto en el derecho penal como el disciplinario, ver Rubén Darío Angulo González, *Cadena de custodia en criminalística*, Ediciones Doctrina y Ley, 2016. Igualmente, Ronald Jesús Sanabria Villamizar, *Prueba ilícita, regla de exclusión y criterios de admisibilidad probatoria*, Editorial Ibáñez & Universidad Libre de Colombia, 2019.

113. Ver, por ejemplo, Coloma Correa, Rodrigo y Agüero San Juan, Claudio. *Lógica, ciencia y experiencia en la valoración de la prueba*, Revista Chilena de Derecho, vol. 41, n.º 2, pp. 673-703, 2014.

46

¿Al valorarse la confesión como medio de prueba es procedente aplicar los criterios que se utilizan para examinar un testimonio?

Como se señaló en el cuadro en donde reposan algunas normas que indican la forma en que debe valorarse cada medio probatorio, el artículo 163 del Código General Disciplinario indica que para apreciar correctamente la confesión deben considerarse «las reglas de la sana crítica» y «los criterios para apreciar el testimonio».

Si analizamos el primero de los enunciados, quiere decir lo anterior que el relato que es confesado debe ser lógico, respetar los aspectos técnicos y científicos y debe ser acorde con las reglas de la experiencia.

Por tanto, la confesión no será lógica cuando el sujeto incurra en una violación del principio de no contradicción, como cuando alguien afirma que estuvo en determinado lugar, pero que en otros apartados de su narración niegue dicha situación. De hecho, existe un nivel de lógica que puede estar relacionado con el respeto del principio de legalidad, pues es posible que se dé el fenómeno de la ineficacia de la confesión por haber versado sobre hechos que no constituyen un tipo disciplinario.¹¹⁴

En cuanto valor de lo técnico y lo científico es importante considerar que la confesión no es plena prueba y, dado que debe valorarse con los demás medios probatorios, es posible que en algunos casos dicho medio de prueba termine cediendo

114. Comisión Nacional de Disciplina Judicial. Sentencia del 4 de mayo de 2023. M.P. Mauricio Rodríguez Tamayo. Radicación n.º 760011102000 202001000 01.

ante alguna conclusión de tipo probatorio que precisamente se base en la técnica o lo científico. Por ello, la confesión simplifica el debate probatorio, pero no por ello puede renunciarse al análisis restante de las demás pruebas:¹¹⁵

[...] si bien la confesión puede aliviar la complejidad de los asuntos probatorios de un proceso disciplinario y puede servir para encontrar acreditados elementos típicos de la falta, este medio probatorio nunca puede superponerse a las demás exigencias sustanciales para declarar la responsabilidad, pues para ello deberá recurrirse a los demás medios de prueba que estipula la ley.

Algo similar debe predicarse respecto de que la confesión debe analizarse conforme a las reglas de la experiencia. Por ello, un relato en el que el sujeto consienta en que se apropió de una suma de dinero, pero que afirme que iba a devolverlo, pese a que pasaron algunos días siendo descubierto por sus compañeros de trabajo, no estará acorde a la regla de la experiencia que enseña que quien actúa de esa manera es muy poco probable que devuelva lo apropiado.

Por lo expuesto, compartimos las características dadas a la confesión como medio de prueba¹¹⁶ por parte de la jurisdicción disciplinaria:¹¹⁷

- Debe ser reconocida como un medio probatorio más, a la luz de lo dispuesto por el ordenamiento legal.

115. Comisión Nacional de Disciplina Judicial. Sentencia del 7 de junio de 2022. M.P. Mauricio Rodríguez Tamayo. Radicación n.º 110011102000201807276 01.

116. Comisión Nacional de Disciplina Judicial. Sentencia del 18 de mayo de 2022. M.P. Mauricio Rodríguez Tamayo. Radicación n.º 050011102000 2018 02186 01.

117. Conforme a la sentencia C-134 del 3 de mayo de 2023 (y según el comunicado de prensa n.º 14 de la misma fecha), se hace alusión a la «jurisdicción disciplinaria» en sentido funcional, mas no orgánico, es decir, a la jurisdicción disciplinaria como la función de resolver los asuntos de su competencia.

- Debe ser expresa, libre, voluntaria y espontánea.
- No siempre equivale a la certeza sobre la responsabilidad disciplinaria.
- Debe ser valorada por el juez disciplinario en conjunto con las demás pruebas obrantes en el proceso.
- No limita el derecho a la doble instancia.
- Impone a la segunda instancia la carga de analizar cada caso particular y concreto para establecer si hay argumentos suficientemente sólidos para derrumbar los elementos de la responsabilidad disciplinaria, pese a que se haya efectuado una confesión total o parcial.

Por último, en cuanto a que la confesión debe valorarse de forma individual «conforme a los criterios para apreciar el testimonio», baste por recordar que el relato también debe considerarse contextualizado, coherente, corroborado periféricamente y ausente de detalles oportunistas, características que pueden hacer predicar la verosimilitud de lo narrado. En todo caso, recuérdese que la confesión no es sinónimo de la responsabilidad probatoria y que pese a la existencia de este medio probatorio deben existir todas las garantías para ejercer el derecho de contradicción y defensa.¹¹⁸

118. Al respecto, ver John Harvey Pinzón Navarrete. Principales modificaciones procesales en el Código General Disciplinario, Ob. cit. pp. 189 a 191.

47

¿Con la separación de las funciones de investigación y juzgamiento en el proceso disciplinario, cuándo procede la variación del pliego de cargos?

El tratamiento es según la clase de procedimiento.

- Procedimiento ordinario

Siguiendo la redacción del artículo del 225D del Código General Disciplinario, la norma distingue dos situaciones en las que puede tener lugar la variación de cargos y que, a su vez, tienen un tratamiento distinto.

En primer lugar, la variación de cargos tiene lugar cuando se observa un error en la calificación, verbigracia, cuando se imputa una falta que no corresponde al comportamiento sino otra o que se haya reprochado a título de culpa y no de dolo. En este caso, la oportunidad para devolver el expediente al funcionario instructor, con la fundamentación del respectivo error, tiene lugar luego de vencido el término para la presentación de descargos y solicitudes de pruebas, es decir, el contemplado en el artículo 225B del CGD.

En estas condiciones, así el error se advierta por parte del funcionario de juzgamiento al recibir el expediente y evaluar el procedimiento a seguir, es necesario que transcurra el lapso para la exposición de los descargos; ello por cuanto los sujetos procesales pueden advertir errores adicionales en la formulación del pliego de cargos o, incluso, el único error que lleve a tomar la medida devolutiva.

Una vez el expediente se entregue al funcionario instructor,

este cuenta con quince (15) días para reformular su reproche disciplinario. El pliego de cargos variado se notifica de la misma manera que el pliego de cargos inicial. Surtido lo anterior, el proceso se enviará al funcionario de juzgamiento para que dé inicio, nuevamente, a la etapa de juicio, esto es, emita el auto de fijación de procedimiento a seguir. Eventualmente, de advertir un nuevo error en la calificación, se repetirá el anterior procedimiento.

Ahora bien, si el funcionario instructor considera que no hay lugar a la variación del pliego de cargos por estimar que su acusación se ajustó a la normativa disciplinaria, enviará nuevamente el expediente al funcionario de juzgamiento con la justificación debida, caso en el cual este puede continuar con la actuación o declarar la nulidad del pliego.

En segundo lugar, el pliego de cargos puede variarse ante prueba sobreviniente que impacte la imputación y haga necesaria su reformulación. En este evento, la oportunidad para efectuar la variación será una vez agotada la etapa probatoria, ya que, precisamente, el medio de convicción tuvo que allegarse en ese periodo, de ahí que, por el avance del juicio disciplinario para ese momento procesal, el artículo 225D del CGD le asignó esa variación al funcionario de juzgamiento, sin que ello implique un juicio previo de responsabilidad.

El estatuto disciplinario prevé que la variación por prueba sobreviniente se notificará en la misma forma del pliego de cargos y se otorgará un término de diez (10) días para presentar descargos, solicitar y aportar pruebas, en tanto el período probatorio se extenderá hasta por máximo dos (2) meses.

- Procedimiento verbal

De manera similar al proceso ordinario, el artículo 229 del CGD establece que si, una vez escuchados los descargos en la

audiencia pública, el funcionario de juzgamiento advierte un error en la calificación procederá a manifestarlo y sustentarlo en la audiencia y a ordenar la devolución al funcionario instructor, quien tendrá un plazo de quince (15) días para rehacer la providencia. El pliego de cargos variado se notificará en la misma forma que el pliego inicial, luego de lo cual, remitido el expediente al funcionario de juzgamiento, este dará inicio nuevamente a la audiencia y escuchará los descargos y las solicitudes de pruebas de los sujetos procesales.

Si el instructor decide no variar el pliego de cargos, el funcionario de juzgamiento, una vez reciba el expediente, puede decretar la nulidad de dicha decisión en la audiencia pública.

Si la variación es por prueba sobreviniente, esta se realizará por el funcionario de juzgamiento en la audiencia, por lo que la variación se notificará en estrados, se suspenderá la audiencia y se reanudará en un término no menor a los cinco (5) días ni mayor a los diez (10) días, para que los sujetos procesales presenten descargos y solicitud de pruebas.

¿Si en un fallo de primera instancia se declaró la responsabilidad de un servidor público de elección popular y otro servidor público que no tiene esa condición, qué dependencia debe proferir el fallo de segunda instancia?

El artículo 2.º de la Ley 1952 de 2019 le atribuye a la Procuraduría General de la Nación funciones para la vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas, inclusive los de elección popular, y adelantar las investigaciones disciplinarias e imponer las sanciones de destitución, suspensión e inhabilidad y las demás establecidas en la ley, atendiendo claro lo considerado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-030 de 2023.

Particularmente, frente a servidores públicos de elección popular, el artículo 92 del Código General Disciplinario consagró que la investigación y el juzgamiento de las faltas disciplinarias imputables a los servidores públicos de elección popular estará a cargo de la Procuraduría General de la Nación. Así, el Decreto 262 de 2000, modificado por el Decreto 1851 de 2021, estableció la competencia para conocer en primera instancia de los procesos disciplinarios que se adelanten en su contra, de la siguiente manera:

Disciplinable	Instrucción	Juzgamiento
Vicepresidente de la república, congresistas, alcalde mayor de Bogotá, D. C.	Sala Disciplinaria de Instrucción.	Sala Disciplinaria de Juzgamiento de Servidores Públicos de Elección Popular.
Gobernadores y alcaldes de capitales de departamento (diferentes a Bogotá, D. C.).	Procuraduría delegada de instrucción.	Procuraduría delegada de juzgamiento.
Diputados y concejales de capitales de departamento.	Procuraduría regional de instrucción respectiva.	Procuraduría regional de juzgamiento respectiva.
Alcaldes y concejales de municipios que no sean capital de departamento y ediles.	Procuraduría provincial de instrucción respectiva.	Procuraduría provincial de juzgamiento respectiva.
Concejales y ediles de Bogotá, D. C.	Procuraduría distrital de instrucción.	Procuraduría distrital de juzgamiento.

Cabe agregar que el artículo 102 de la Ley 1952 de 2019, modificado por el artículo 18 de la Ley 2094 de 2021, determinó que el procurador general de la nación puede asignar directamente el conocimiento de un asunto como también desplazar a quien esté conociendo de un proceso, pero en ningún caso tal desplazamiento podrá surtirse en relación con los procesos contra servidores públicos de elección popular.

Ahora bien, en lo que se refiere a la segunda instancia de procesos disciplinarios contra servidores públicos de elección popular, el literal b) del numeral 3.º del artículo 22 del Decreto Ley 262 de 2000, modificado por el artículo 11 del

Decreto Ley 1851 de 2021, asignó a la Sala Disciplinaria de Juzgamiento de Servidores Públicos de Elección Popular la segunda instancia en los procesos de conocimiento de los procuradores delegados, regionales, distritales y provinciales, en las actuaciones contra servidores públicos de elección popular. Cabe agregar que la segunda instancia de esta Sala está en cabeza del procurador general de la nación, conforme lo señalado en el artículo 102 del CGD.

En estas condiciones, cuando en un fallo de primera instancia se declaró la responsabilidad de un servidor público de elección popular y otro servidor público que no tiene esa condición, la dependencia que debe proferir el fallo de segunda instancia es la Sala Disciplinaria de Juzgamiento de Servidores Públicos de Elección Popular, pues a esta dependencia se le asignó el conocimiento de la segunda instancia cuando se encuentre involucrado un servidor público de elección popular y, por conexidad, de los demás investigados en la actuación disciplinaria.

¿En la actuación disciplinaria es procedente la doble conformidad?

El artículo 12 de la Ley 1952 de 2019, modificado por el artículo 3 de la Ley 2094 de 2021, introdujo como garantía del debido proceso disciplinario la doble conformidad, gracias a la cual todo disciplinable tiene derecho a que el fallo sancionatorio sea revisado por una autoridad diferente, siguiendo la competencia y reglas del recurso de apelación.

En la obra colectiva *Pensamiento Disciplinario*, sobre esta garantía, se precisó:¹¹⁹

[...] la doble conformidad únicamente puede operar cuando en primera instancia se expide un fallo absolutorio y producto del recurso de apelación se revoca dicha decisión y se profiere un fallo sancionatorio. En ese momento procesal es necesario que se active el trámite de la doble conformidad para saber si ese único fallo sancionatorio se va a confirmar o no. Esta es la doble conformidad en estricto sentido. Empero, no sería lógico que la doble conformidad se active como la posibilidad de un tercer juicio en todos los casos, a partir de un fallo de primera instancia sancionatorio y uno segundo de índole absolutorio. En este escenario, habría cosa juzgada, en atención a lo señalado en el artículo 16 de la Ley 1952 de 2019 [...]

Esta garantía incluso tiene lugar cuando es el procurador general de la nación el que, en segunda instancia, revoca un

119. John Harvey Pinzón Navarrete. Principales modificaciones procesales en el Código General Disciplinario. En *Pensamiento Disciplinario. Reflexiones sobre la Ley 2094 de 2021*. Procuraduría General de la Nación. Instituto de Estudios del Ministerio Público. 2022. pp. 196 a 197.

fallo absolutorio y emite uno sancionatorio, caso en el cual se aplicarán las reglas establecidas en el artículo 102 del Código General Disciplinario, esto es, se conformará una sala compuesta por tres (3) personas que cumplan los mismos requisitos del artículo 232 de la Constitución Política, sorteadas de una lista de doce (12) nombres que debe elaborar la Comisión Nacional del Servicio Civil, en estricto orden descendente de quienes se presentaron al concurso de méritos señalado en el artículo 101 del estatuto disciplinario.

A su turno, la doble conformidad frente a decisiones de las oficinas de control interno disciplinario estará a cargo de la Procuraduría General de la Nación.

¿Con la nueva estructura del proceso disciplinario es procedente el decreto y práctica de pruebas en el trámite de la segunda instancia?

Siguiendo lo previsto en el artículo 235 de la Ley 1952 de 2019, modificado por el artículo 52 de la Ley 2094 de 2021, la segunda instancia debe decretar las pruebas que tengan la entidad de modificar sustancial y favorablemente la situación jurídica del disciplinable.

Si se decretan pruebas en segunda instancia, una vez practicadas se concederá el término de cinco (5) días a los sujetos procesales para que pronuncien sobre dichos medios de convicción y, a continuación, se emitirá el fallo de segunda instancia.

¿El auto que fija el procedimiento a seguir y concede el término para la presentación de descargos y solicitud de pruebas, al ser de sustanciación, puede comunicarse?

Por disposición expresa del artículo 225A del CGD, el auto por medio del cual se decide el juzgamiento a seguir, es un auto de sustanciación, en tanto el artículo 129 ibidem estableció que «[l]as decisiones de sustanciación que no tengan una forma especial de notificación prevista [...] se comunicarán a los sujetos procesales por el medio más eficaz, de lo cual el secretario dejará constancia en el expediente».

Así, como quiera que el estatuto disciplinario no consagró una forma especial de notificación para la providencia por medio de la cual se realiza la fijación del procedimiento, la misma se comunica a los sujetos procesales por el medio más eficaz que, sin duda, resulta ser el correo electrónico por su inmediatez, economía y celeridad.

Dicho sea de paso, el Código General Disciplinario no estableció una forma de notificación especial para el auto que ordena correr traslado a los sujetos procesales para la presentación de alegatos de conclusión, por lo que esta providencia también es susceptible de comunicación.

¿Cuál es el término para la presentación del recurso de apelación contra el fallo de primera instancia, en el procedimiento ordinario?

El artículo 131 del Código General Disciplinario establece como regla general que los recursos de reposición y apelación se podrán interponer desde la fecha de expedición de la decisión hasta el vencimiento de los cinco (5) días siguientes a la notificación respectiva.

El artículo 134 *ibidem*, a su turno, determina que el recurso de apelación procede, entre otras decisiones, contra el fallo de primera instancia y, de concederse, se hará en el efecto suspensivo.

Sin perjuicio de lo anterior, el artículo 225G de la Ley 1952 de 2019, adicionado por el artículo 46 de la Ley 2094 de 2021, estableció un término especial para la interposición del recurso de apelación contra el fallo de primera instancia, en el trámite ordinario, fijando diez (10) días para su interposición y sustentación.

ÍNDICE

I. Interrogantes acerca de la Sentencia C – 030 de 2023 de la Corte Constitucional

07 **1.** ¿Cuál es la interpretación correcta del artículo 23.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos-CADH, en el ámbito de nuestro marco Constitucional?

10 **2.** ¿Qué sucede si un servidor público de elección popular, al momento de la imposición de una sanción de destitución, inhabilidad o suspensión, ya no está en ejercicio de un cargo de esa naturaleza?

13 **3.** ¿Qué sucede si un servidor público de elección popular, al momento de la imposición de una sanción de destitución, inhabilidad o suspensión, sigue ocupando un cargo de esa índole?

15 **4.** ¿De qué manera y cuál sería el procedimiento para cumplir el exhorto de la Corte Constitucional al Congreso de la República para que adopte un estatuto de los servidores públicos de elección popular, incluido un régimen disciplinario especial, que materialice los más altos estándares nacionales e internacionales en materia de protección y garantía de los derechos políticos y electorales?

17 **5.** ¿De qué manera opera o no la prescripción de la acción disciplinaria en el trámite del recurso extraordinario de revisión?

19 **6.** ¿Se afectó la suspensión provisional de un servidor público de elección popular, en el trámite de un proceso disciplinario, por parte de las sentencias del 8 de julio de 2020 de la Corte IDH «Petro Urrego contra Colombia» y la C-030 de 2023 de la Corte Constitucional?

II. Interrogantes en la parte sustancial

23 **7.** ¿En qué consiste el principio acusatorio que introdujo la Ley 2094 de 2021 y cuáles son sus implicaciones?

25 **8.** ¿Qué impone la cláusula de exclusión probatoria que introdujo la Ley 2094 de 2021?

39 **9.** ¿En qué consiste el principio de congruencia que introdujo la Ley 2094 de 2021 al proceso disciplinario?

46 **10.** ¿Cuál es la forma correcta de hacer el juicio de adecuación típica según el Código General Disciplinario?

50 **11.** ¿Procede una imputación por dolo eventual en materia disciplinaria?

53 **12.** ¿Cuál es la explicación de las clases de culpa gravísima que contiene el Código General Disciplinario?

63 **13.** ¿Cuáles son los parámetros objetivos que se han definido para considerar que un particular cumple una función pública y por lo tanto es sujeto disciplinable?

66 **14.** ¿En materia disciplinaria, en virtud de la clasificación de las faltas gravísimas, se introdujo el concepto de bien jurídico?

69 **15.** ¿Qué implicaciones tiene ahora en las causas de mala conducta las nuevas regulaciones que introdujo el Código General Disciplinario?

III. Interrogantes en la fase de instrucción

75 **16.** ¿Se puede disponer la apertura de indagación previa cuando existe un disciplinable individualizado o identificado?

80 **17.** ¿Cuáles son las causales del archivo que no hacen tránsito a cosa juzgada?

84 **18.** ¿Cuáles son los nuevos requisitos del auto de apertura de investigación disciplinaria?

87 **19.** ¿Qué son los hechos jurídicamente relevantes?

90 **20.** ¿Cuáles son los requisitos y el procedimiento para la confesión y la aceptación de cargos?

93 **21.** ¿Se puede graduar la imputación de la falta por virtud de una confesión acordada?

95 **22.** ¿Cuándo y por qué se puede hacer la prórroga de la investigación?

98 **23.** ¿Qué diferencia existe entre el archivo previo a la evaluación y el que se dispone al momento de la evaluación de la investigación?

100 **24.** ¿Qué aspectos debe tener en cuenta el investigador disciplinario para una correcta formulación de un pliego de cargos?

106 **25.** ¿Cómo se notifica el pliego de cargos y cómo se garantiza el derecho de defensa?

109 **26.** ¿En qué consiste la formulación anfibológica del pliego de cargos y cuál es su efecto?

112 **27.** ¿Qué situaciones pueden generar nulidad en la fase de investigación?

114 **28.** ¿Cuáles son las atribuciones del quejoso y de las víctimas en el proceso disciplinario en la fase de investigación?

117 **29.** ¿Qué criterios deben tenerse en cuenta en la definición de competencias en la fase de investigación?

120 **30.** ¿En la actuación disciplinaria es procedente la notificación por estado electrónico?

121 **31.** ¿Existe diferencia entre la confesión y la aceptación de cargos?

126 **32.** ¿La vinculación tardía de un sujeto disciplinable a la investigación disciplinaria es un vicio insubsanable que amerite de forma irremediable la declaratoria de nulidad?

128 **33.** ¿El incumplimiento de los términos para evaluar la investigación disciplinaria es un vicio insubsanable que amerite de forma irremediable la declaratoria de nulidad?

131 **34.** ¿En qué eventos es procedente la ruptura de la unidad procesal?

133 **35.** ¿Cuáles son los criterios de orden sustancial que deben tenerse en cuenta para ordenar la suspensión provisional?

135 **36.** ¿En la inspección disciplinaria se pueden practicar testimonios?

138 **37.** ¿En la inspección disciplinaria se deben aplicar procedimientos de cadena de custodia?

143 **38.** ¿Pueden aceptarse como válidos aquellos documentos que se allegan a la actuación una vez vencido los plazos de investigación?

145 **39.** ¿Los documentos que se alleguen o reciban en la actuación disciplinaria deben ser objeto de traslado?

149 **40.** ¿Se pueden recaudar dos o más testimonios de forma simultánea?

152 **41.** ¿Existen reglas especiales para recibir el testimonio en el proceso disciplinario?

156 **42.** ¿Contra los informes técnicos procede la objeción por error grave?

159 **43.** ¿Durante la práctica del dictamen pericial es necesaria la presencia de los sujetos procesales?

162 **44.** ¿Qué sucede si un sujeto procesal solicita aclaración, otro la ampliación y uno más presenta una objeción por error grave?

167 **45.** ¿En qué consiste la apreciación integral y las reglas de la sana crítica?

177 **46.** ¿Al valorarse la confesión como medio de prueba es procedente aplicar los criterios que se utilizan para examinar un testimonio?

180 **47.** ¿Con la separación de las funciones de investigación y juzgamiento en el proceso disciplinario, cuándo procede la variación del pliego de cargos?

183 **48.** ¿Si en un fallo de primera instancia se declaró la responsabilidad de un servidor público de elección popular y otro servidor público que no tiene esa condición, qué dependencia debe proferir el fallo de segunda instancia?

186 **49.** ¿En la actuación disciplinaria es procedente la doble conformidad?

188 **50.** ¿Con la nueva estructura del proceso disciplinario es procedente el decreto y práctica de pruebas en el trámite de la segunda instancia?

189 **51.** ¿El auto que fija el procedimiento a seguir y concede el término para la presentación de descargos y solicitud de pruebas, al ser de sustanciación, puede comunicarse?

190 **52.** ¿Cuál es el término para la presentación del recurso de apelación contra el fallo de primera instancia, en el procedimiento ordinario?
