

**RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA Y DISCIPLINARIA DEL JUEZ  
DISCIPLINARIO EN FALLOS NULITADOS POR LA VÍA CONTENCIOSO  
ADMINISTRATIVA.<sup>1</sup>**

**Julián Andrés López Gil<sup>2</sup>**

**RESUMEN**

La justicia disciplinaria, acarrea una responsabilidad personal tanto para el investigado como para el funcionario competente. Esta responsabilidad, va ligada a los principios garantistas del debido proceso en las actuaciones administrativas. Cuando los funcionarios competentes designados por la ley, adoptan decisiones de fondo de carácter disciplinario que se apartan de los lineamientos constitucionales garantistas, profieren fallos contrarios a derecho, los cuales son objeto de control de legalidad ante la jurisdicción contenciosa administrativa; luego de hacer el control de legalidad del acto administrativo, esta jurisdicción revoca las sanciones proferidas. La consecuencia lógica de esa revocatoria, desde la óptica de la sanción disciplinaria más severa, va ligada al reintegro del funcionario sancionado y por supuesto, al pago de las indemnizaciones por los perjuicios que ocasiono la administración, a través del funcionario que profirió la determinación de separar del cargo al servidor público. De allí se desprende la responsabilidad disciplinaria y pecuniaria del funcionario competente, que genera un detrimento patrimonial al Estado, ante el error del Juez Disciplinario. La hipótesis planteada se resume en el hecho que la revocatoria por la jurisdicción administrativa, viene implícita per se, la necesidad de adelantar un proceso disciplinario contra el funcionario competente, en busca de determinar su grado de responsabilidad y en pro de resarcir el perjuicio ocasionado a la administración con su actuar

---

<sup>1</sup> Trabajo de investigación para optar por el título de Especialista en Derecho Sancionatorio de la universidad militar Nueva Granada Cohorte XII.

<sup>2</sup> Abogado de la Universidad La Gran Colombia Seccional Armenia, Abogado litigante en Derecho laboral y seguridad social, asesor jurídico para acciones constitucionales, derecho disciplinario y administrativo del Ejercito Nacional – Unidad Táctica Batallón Especial Energético y Vial No 12. Estudiante de Especialización en Derecho Sancionatorio Universidad Militar Nueva Granada.

doloso o gravemente culposo en el caso de la acción de repetición y su conducta catalogada como delito.

## **ABSTRACT**

The Disciplinary justice entails a personal responsibility for both investigated as to the competent official. This responsibility, it is linked to the rights-principles of due process in administrative proceedings. When the competent officials designates by law, decisions background adopting disciplinary nature that deviate from the guidelines constituicional warranty , utter failure contrary to law, which are the subject of legality in the administrative jurisdiction ; after making the legality of the administrative act , this jurisdiction reverses the sanctions handed down . The logic therefore this recall , from the optical to the most severe disciplinary sanction , it is linked to reinstate the suspended official and of course, to pay compensation for the damage that caused the administration , through the official who issued the determination of removal from office to the public server. From there the disciplinary and financial responsibility more of the competent official, generating a capital expense to the state before the error shows Disciplinary Judge. The hypothesis put forward is down to the fact that the revocation by the administrative jurisdiction, is implied per se, the need to advance to the competent official disciplinary proceedings, seeking to determine their degree of responsibility towards redress the injury to the administration with its intentional or grossly negligent in the case of repetition of action and behavior act classified as a crime.

## **PALABRAS CLAVES**

Debido proceso, funcionario público, responsabilidad, repetición, valoración, calificación, dolo, culpa, funcionario competente.

## **KEY WORDS**

Due process, public official liability, repetition, valuation, rating, fraud, fault, competent officer.

El propósito de este artículo, es ilustrar las consecuencias jurídicas a los operadores disciplinarios cuando sus decisiones se basan en fallos abiertamente contrarios a orden jurídico disciplinario, enfocándose principalmente a los fallos cuya sanción disciplinaria consiste en la separación absoluta del cargo al servidor público, por ser la sanción disciplinaria más severa; luego el servidor público separado del cargo, adelanta el proceso ordinario ante la jurisdicción contencioso administrativa y obtiene una revocatoria de la decisión del juez disciplinario, ocasionando un restablecimiento de derechos al servidor público desvinculado y como consecuencia de ello, la administración debe cancelar los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir durante el tiempo que estuvo desvinculado, ordenados con el reintegro sin solución de continuidad en el fallo contencioso, lo que a todas luces genera un detrimento patrimonial para la administración pública, ante una decisión errada el juez disciplinario.

Los Jueces sancionadores en materia disciplinaria, sea cual fuere el régimen que los gobierne, responden económica y disciplinariamente por los fallos disciplinarios declarados nulos por la vía contenciosa Administrativa, consecuencia del desconocimiento de las formas propias de cada juicio, que vulneran el debido proceso como principio rector de orden superior, así como los demás derechos amparados en normas jurídicas, por la facultad sancionadora (*ius punendi*) y el poder que ejerce el Estado sobre sus empleados. Si bien es cierto, la vía contenciosa administrativa, invocando la acción antes mencionada no se convierte en una tercera instancia, si hay lugar a la revisión minuciosa de la actuación sancionadora, por parte de esa Jurisdicción, ya que su finalidad es única y exclusivamente la verificación del adelantamiento del expediente, bajo las preceptivas del debido proceso y el derecho a la defensa. Por consiguiente, la intervención jurisdiccional está dirigida solamente a la valoración formal del proceso disciplinario. Es por ello, que el Juez que desconoce las reglas básicas del proceso, genera una decisión arbitraria y prevaricadora, que a la postre, culmina en un restablecimiento de los derechos del sancionado, obligando a la administración no solo a pagar los salarios y prestaciones dejados de percibir, sino además los perjuicios morales y costas de los procesos administrativos. Es allí, donde el Estado debe adelantar las acciones Disciplinarias y Económicas contra los funcionarios que por su ineptitud acarrear tales determinaciones, en aras de mantener la potestad sancionatoria - derecho disciplinario en un proceso responsable y acorde con la exegesis de su creación.

La finalidad del control de legalidad realizado por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo sobre el proceso disciplinario se limita a verificar el desarrollo del mismo, esto es, que se hayan respetado el debido proceso y el derecho de defensa de los disciplinados. Es por ello, que el Juez Contencioso Administrativo no puede valorar las pruebas que fueron debatidas dentro del proceso disciplinario por cuanto su intervención está dirigida a establecer la legalidad de las actuaciones disciplinarias, es decir, a determinar que en la aplicación de la Ley se hayan respetado las reglas de la interpretación jurídica al asunto en debate. Por ello, la acción utilizada para controvertir los fallos de carácter sancionatorio disciplinario, emitidos por la administración pública contra el servidor público, o particular que ejerza funciones públicas, es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, ya que es una acción que se caracteriza por ser subjetiva, individual y temporal, por medio de la cual, el servidor público que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, como efecto de la vigencia de un acto administrativo viciado de nulidad, puede solicitar que se declare la nulidad del mismo, y como consecuencia se le restablezca su derecho y se repare el daño, pues con ellas se busca el resarcimiento de los perjuicios irrogados por el Estado, que deviene cuando el daño es causado por un acto administrativo viciado de nulidad por violación manifiesta a las normas superiores.

Explica el Consejo de Estado, en fallos anteriores la inviabilidad de extender a esta jurisdicción el debate probatorio de la instancia disciplinaria, así como la imposibilidad de anular el acto administrativo disciplinario frente a mínimos defectos del trámite procesal. Por el contrario, como también lo ha precisado la Sección Segunda, si se omitieron en el proceso disciplinario el cumplimiento de las normas que garantizan el debido proceso y los derechos de defensa y contradicción, tales deficiencias inciden en la validez y legalidad de la providencia sancionatoria y deben llevar a declarar su nulidad.

No puede entenderse el control de legalidad como un criterio de valoración diferente u obligación de otorgar unos alcances nuevos al marco probatorio debatido y culminado en sede disciplinaria. Una valoración diferente sólo es posible en los casos en los que la decisión se encuentre fuera de los lineamientos que imponen la Constitución y la ley. El examen de legalidad del acto no es un juicio de corrección sino de

validez. Por la especificidad de la actuación administrativa disciplinaria, la carga argumentativa y probatoria para quien alega la ilegalidad del acto administrativo sancionatorio es mayor. - Es inviable extender a esta jurisdicción el debate probatorio de la instancia disciplinaria. Resulta imposible anular el acto administrativo disciplinario frente a mínimos defectos del trámite procesal. La omisión en el cumplimiento de las normas que garantizan el debido proceso y los derechos de defensa y contradicción y que afecte la validez y legalidad de la providencia sancionatoria, conlleva la declaratoria de su nulidad.<sup>3</sup>

Así las cosas, podemos analizar en primera medida, que con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el investigado busca su protección de los derechos aparentemente vulnerados por el juez disciplinario y es indudable que en la acción va implícita la indemnización del perjuicio ocasionado con la expedición de un acto administrativo; dicho acto, exige desvirtuarse de la presunción de legalidad como requisito procesal de la acción. Una vez es esbozado el error del juez disciplinario y si la vía contenciosa acepta la tesis que plantea el demandante, la consecuencia lógica es la prosperidad de la acción; es en este instante cuando nace a la vida jurídica, las herramientas que tiene el Estado para protegerse y actuar en contra del Juez Disciplinario que profirió tal decisión, es decir la acción por el detrimento patrimonial (repetición) y la sanción al servidor público que profirió el acto administrativo (disciplinario). Vale la pena señalar, antes de abordar los temas referentes a las acciones del Estado en contra del operador disciplinario lo manifestado por el Consejo de Estado en sentencia de 1° de octubre de 2009, M.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, dijo:

"Como ninguna parte de la actividad de las autoridades debe estar al margen de los valores que pregona la Constitución, es apenas natural que el debido proceso se deba aplicar a todas las actividades y desde luego a la administración de las sanciones disciplinarias, porque en ellas están comprometidos derechos fundamentales de los enjuiciados. Entonces, las sanciones no se administran de cualquier modo, sino con sujeción al debido proceso, tal como éste fue concebido

---

<sup>3</sup> Consejo De Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo Seccion Segunda Subseccion "B" Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve Bogotá, D.C., Once (11) De Julio De Dos Mil Trece (2013). Radicación Número: 52001-23-31-000-2004-00188-02(1982-09) Actor: Roberth Orlando Villavicencio Demandado: Departamento De Nariño

por el Legislador en el Código Disciplinario Único, y por tanto, sometido al examen del Juez constitucional para ver su apego a la Carta Política."

No debe perderse de vista que, como advierte Merkl, "en sentido más riguroso y técnico se habla de procedimiento jurídico solamente cuando el camino que conduce a un acto estatal no se halla a la libre elección del órgano competente para el acto, sino que está previsto jurídicamente"<sup>4</sup>. Principio de legalidad en la toma de decisiones que constituye la razón de ser del procedimiento administrativo, que no es otra que evitar la arbitrariedad por parte de la Administración y por lo mismo su infracción acarrea, por contera, la violación del derecho fundamental al debido proceso administrativo (art. 29 Superior) e infracción del principio de legalidad, comporta en últimas la violación de la cláusula constitucional de igualdad. Este principio, en su acepción "formal" o "estática" equivale simplemente al cumplimiento de la ley (inciso primero del art. 13 C.P.), como que en estos eventos el operador jurídico al aplicar la ley -sin distingos- no hace nada distinto que realizar la igualdad<sup>5</sup>.

Para abordar las acciones que posee el Estado contra el Juez Disciplinario, que como ya se dijo, se pueden resumir en dos principales sin tocar las esferas del injusto penal de su actuar. Para el orden lógico, tomamos como primera medida, la acción de acción de repetición. Para ello, traemos como referencia la sentencia C - 619 de 2002 de la Honorable Corte Constitucional, en relación con la naturaleza jurídica de la acción de repetición estableció que "es el medio idóneo para que la administración obtenga el reintegro del monto que ha debido de pagar a modo de indemnización por los daños antijurídicos que haya causado un agente público" además estableció los requisitos para que la acción se pueda adelantar en los cuales señalo los siguientes: "que la entidad pública haya sido condenada por la jurisdicción contencioso administrativa a reparar los daños antijurídicos que con su acción u omisión ha causado a un particular; que se encuentre claramente establecido que el daño

---

<sup>4</sup> MERKL, Adolfo; Teoría General del Derecho Administrativo, Editorial Comares S.L., 2004. p. 272.

<sup>5</sup> Cfr. RUBIO LLORENTE, Francisco, La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en La forma del Poder, estudios sobre la Constitución, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1ª edición, 1993, p. 605 y ss. En igual sentido CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo. La igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en Revista de Derecho Público No. 7, febrero de 1997, Universidad de los Andes, Bogotá, Facultad de Derecho, P. 13 y 14.

antijurídico se produjo como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del funcionario o ex-funcionario público; que la entidad condenada efectivamente haya pagado la suma de dinero fijada por el juez contencioso en la sentencia de condena. Por su parte el Consejo de Estado en reiteradas ocasiones ha señalado como elementos de la acción de repetición los siguientes: La calidad de agente del Estado y la conducta desplegada como tal, determinante del daño causado a un tercero, la cual hubiere generado una condena o la obligación de pagar una suma de dinero derivada de un acuerdo conciliatorio, transacción o cualquier otra forma de terminación de un conflicto; La existencia de una condena judicial a cargo de la entidad pública o la obligación de pagar una suma de dinero derivada de una conciliación, transacción o de cualquier otra forma de terminación de un conflicto; El pago realizado por parte de la Administración; y La calificación de la conducta del agente, como dolosa o gravemente culposa. En donde, los tres primeros se ha reconocido son de carácter objetivo. Por su parte la calificación de la conducta del agente de gravemente culposa o dolosa, es de carácter subjetivo, por lo tanto, se debe analizar con base en la norma vigente en la fecha de presentación de la demanda, siendo estas los artículos 177 del Código de Procedimiento Civil, 90 de la Constitución Política, 77 y 78 del Código Contencioso Administrativo.

Para explicar más a fondo, el programa Presidencial de Lucha contra la Corrupción del Ministerio de Justicia y Derecho, establece la Cartilla Instructiva de Acción de Repetición y Llamamiento en Garantía:

“Esta acción como su nombre lo indica, permite a la entidad pública condenada en un proceso de responsabilidad por sus actos, hechos o contratos, repetir contra un servidor o ex – servidor suyo, cuando considere que este, en razón de su conducta dolosa o gravemente culposa en ejercicio de sus funciones, haya podido ser la causa de la responsabilidad que se le imputó a aquella.

Con antelación a la Constitución Política de 1991 la figura jurídica de la acción de repetición era considerada como una institución de carácter legal, pues sólo la establecía el artículo 78 del C.C.A.:

“Artículo 78. Jurisdicción competente para conocer de la responsabilidad conexa. Los perjudicados podrán demandar, ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo según las reglas generales, a la entidad, al funcionario o a ambos. Si prospera la demanda contra la entidad o contra ambos y se considera que el funcionario debe responder, en todo o en parte, la sentencia dispondrá que satisfaga los perjuicios la entidad. En este caso la entidad repetirá contra el funcionario por lo que le correspondiere.”

A partir de 1991, la Constitución Política le otorga canon constitucional, al ser consagrada en su artículo 90, así:

“Artículo 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste”.

Consiguientemente, la ley 678 de 2001 la define en su artículo 2, así:

“La acción de Repetición es una acción civil de carácter patrimonial que deberá ejercerse en contra del servidor o ex servidor público que como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa haya dado reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado, proveniente de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto. La misma acción se ejercitará contra el particular que investido de una función pública haya ocasionado, en forma dolosa o gravemente culposa, la reparación patrimonial.”

En desarrollo de la acción de repetición, estableció la manera como opera dicha figura estableciendo dos requisitos muy claros, para poder entablar las acciones contra el servidor público indicando en primera medida, que Debe existir daño en contra de la entidad por el pago de una sentencia condenatoria de carácter indemnizatoria o de una conciliación debidamente aprobada. Y en segundo término, La condena proferida o la conciliación lograda deben ser consecuencia de la acción u omisión dolosa o gravemente culposa del servidor o ex-servidor público.

La valoración del dolo como ya la conocemos, es probar la intencionalidad de la falta, traducido en el querer del Juez Disciplinario en sancionar a toda costa al servidor público investigado. Es decir que para el caso disciplinario, sería la intención de sancionar por encima de las valoraciones probatorias a como fuere lugar u omitiendo los términos procesales que la ley señala en el juicio disciplinario. En este aspecto, y como experiencias personal, se presenta con frecuencia en el régimen disciplinario de las fuerzas militares, donde el funcionario competente, a veces obnubilado por su posición dominante y facultado para proferir el fallo, toma determinaciones subjetivas y no tiene en

cuenta el material probatorio, o no permite que el proceso “hable” o se desarrolle por sí solo, atentando contra las garantías constitucionales.

La valoración de La culpa grave es un error de conducta que se establece a partir de la comparación del patrón otorgado por la ley, esto es, de la conducta de un hombre descuidado, de poca prudencia o desjuiciado, quien no habría incurrido en ella al estar en las mismas circunstancias, como sucede cuando se niegan los recursos, que prevé la ley, interpuestos contra un acto administrativo, siendo claramente procedentes, o cuando se actúa en contravía de una prohibición legal sin justificación jurídica.<sup>6</sup> Este tipo de violación, es más frecuente en la administración pública, en las oficinas de control interno, donde cambian constantemente a los funcionarios, sin continuidad en los procesos y a veces, sin la suficiencia cognoscitiva para abordar los casos bajo su tutela, dando lugar a decisiones injustas. La acción de repetición por estas declaratoria de nulidad de los fallo, están dirigida a “recuperar” los dineros que se vio obligado el Estado a cancelar consecuencia de una condena.

Para ello, el soporte normativo lo establece la misma Ley 678 en sus artículos 5° y 6° consagra las siguientes presunciones:

Artículo 5°. Dolo. La conducta es dolosa cuando el agente del Estado quiere la realización de un hecho ajeno a las finalidades del servicio del Estado.

Se presume que existe dolo del agente público por las siguientes causas:

1. Obrar con desviación de poder.
2. Haber expedido el acto administrativo con vicios en su motivación por inexistencia del supuesto de hecho de la decisión adoptada o de la norma que le sirve de fundamento.
3. Haber expedido el acto administrativo con falsa motivación por desviación de la realidad u ocultamiento de los hechos que sirven de sustento a la decisión de la administración.

---

<sup>6</sup>Sección Tercera el 6 de julio de 2005. Exp. 12.249. Actor: Nicolás Eduardo Trejos Ossa. Demandado IDRDC Consejero Ponente: Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

4. Haber sido penal o disciplinariamente responsable a título de dolo por los mismos daños que sirvieron de fundamento para la responsabilidad patrimonial del Estado.

5. Haber expedido la resolución, el auto o sentencia manifiestamente contrario a derecho en un proceso judicial.

Artículo 6º. Culpa grave. La conducta del agente del Estado es gravemente culposa cuando el daño es consecuencia de una infracción directa a la Constitución o a la ley o de una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones.

Se presume que la conducta es gravemente culposa por las siguientes causas:

1. Violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho.

2. Carencia o abuso de competencia para proferir de decisión anulada, determinada por error inexcusable.

3. Omisión de las formas sustanciales o de la esencia para la validez de los actos administrativos determinada por error inexcusable.

4. Violar manifiesta e inexcusablemente el debido proceso en lo referente a detenciones arbitrarias y dilación en los términos procesales con detención física o corporal.

Como se pueden apreciar, son muy claras las causales que establece la norma sobre la precedencia de la acción de repetición, enmarcado el tema en el ámbito disciplinario se puede hablar de un potenciamiento de ese desarrollo normativo, dada la sujeción especial que tienen los sujetos disciplinables, por estar sujeto en la mayoría de los casos a un control de la jurisdicción contenciosa posterior de la actuación disciplinaria que revisa la legalidad de la actuación, que si bien, no opera de manera automática, si es muy frecuente las demandas de las decisiones Disciplinarias administrativas. Es de vital importancia conocer este aspecto, como servidor público, ya que es una presunción legal, que para poder desvirtuarla requiere prueba en contrario de su actuar, invirtiendo la carga probatoria, la cual ya no está en cabeza del Estado, sino en el juez disciplinario o servidor público que adopta la decisión objeto de repetición.

La segunda acción que se deriva de la prosperidad de la acción de nulidad y restablecimiento del fallo sancionador, es la acción disciplinaria, cuya responsabilidad es única y atribuible al Juez Disciplinario; esa acción, va dirigida particularmente en la tipificación de la falta gravísima, Artículo 48 numeral 1 ley 734 de 2002, que se caracteriza por 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 del mismo. Dicha conducta se traduce en el tipo penal denominado prevaricato por acción, a demostrar, que el juez que profirió una resolución o fallo, abiertamente contraria a la ley, y no adopto los mecanismos necesarios para evitar ello durante el desarrollo del proceso, no realizo el análisis juicioso de la actuación disciplinaria antes de proferir el fallo para advertir posibles nulidades. En igual sentido, acarrea el actuar del A-quem, en los eventos que la investigación admita el recurso de alzada, en virtud al deber procesal que la ley le impone de revisar cuidadosamente el actuar del Aquo, con el fin de advertir las posibles violaciones a las garantías del disciplinado dentro de la actuación del Aquo. Es en estas instancias, es donde se evidencia la tipicidad de la falta disciplinaria, que configura la acción prevaricadora, que se traducen en providencias contrarias a la ley, dando lugar al ejercicio de la acción disciplinaria en su contra. A más de lo dicho, de conformidad con el canon 143 del CDU<sup>7</sup>, la declaratoria de nulidad remite a tres causales: (i) la falta de competencia del funcionario para proferir el fallo; (ii) la violación del derecho de defensa del investigado y (iii) la existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso<sup>8</sup>.

De la lectura del canon enunciado nótese que las dos primeras aluden al juez natural disciplinario y al derecho de defensa, elementos que dimanen de la garantía al proceso justo y debido, la última de las causales referenciadas por el contrario, aunque de forma por demás genérica, se sumerge también en una afrenta al debido proceso luego de advertirse la presencia de “irregularidades sustanciales”; anomalías éstas que, en todo caso, no definió el Legislador y que, por consiguiente, deberán aterrizar conforme a criterios como el de razonabilidad y el de proporcionalidad.<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup> **ARTÍCULO 143. CAUSALES DE NULIDAD.** Son causales de nulidad las siguientes: 1. La falta de competencia del funcionario para proferir el fallo. 2. La violación del derecho de defensa del investigado. 3. La existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso.

<sup>8</sup> Sala Disciplinaria radicación IUC-D-2008-812-58482, Vice Procuraduría General de la Nación fallo del 28 de junio de 2011 Dra. MARTHA ISABEL CASTAÑEDA CURVELO Viceprocuradora

<sup>9</sup> Sala Disciplinaria radicación IUC-D-2008-812-58482, ViceProcuraduría General de la Nación fallo del 28 de junio de 2011

Así, la afectación del debido proceso por la ocurrencia de irregularidades sustanciales en la actuación disciplinaria, supone la transgresión del núcleo esencial al proceso justo; vale decir, ese conjunto de límites a los cuales se encuentran sometidas todas las autoridades públicas para no mermar los efectos que emanan de esa garantía, dentro de las cuales se encuentran como derechos correlativos: el respecto a la doble instancia, al juez natural, a la defensa, a poder aportar y contradecir las pruebas en las oportunidades de ley, la legalidad y la tipicidad en la justa medida del trámite disciplinario, a la congruencia en el fallo, la motivación debida de la decisión, el acceso a la jurisdicción y a la administración con sujeción a una tutela judicial efectiva, la efectividad de las decisiones conforme al postulado de la eficacia, la presunción de inocencia, el principio de la cosa juzgada, la prohibición de la *reformatio in pejus*, el respeto al *non bis in idem*, el cumplimiento del postulado de la publicidad respecto de todas las decisiones que se adopten, y la imparcialidad del Operador Jurídico en el adelantamiento de todas y cada una de las etapas de la actuación.

Habida cuenta de lo dicho, la aparición procesal de las llamadas “irregularidades sustanciales”, comportan un verdadero atentado contra el contenido esencial al debido proceso en esos casos y no en cualquier tipo de yerro subsanable. Por tanto, el objeto de reconocer este tipo de anomalías *in procedendo* y valorarlas bajo el prisma del debido proceso se traduce en (i) asegurar el ordenado funcionamiento de la administración, (ii) la validez de sus propias actuaciones y, (iii) resguardar el derecho a la seguridad jurídica y a la defensa de los administrados al interior de la investigación disciplinaria.<sup>10</sup>

En igual sentido, de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha precisado lo siguiente:

“En suma, en relación con la configuración del tipo penal de prevaricato por acción, la jurisprudencia sentada por la Corte Suprema de Justicia, ha considerado que (i) el delito puede ser cometido por los jueces, los servidores públicos y en ocasiones por particulares que ejercen funciones públicas, en los términos que señala el Código Penal; (ii) en cuanto al sujeto pasivo de la conducta, se ha estimado que es la administración pública, aunque se admite que, en ciertos

---

<sup>10</sup> Sala Disciplinaria radicación IUC-D-2008-812-58482, ViceProcuraduría General de la Nación fallo del 28 de junio de 2011 Dra. MARTHA ISABEL CASTAÑEDA CURVELO Viceprocuradora

casos, pueda tratarse de un delito pluriofensivo; (iii) el objeto material del delito comprende resoluciones, dictámenes o conceptos, es decir, abarca tanto decisiones judiciales como actos administrativos. A su vez, la expresión “contrario a la ley”, ha sido entendida por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en el sentido de que con aquélla se designa: (i) la norma jurídica aplicable al caso concreto; (ii) el ordenamiento jurídico colombiano; (iii) los mandatos constitucionales; (iv) ley en sentidos formal y material, ya que no distingue entre una y otra; y (v) actos administrativos. En otras palabras, de conformidad con la jurisprudencia sentada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, la expresión “ley”, contenida en el artículo 413 del Código Penal no ha sido entendida y aplicada únicamente como sinónimo de acto normativo expedido por el Congreso de la República. Por el contrario, el significado más empleado en la jurisprudencia de la Sala Penal al término “ley” ha sido aquel de “norma jurídica aplicable al caso concreto”, interpretación que es plausible y ajustada a la Constitución, como quiera que aquélla puede ser la Constitución, las normas que integran el bloque de constitucionalidad o la jurisprudencia constitucional...”<sup>11</sup>

De lo visto anteriormente, analizamos que la tipificación antes enunciada no tiene distingos entre sentencias judiciales y actos administrativos, abarcando una amplia gama de servidores públicos que están sujetos a dicha tipificación, de acuerdo a su estructura normativa de la ley penal; también podemos analizar que hay una capa muy delgada que separa los criterios empleados por un operador y que pueden otorgar un alcance y significado normativo diferente para adoptar una decisión, mientras que para otros, puede significar la misma decisión, una acción prevaricadora pese a estar frente a un mismo criterio jurídico. Es en este punto, donde juegan un papel muy importante las garantías y ritualidades del proceso, ya que el funcionario que ha otorgado y respetado las garantías al investigado y ha respetado el debido proceso, goza de un “velo” de protección, que lo mantiene a salvo de las posibles eventualidades de la evaluación realizada por la jurisdicción contenciosa.

La ilustración que se efectúa en este artículo, obedece al absoluto cuidado que debe tener el funcionario competente o “juez disciplinario” en el ritualismo del proceso disciplinario y las garantías estipuladas en la norma superior para la solidez y contundencia de sus providencias, para que no se vean afectadas en las revisiones de los controles de legalidad que efectúa la jurisdicción contenciosa y las posteriores acciones disciplinarias y de repetición por parte de la administración,

---

<sup>11</sup> Sentencia C- 335 de 2008 Referencia: expedientes D-6943 y D-6946 Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 413 de la Ley 599 de 2000. Demandantes: Franky Urrego Ortiz, Iván Estrada Vélez y otros. Magistrado Ponente: Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO Bogotá, D.C., dieciséis (16) de abril de dos mil ocho (2008).

eliminando el efecto “boomerang”. Si bien, el control que efectúa el contencioso no se trata de una tercera instancia, la actualidad judicial ha mostrado que la justicia disciplinaria está siendo objeto de modulaciones y cambios por parte del Consejo de Estado. Cosa diferente ocurre con las providencias de los jueces, que tienen un cierre “definitivo” y que en últimas agrupa parte de la discusión de los poderes disciplinarios de los funcionarios y las providencias que profieren.

En momentos de inseguridad jurídica, y replanteamientos sobre los conceptos y alcances de los poderes disciplinarios de la Procuraduría, vemos el caso reciente en el cual el Consejo de Estado revocó la sanción de destitución e inhabilidad de 12 años para ejercer cargos públicos que la Procuraduría General de la Nación le impuso al ex alcalde de Medellín Alonso Salazar por participación en política, y dictó una nueva sentencia, en la que optó por decretarle una amonestación. Se itera el llamado de atención, sobre el control de legalidad que efectúa, que la providencia disciplinaria se torno en una especie de casación Disciplinaria, ya no solo revisando la ritualidad y garantías del debido proceso, sino que se encuentra modulando la sentencia, fallando nuevamente el asunto bajo su control.<sup>12</sup> Este nuevo planteamiento, exige como se ha vislumbrado un mejor ejercicio de la acción disciplinaria para evitar los efectos mencionados y ser objeto de investigación y afectación económica.

Ahora se cuestiona si un fallo disciplinario proferido y revocado, luego de ocasionar efectos jurídicos, logra constituir una conducta dolosa o gravemente culposa, merecedora de un proceso disciplinario. Pues es para este intérprete si, recordemos que la falta disciplinaria se constituye por un hecho típico prevaricador, como ya hemos explicado los alcances y el desarrollo realizado por la jurisprudencia sentada de la Corte Suprema de Justicia. Por tal motivo, está llamada por lo menos la investigación disciplinaria, y en un sentido crítico, apartandonos de la intencionalidad de proferir el fallo contradictorio del artículo 29 Constitucional, analicemos la conducta prevaricadora desde el punto de vista gravemente culposo, es decir cuando el daño es consecuencia de una infracción directa a la Constitución o a la ley o de una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones. En

---

<sup>12</sup> (Consejo de Estado, Sección Segunda, Expediente 11001032500020130011700 (02632013), mar. 27/14, C. P. Gustavo Gómez)

aplicación de la hipótesis planteada en este trabajo, es la conducta más fácil de “cometer” por la violación directa al debido proceso, falta en que puede incurrir cualquier operador disciplinario, en especial cuando se obra en segunda instancia, pues se actúa como filtro de la legalidad en toda actuación. La conducta gravemente culposa, se presume por la violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho, carencia o abuso de competencia para proferir de decisión anulada determinada por error inexcusable o por la omisión de las formas sustanciales o de la esencia para la validez de los actos administrativos determinada por error inexcusable.

Ahora bien, estamos frente a los eventos en los cuales se ha tramitado un proceso disciplinario en dos instancias administrativas disciplinarias y ha sido objeto de revocatoria por la vía contenciosa. No, la responsabilidad disciplinaria va más allá, y también opera sin que exista propiamente un proceso disciplinario. extendámonos en la casuística, y tomemos un ejemplo en el cuales, la responsabilidad disciplinaria se extiende sin la existencia de un proceso disciplinario. Dicho lo anterior, analicemos una resolución administrativa de una entidad pública que niega el reconocimiento pensional, la cual es objeto de demanda contenciosa u ordinaria y posteriormente es revocada y condenada la entidad. Tal actuación del servidor que niega el reconocimiento pensional, debería dar origen a una investigación disciplinaria contra dicho servidor público que profirió el acto.

Estamos frente a una línea muy delgada como se puede apreciar, para que un funcionario público, actuando como el competente disciplinario para sancionar o facultado para emitir un acto administrativo, sea objeto de una investigación disciplinaria y administrativa contra el funcionario que profiere la decisión. Soy un fanático de la posición garantista del investigado y de la supremacía de la Constitución Política como norma de normas, por la aplicación irrestricta del artículo 29 superior. Sin embargo también soy crítico de la posición adoptada por el consejo de Estado, en su nueva fase creadora de derechos, como quiera que defiende de la teoría positivista del derecho en el sentido del sometimiento de los jueces al imperio de la ley, y no a la creación por vía judicial de derechos. No Estamos bajo un sistema marcado por los precedentes judiciales que brindan dicha oportunidad.

No quiere decir ello, que sea totalmente reacio a comentar algunas teorías sobre la aplicación del derecho, como lo expone algunos autores, que ilustran la posibilidad que tienen los operadores jurídicos de crear derecho entre ellos (Bulsygin), quien abiertamente aplica esta teoría creadora de normas jurídicas a partir de condiciones generales sustentadas en motivaciones particulares y personales de los jueces para la solución de conflictos, y va en contravía de las posiciones dogmáticas tradicionales (Kelsen) y el positivismo puro. Se trata de que la interpretación normativa no puede ser fundamentada en contra de las garantías del investigado, que se explica en la revocatoria de los fallos disciplinarios por la vía contenciosa que dan origen a situaciones jurídicas particulares y responsabilidades del los jueces disciplinarios. Se trata que toda interpretación fáctica y jurídica debe contener como primera medida la absoluta seguridad que el fallo disciplinario no violentó ninguna garantía constitucional por aplicación de justicia caprichosa para evitar que prospere la revocatoria contenciosa.

## CONCLUSIONES

De lo visto anteriormente, hacemos un llamado a los jueces disciplinarios para adelantar con la mayor seriedad los trámites administrativos disciplinarios, no solo por la afectación de los derechos del servidor público que su errada decisión ocasione, sino por la grave afectación de los principios que gobiernan la administración pública y derechos propios del director del proceso, que con su actuar, por lejos de las garantías Constitucionales ‘debido proceso’, y sin criterios de imparcialidad, provocan las lesiones al patrimonio público y las trasgresiones a normas subjetivas de determinación en una ‘reversión’ de su acción, que en la mayoría de los casos terminan en destitución e inhabilidad.

La jurisprudencia en materia contencioso administrativa ha sido muy clara, al determinar que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no es una tercera instancia, sino más bien un vigía de la legalidad de la actuación de las autoridades administrativas. Este hecho que llama la atención, por lo limitante del conocimiento de la actuación de ésta instancia. Este artículo debe considerarse una apología en favor de las ritualidades del proceso disciplinario, en un llamado a revisar detalladamente ésta ritualidad previo a tomar la decisión de fondo.

El otro llamado que hacemos es a la verdadera justicia disciplinaria frente a los actos de indisciplina. En muchas oportunidades, se adelanta la investigación disciplinaria con el fin de sancionar las conductas reprochables a los servidores públicos cuando verdaderamente se encuentra demostrada la afectación al deber sustancial en contra vía de los principios de la administración pública. No obstante lo anterior, estos procesos disciplinarios no son adelantados con las rigurosidades necesarias o las formas propias de este juicio, y se ven revocados ante la jurisdicción contenciosa por ritualidades procesales evidentes, que a la postre generan impunidad por el hecho de hacer transito a cosa juzgada, quedando la falta disciplinaria visible, sino también, desgastes administrativos, esfuerzo, sanciones e implicaciones económicas.

Este t3pico que hemos abordado, no solo opera para los jueces disciplinarios, sino adem1s, que pretendiendo ser un poco ambicioso, se puede aplicar a todas las actuaciones de la administraci3n que afecten derechos particulares y concretos, no solo de 1ndole laboral directa, sino indirectamente. Me explico, y para citar un ejemplo, hay actos administrativos que lesionan derechos sin tener un v1nculo directo con la administraci3n desde el punto de vista p1blico, es el caso de los actos administrativos que reconocen o niegan derechos pensionales. Este es uno de los m1s frecuentes que se pueden observar. A t1tulo de ilustraci3n, un afiliado al R3gimen de prima media con prestaci3n definida que administra COLPENSIONES le niegan su derecho a la pensi3n, pese a cumplir con los requisitos se1alados en la ley 100 de 1993 para acceder a ello. Este acto administrativo es demandado, sea por la v1a contencioso administrativo o jurisdicci3n laboral, obteniendo la revocatoria del acto y el consecuente reconocimiento pensional. Este ejemplo, por citar tan solo uno, en los que la administraci3n afecta derechos de terceros genera a mi juicio las mismas consecuencias jur1dicas para el funcionario que profiri3 dicho acto, ya que se observan las mismas consecuencias para la administraci3n p1blica y las inobservancias m1nimas al momento de reconocer o negar el derecho a la pensi3n.

Sea lo anterior un llamado a los operadores disciplinarios, servidores p1blicos y en general, a todas aquellas personas encargados de tomar las determinaciones de fondo sobre los asuntos bajo su tutela, que afecten derechos de los sujetos destinatarios de la norma, para que guarden siempre la legalidad de la actuaci3n bajo los par1metros de las formas propias de cada juicio (articulo 29 Constituci3n Pol1tica), evitando desgastes judiciales y responsabilidades econ3micas y disciplinarias pues como se mostro en este articulo, se encuentran las herramientas en manos de la administraci3n para revertir el acto violatorio.

El juez tiene cierta facultad de interpretar la norma, sin embargo no le es dado adoptar decisiones que se encuentran fuera de los l1mites que la misma constituci3n le impone. Ll1mese limite al art1culo 29 Constitucional, que en todo caso, es la base de todo proceso judicial y administrativo. No puede perderse de vista la regulaci3n general de la ley para la aplicaci3n y soluci3n de conflictos a los casos particulares, en especial en los fallos disciplinarios. Llegara el d1a en que el Estado se tome la tarea de iniciar responsablemente las acciones disciplinarias y pecuniarias contra los jueces disciplinarios que utilizan el derecho disciplinario como un mecanismo represivo y abusivo para infundir terror

a los servidores públicos fundados en fallos contrarios al positivismo jurídico que regula el derecho sancionador.

No se trata de generar un pánico irresponsable a los operadores disciplinarios, ni tampoco huir de la responsabilidad que implica un cargo de función pública, sino de alertar sobre la fragilidad y la posibilidad real en que se encuentran inmersos los jueces disciplinarios al momento de adelantar una investigación de cometer una falta disciplinaria.

## BIBLIOGRAFÍA

SAVIGNY, Federico. Sistema de Derecho Romano actual, en la ciencia del derecho. Losada, Buenos Aires 1949, pag 82

RECASENS SICHES, Luis. Tratado General de Filosofía del Derecho. Porrúa México 1978. Pag. 98.

Constitución política de Colombia publicada en la gaceta constitucional no. 116 de 20 de julio de 1991.

Diccionario de la Lengua Española Real Academia de la Lengua Española. Vigésimo Primera Edición 1992 Pag. 1181.

KELSEN Hans. Teoría Pura del Derecho. Introducción a la ciencia del derecho. Editorial reflexión.

RUBIO LLORENTE, Francisco, La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en La forma del Poder, estudios sobre la Constitución, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1ª edición, 1993, p. 605 y ss.

CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo. La igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en Revista de Derecho Público No. 7, febrero de 1997, Universidad de los Andes, Bogotá, Facultad de Derecho, P. 13 y 14.

Ley 678 De 2001 (agosto 3) Diario Oficial No. 44.509, de 4 de agosto de 2001. Por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición.

Ley 734 De 2002 (febrero 5) Diario Oficial No. 44.708 de 13 de febrero de 2002. Por la cual se expide el Código Disciplinario Único.

Ley 836 De 2003 (julio 16), Diario Oficial No. No. 45.251, de 17 de julio de 2003. Por la cual se expide el reglamento del Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares.

EUGENIO BULYGIN; Los Jueces ¿Crean Derecho? Isonomia No 18 Revista Teoría y Filosofía del Derecho Abril de 2003 pag 7-25 abril

MERKL, ADOLFO; Teoría General del Derecho Administrativo, Editorial Comares S.L., 2004. p. 272.

Consejo de Estado Sección Tercera el 6 de julio de 2005. Exp. 12.249. Actor: Nicolás Eduardo Trejos Ossa. Demandado IDRDC Consejero Ponente: Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

Sentencia C- 335 de 2008 Referencia: expedientes D-6943 y D-6946 Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 413 de la Ley 599 de 2000. Demandantes: Franky Urrego Ortiz, Iván Estrada Vélez y otros. Magistrado Ponente: Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO Bogotá, D.C., dieciséis (16) de abril de dos mil ocho (2008).

Sala Disciplinaria radicación IUC-D-2008-812-58482, ViceProcuraduría General de la Nación fallo del 28 de junio de 2011 Dra. Martha Isabel Castañeda Curvelo Viceprocuradora.