

TIPOLOGÍAS DISCIPLINARIAS

“(...) Una valoración del concepto de tipología aplicado a las temáticas propias del derecho disciplinario y su relación con los deberes funcionales de la Personería Distrital. (...)”.

**Elaborado por: DIEGO ENRIQUE CRUZ MAHECHA en desarrollo
del Proyecto 7526 PERSONERÍA DE BOGOTÁ**

Contrato 699 de 2018

CONTENIDO

NOTA INTRODUCTORIA Y DE CONTEXTO	4
INFORMACIÓN CORRESPONDIENTE AL AÑO 2015.	11
INFORMACIÓN CORRESPONDIENTE AL AÑO 2016	12
INFORMACIÓN CORRESPONDIENTE AL AÑO 2017.	13
INFORMACIÓN CORRESPONDIENTE A ENERO DE 2018	13
EVOLUCIÓN Y TENDENCIAS ESTADÍSTICAS	14
INFORMACIÓN CORRESPONDIENTE A LAS CONDUCTAS GENERADORAS DE ACTUACIÓN DISCIPLINARIA	15
ESTADÍSTICAS SEGÚN LA NATURALEZA DE LOS SUJETOS CONTRA QUIENES SE PRESENTARON QUEJAS O DENUNCIAS DE ÍNDOLE DISCIPLINARIA.	20
DE LAS TIPOLOGÍAS PROPIAMENTE TAL	25
1. DE LAS TIPOLOGÍAS GENERADAS EN TRÁMITES ADMINISTRATIVOS.	26
1.1. DEBIDO PROCESO.	26
1.2. HALLAZGOS DISCIPLINARIOS.	35
1.3. VIOLACIÓN AL RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES	37
1.4. IRREGULARIDADES EN QUERELLAS.	47
2. DE LOS ASUNTOS RELACIONADOS CON LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO.	52
2.1. ABUSO DE AUTORIDAD.	53
2.2. ACOSO LABORAL, HOSTIGAMIENTO Y MALTRATO.	61
2.3. EXTRALIMITACIÓN DE FUNCIONES.	70
2.4. INCUMPLIMIENTO DE DEBERES Y FUNCIONES.	73
2.5. INCURSIÓN EN PROHIBICIONES Y PARTICIPACIÓN EN POLÍTICA.	78
2.6. MORA EN TRÁMITES Y RESPUESTA A DERECHO DE PETICIÓN.	88
2.7. TRATOS IRRESPECTUOSOS, OMISIÓN DE FUNCIONES, VIOLACIÓN A LAS NORMAS DE TRANSITO.	94
3. ASUNTOS RELACIONADOS CON CONDUCTAS DELICTIVAS.	97
3.1. ACOSO SEXUAL.	97
3.2. DETRIMENTO PATRIMONIAL	101

3.3 INCUMPLIMIENTO DE FALLOS.	106
3.4. PAGOS INDEBIDOS.	110
3.5. USO INDEBIDO DE BIENES PÚBLICOS.	113
3.6. DOBLE VINCULACIÓN O PAGO DE ASIGNACIÓN SALARIAL.	115
3.7. VIOLACIÓN AL RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN.	118
4. ASUNTOS RELACIONADOS CON EL BIENESTAR GENERAL Y EL MEDIO AMBIENTE.	121
5. ASUNTOS QUE AFECTAN GARANTÍAS CONSTITUCIONALES.	135
BIBLIOGRAFÍA.	138

NOTA INTRODUCTORIA Y DE CONTEXTO

Que es una tipología, para entender que se entiende por tal, es necesario que se acuda a una serie de fuentes que permiten dimensionar no solamente la significación que le corresponde, sino las diversas manifestaciones que puede encerrar su aplicación práctica.

Al revisar la definición consagrada por el diccionario de la real academia española y la brinda en el portal electrónico www.significados.com, se logra evidenciar que el concepto tipología no responde a una definición básica e irrestricta, contrario a ello, este se proyecta desde los albores propios de una acción, llegando incluso hasta aquellos que pueden ser predicables de una ciencia en concreto.

Ahondemos un poco más en esta aseveración y procedemos a revisar las referidas definiciones, en el diccionario de la RAE, se indica que se entiende por tipología dentro de una acepción general, el “(...) *estudio y clasificación de tipos que se practica en diversas ciencias (...)*”¹, es decir que se refiere a una acción de catalogación científica, por cuanto tal proceso responde a una serie de reglas y variables que brinda la naturaleza mismas de los asuntos a valorar y clasificar.

Esta visión se potencializa y desarrolla en tal sentido, en la definición establecida en el ya referido portal electrónico, en el que se indicó sobre el particular que; “(...)

*La tipología es la **ciencia** que estudia los **tipos o clases**, la diferencia intuitiva y conceptual de las formas de modelo o de las formas básicas. (...)*”². Como se aprecia en tal definición se parte directamente del criterio que la tipología es una ciencia por sí misma, se piensa que tal consideración se da en razón a que en ella,

¹ Tomado del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, Editado por SLU Espasa libros, 23 Ed. Madrid, 2014.

² Tomado del portal electrónico www.significados.com, consultado el 23 de marzo de 2018.

se edifican con claridad cada uno de los elementos con los que comúnmente se identifican a las ciencias, tal como lo es; el ser un conjunto estructurados de conocimientos, obtenidos mediante un procedimiento en el que se conjuga la observación y el razonamiento de los cuales se ha de derivar el establecimiento tanto de principios, como de leyes de carácter general³, resultante que necesariamente se han de conjugar, con los criterios también científicos, prácticos y teóricos que son predicables respecto a la materia sobre la cual se construye una tipología.

Según lo anterior, cuando se pretende establecer una tipología relativa a las conductas que comúnmente se consideran relevantes en materia disciplinaria, necesariamente se debe profundizar en la naturaleza de los criterios que le han de integrar repasando no solo su estructura semántica y conceptual, sino que adicionalmente se repare en su contenido normativo, jurisprudencial y doctrinario.

La materia que nos proponemos abordar, encierra aspectos propios de tres grandes áreas del derecho contemporáneo, como lo son el Derecho Penal, el Derecho Administrativo y el Derecho Constitucional, aunque cada uno de ellos tienen sus contenidos específicos, es claro que la esencia filosófica e ideológica de estos se ha integrado, cuando se dio origen al denominado derecho disciplinario, pese a que en nuestro medio este terminó por hacer parte de los denominados procesos sancionatorios administrativos, el cual cuenta con norma especial, es innegable que por su naturaleza en él han de tener aplicación principios rectores tanto del derecho

³ Planteamiento que corresponde la concepto de ciencia, establecido en el diccionario de la RAE, que indica sobre el particular que se trata del “(...) *Conjunto de conocimientos obtenidos mediante la observación y el razonamiento, sistemáticamente estructurados y de los que se deducen principios y leyes generales con capacidad predictiva y comprobables experimentalmente.* (...)”, Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, Óp.Cit.

penal⁴, administrativo⁵ como constitucional⁶, instituciones como el debido proceso, la proporcionalidad de la pena, la defensa técnica o la primacía de la dignidad humana y de los derechos fundamentales, son de necesaria aplicación cuando se pretende hablar de derecho disciplinario o de las instituciones que en virtud del mismo se han de erigir.

Por lo anterior, es claro que la relación de integración del derecho disciplinario con las demás estructuras del sistema normativo colombiano, se da en razón a la confluencia de fuentes e instituciones que en el mismo convergen, lo que hace que cualquier construcción que sobre tal particular encierre aspectos propios de las diversas áreas del derecho actual que se articulan con el cuerpo normativo básico que rige la materia a fin de garantizar los derechos y garantías propias de las personas y la prestación de la correcta función y administración pública⁷.

La función disciplinaria como función pública: se considera pertinente proceder a referir el papel que corresponde a la función disciplinaria dentro de la estructura y el accionar público, para ello es necesario que previamente se recuerde el concepto de “*función disciplinaria*”, lamentablemente la mayoría de los textos doctrinarios e incluso normativos en los que se le aborda, parten del supuesto de hecho que el lector ya conoce cuál es su significación, por lo que proceden a señalar sus manifestaciones o implicaciones legales y sancionatorias, así ocurre por ejemplo con la Ley 734 de 2002, la cual es la norma rectora en materia disciplinaria, disposición que parte de la base conceptual que es el Estado el único titular de la

⁴ Respecto a la estructura rectora y principios propios del Derecho Penal, puede consultarse entre otras obras la de REYES ECHANDIA Alfonso, *Derecho Penal*, Bogotá, Editorial Temis, 11ed, 2017.

⁵ En cuanto a la influencia de los principios e instituciones propias del derecho administrativo, puede consultarse entre otras obras la de RODRÍGUEZ Libardo, *Derecho Administrativo General y Colombiano*, Bogotá, Editorial Temis, 19ed. 2015.

⁶ Para ahondar en los principios constitucionales que irradian al derecho en general podría consultarse entre otras la obra de NARANJO MESA Vladimiro, *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*, Bogotá, Editorial Temis 2012.

⁷ Los aspectos relativos a la correcta administración pública, se observan en la Sentencia de la Corte Constitucional C-826 de 2013.

potestad disciplinaria⁸, afirmación que como bien se ha señalado parte del supuesto al que se hizo alusión.

Por ello se considera pertinente acudir a la jurisprudencia constitucional, en especial la Sentencia C-030/12, en la cual se brindan los elementos necesarios para que podamos construir una definición general respecto a tal función.

En tal proveído, se hace una referencia central al contenido en los numerales 2 y 6 de la Ley 734 de 2002, a partir de la cual es posible establecer que la función disciplinaria es predicable de los sujetos a los que les asiste la condición de servidor público, concepto que como es bien conocido tiene su fuente primigenia en el artículo 123 de la Constitución Política⁹, a partir del cual se entiende que ostentan tal condición los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores de Estado en todos sus órdenes y niveles y los particulares que ejercen funciones que sean consideradas como públicas.

Así las cosas, podría afirmarse que los sujetos que son susceptibles de ser cobijados por la denominada acción disciplinaria, son todos aquellos que les corresponde ejercer una función que se entienda como pública, bien sea que la realice permanente o transitoriamente, o por sujetos tanto de naturaleza pública como privada¹⁰.

⁸ Al respecto solo bastaría con precisar el artículo primero de la Ley 734 de 2002, que indica; “(...) *el estado es el titular de la potestad disciplinaria.* (...)”

⁹ Constitución Política de Colombia, artículo 123.”(...) *Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento. La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.* (...)”

¹⁰ Al respecto podría realizarse una contextualización a partir de la afirmación realizada por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en el concepto 855 de 1996¹, al definir al servidor público en los siguientes términos: “(...) *Servidores públicos es un concepto genérico que emplea la Constitución Política para comprender a los miembros de las corporaciones públicas y a los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios; todos ellos están "al servicio del Estado y de la comunidad" y deben ejercer sus funciones "en la forma prevista en la Constitución, la ley y el reglamento."*

El pronunciamiento jurisprudencial en referencia, también nos ilustra sobre el campo de acción que le ha de corresponder a la función disciplinaria, para ello recurre a la mismas disposiciones normativas que líneas atrás se enunciaron, por cuanto en estas se indica es que la existencia de deberes afirmativos y negativos que deben observarse por quienes ejercen funciones públicas, lo que ha de demarcar con su presencia o ausencia la configuración de asuntos disciplinariamente relevantes.

Ello nos lleva a preguntarnos entonces que compete al concepto disciplinariamente, para ello acudimos a la obra de *Guillermo Cabenellas de Torres*, titulado diccionario de ciencias jurídicas, en el que se indica que se entiende por disciplina, concepto germinal de la materia que pretendemos definir a la: “(...) *observancia de las leyes y ordenamientos de una profesión o instituto... (...)*”¹¹, esta incipiente definición, nos permite establecer que cuando nos referimos a aspectos disciplinarios, estamos haciendo alusión a incumplimientos en la observancia de leyes y ordenamientos que por si son de obligatorio cumplimiento, por lo que el Estado titular de este tipo de acciones puede salir a conjurar los efectos de tal incumplimiento y concomitantemente a sancionar a quien haya dado origen a los mismo con su proceder (acción u omisión).

Los argumentos señalados en los párrafos que antecederon, nos permite edificar una definición básica de la función disciplinaria que puede condensarse de la siguiente manera: “*Es la potestad con que cuenta la organización estatal, para investigar y sancionar las omisiones que los sujetos encargados de desarrollar la función pública cometen en ejercicio de tal deber, lo cual no obsta para que por estas mismas conductas tales sujetos sean instruidos penal o fiscalmente.*”

¹¹ Tomado del TORRES Guillermo, *Diccionario de Ciencias Jurídicas* de CABENELLAS, Buenos Aires Editorial Helistas, 2010.

Una vez señalada una definición pertinente de lo que es la función disciplinaria, pasamos a determinar cómo esta constituye lo que administrativa y doctrinariamente se ha denominado como la función pública, término en el cual se involucran y encierran la mayoría de las actuaciones que le corresponde realizar al pleno de la organización estatal, Uriel Amaya, la describe como; “(...) *el conjunto de previsiones normativas que establecen los principios básicos orientadores del comportamiento del servicio público, su esencia finalística en el sentido del cumplimiento de los fines que la Constitución le asigna al Estado en su artículo 1º, así como los parámetros que determinan el estatuto laboral y ético para el ejercicio de dicha función por parte de los agentes estatales (servidores públicos) o particulares, según el caso, todo ello bajo la égida rectora de los principios de legalidad, de la prevalencia del interés general, de la responsabilidad, del control a la actividad pública, entre otros, contenidos en el artículo 122 y siguientes de la Carta. (...)*”¹²

A reglón seguido de la mentada descripción, el autor en referencia señala una condición básica que le asiste a estas funciones, al momento de su materialización, que el presente como una condición de existencia en los siguientes términos; “(...) *para el cumplimiento de estas funciones materiales-fines, denominadas por la doctrina como funciones del Estado, existen las llamadas funciones de poder (funciones formales-medios), dentro de las cuales aparece la función administrativa (junto con la función legislativa, gubernativa, judicial y de control)... (...)*”¹³, dentro de ella encuentra el autor a la función disciplinaria, así se aprecia cuando se continua revisando su obra y se logra apreciar que él señala que, “(...) *con miras a proteger ese bien jurídico de la función pública fundamental para la organización y actividad del estado, éste goza de una potestad sancionadora que le permite imponer sanciones correctivas o disciplinarias a los servidores públicos por las*

¹² AMAYA OLAYA Uriel Alberto, *Teoría de la Responsabilidad Fiscal*, Bogotá, Editorial Universidad Externado de Colombia, 2012.

¹³ *Ibíd*em, pág. 75.

conductas que trasgredan ese ordenamiento jurídico especial, o que extralimiten u omitan el ejercicio de sus funciones...(...)"¹⁴, en cuanto al aspecto específico de la potestad disciplinaria que refirió en la cita anterior continua afirmando; "(...) potestad disciplinaria, mediante la cual se sancionan las faltas cometidas por los titulares de esa función pública, por violación al régimen de deberes que las normas jurídicas les atribuyen para el cumplimiento de sus funciones.(...)"¹⁵.

Como puede apreciarse a simple vista, es innegable que existe una relación entre la función pública y la disciplinaria, por cuanto esta última es una parte integral de la primera, a través de la cual el Estado hace viva una de sus principales funciones, como lo es la inspección y sanción que se pudiese generar de la omisión o la defectuosa prestación del servicio público a cargo de sus agentes en todos sus órdenes.

Así las cosas, es procedente que el lector repare en el hecho que la función pública a la que tanto hemos hecho referencia en los reglones que nos han antecedido, es el concepto en el que se encierran la totalidad de actividades a través de la cual la institucionalidad estatal en pleno realiza las funciones que misional y reglamentariamente le corresponden y a través de la cual entran en interacción con las personas en general y a partir de ella es que es posible que se predique la existencia de criterios de responsabilidad disciplinaria.

A continuación se procede a referir la información estadística que denota en que actividades o procesos se está generando conductas que pueden tipificarse como disciplinarias, este proceso se hace con las cifras correspondientes a los años 2015, 2016, 2017 y la primera mensualidad del año 2018.

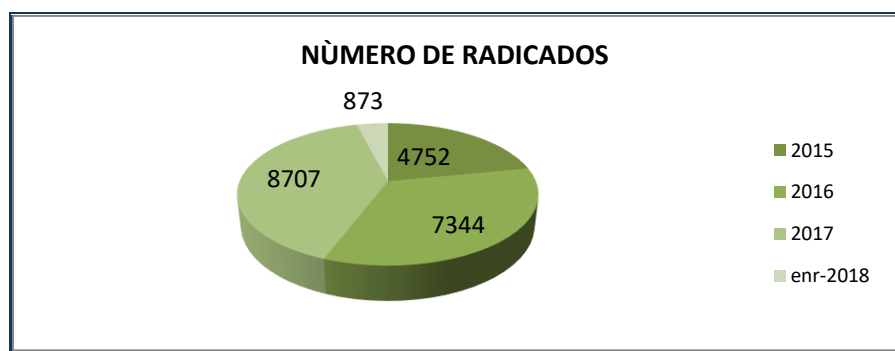
¹⁴ Ibídem, pág. 76

¹⁵ Ibídem.

Los radicados presentados ante la Personería Distrital, durante el periodo referido cuya temática correspondían a asuntos de naturaleza disciplinaria, correspondió a 21.676, los cuales se discriminan por anualidad de la siguiente manera:

anualidad	Numero de radicado
2015	4752
2016	7344
2017	8707
2018 (enero)	873

Graficación de la Información por anualidades integradas.



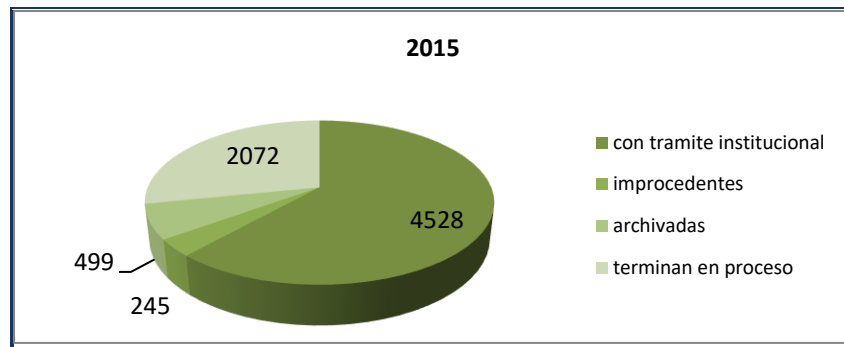
Pormenorización de la información por anualidades.

INFORMACIÓN CORRESPONDIENTE AL AÑO 2015.

En lo que respecta al año 2015, se registró un total de comunicaciones radicadas equivalentes a 4.752, a las cuales se les brindo el tratamiento que continuación se detalla:

- 2.884 – se consideraron como consultas de índole disciplinarias y se les brindo el trámite que institucionalmente se ha establecido para este tipo de comunicaciones, dando respuesta efectiva al peticionario.

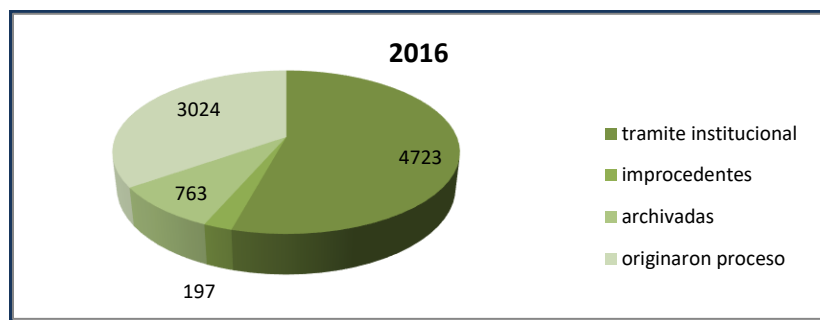
- 133 – Archivadas.
- 317 - Desestimadas por improcedentes.
- 1418 - En proceso disciplinario.



INFORMACIÓN CORRESPONDIENTE AL AÑO 2016.

En lo que respecta al año 2016, se registró un total de comunicaciones radicadas equivalentes a 7344, a las cuales se les brindo el tratamiento que continuación se detalla:

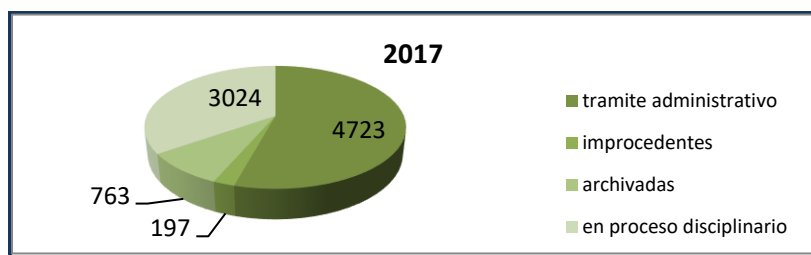
- 4528 – se consideraron como consultas de índole disciplinarias y se les brindo el trámite que institucionalmente se ha establecido para este tipo de comunicaciones, dando respuesta efectiva al peticionario.
- 245 - Desestimadas por improcedentes.
- 499 – Archivadas.
- 2072 - En proceso disciplinario.



INFORMACIÓN CORRESPONDIENTE AL AÑO 2017.

En lo que respecta al año 2017, se registró un total de comunicaciones radicadas equivalentes a 8707, a las cuales se les brindo el tratamiento que continuación se detalla:

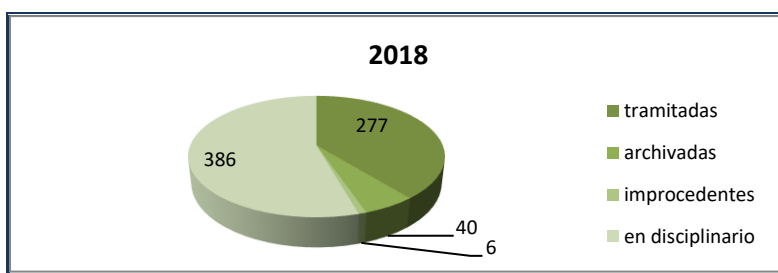
- 4723 – se consideraron como consultas de índole disciplinarias y se les brindo el trámite que institucionalmente se ha establecido para este tipo de comunicaciones, dando respuesta efectiva al peticionario.
- 197 - Improcedentes.
- 763 – Archivadas.
- 3024 – En proceso disciplinario.



INFORMACIÓN CORRESPONDIENTE A ENERO DE 2018

En lo que respecta al mes de enero de año 2018, el cual nos sirve de indicador para proyectar las cifras promedio de todo el año, se han registrado un total de comunicaciones radicadas equivalentes a 873 a las cuales se les brindo el tratamiento que continuación se detalla:

- 277 – se consideraron como consultas de índole disciplinarias y se les brindo el trámite que institucionalmente se ha establecido para este tipo de comunicaciones, dando respuesta efectiva al peticionario.
- 40 – Archivadas.
- 6 - Improcedentes.
- 386 –En proceso disciplinario.
- 164 – están en proceso de valoración, clasificación y atención

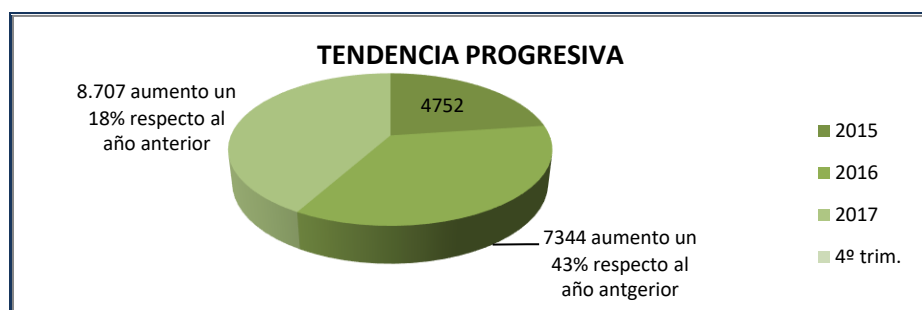


EVOLUCIÓN Y TENDENCIAS ESTADÍSTICAS

Como puede evidenciarse la tendencia que marca la valoración de la información relativa a las estadísticas de peticiones presentadas ante la personería distrital de Bogotá DC. que inicialmente tiene tintes disciplinarios está marcada por la tendencia a aumentar, se considera que este es una muestra de los mayores canales de comunicación que la personería estableció para que las personas en general puedan tener acceso a ella y dar a conocer todas aquellas situaciones, hechos y casos que en su diario vivir se presentan y que pueden afectar el normal

desarrollo de la función pública y desconocer la prevalencia de los derechos fundamentales de individuos o comunidades.

Esta mayor grado de interacción con la comunidad ha llevado a que se pase del año 2015 en donde se radicaron y atendieron 4752, peticiones de índole disciplinario o que en un principio guardaban relación con esta temática, a en el año 2016 a obtener un consolidado por los mismos criterios de 7344 radicados, lo que constituye un aumento aproximado del 43%, para el año 2017, este aumento fue más mesurado pues se alcanzó una cifra sobre el particular de 8707 radicados, lo que generó un aumento promedio de 18%. La tendencia esperada para el año 2018, según las cifras generadas al mes de enero, pareciesen mantener la constante al menos en número de radicaciones a la del año 2017, aunque es algo temprano para realizar una afirmación como esta, al constituir una mera proyección se considera pertinente.



INFORMACIÓN CORRESPONDIENTE A LAS CONDUCTAS GENERADORAS DE ACTUACIÓN DISCIPLINARIA

A continuación se presenta la información recolectada por la personería de Bogotá DC a través de los distintos canales que ha establecido para ello, que guardan relación con asuntos disciplinarios, catalogados por hecho o conducta generadora, agrupados en índice jurídico-temático.

Para efectos del presente documento se han establecido cinco (5) índices jurídico – temáticos, cada uno de ellos contiene elementos comunicantes que permiten la agrupación de los tipos de conducta que se presentan en la información obtenida por la Personería Distrital. Estos índices se corresponden de la siguiente manera:

1. ASUNTOS RELACIONADOS CON LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO:

aquí se agrupan todas aquellas conductas que se refieren a descontextualizaciones, anormalidades e irregularidades generadas en el curso diario de la función pública, en el que el actuar del servidor es determinante para la ocurrencia de la conducta disciplinable.

2. ASUNTOS RELACIONADOS CON TRÁMITES ADMINISTRATIVOS:

pese a la similitud que puede profesarse con el numeral anterior, en este se agrupan todas a aquellas conductas que generan una omisión en la cual no es solo el accionar del servidor, el aspecto determinante para su configuración sino la afectación puede predicarse de todo el procedimiento administrativo que se adelantó.

3. ASUNTOS RELACIONADOS CON CONDUCTAS DELICTIVAS:

en este ítem se integran aquellas conductas que por su naturaleza rayan con criterios propios del derecho penal, pero que en razón al grado y las circunstancias mimas que encierran el hecho generador competen ser atendidos por las instituciones propias del derecho disciplinario.

4. ASUNTO RELACIONADOS CON EL BIENESTAR GENERAL Y EL MEDIO

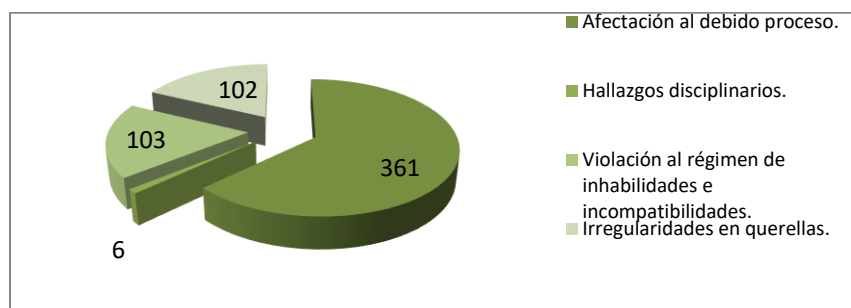
AMBIENTE: se determinó acertado establecer un ítem específico en el que se tratan aquellos asuntos de prioritaria importancia para el colectivo y la sociedad en general, por cuanto lo integran temáticas como el bienestar general y el medio ambiente.

5. ASUNTOS QUE AFECTAN GARANTÍAS CONSTITUCIONALES:

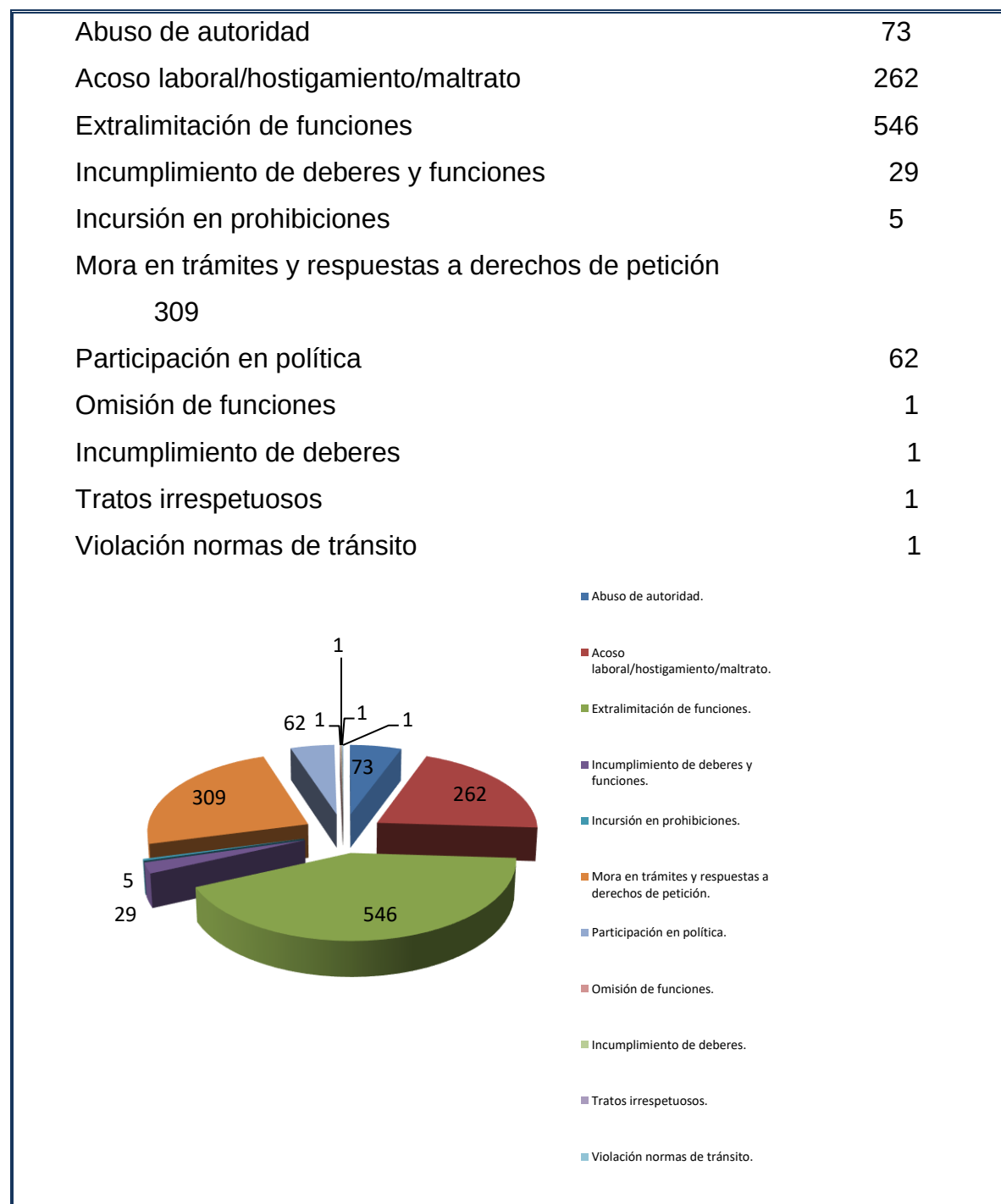
En este último ítem, se ubican aquellas conductas que claramente atentan contra las garantías constitucionales de las personas en general predicables de la actual de las entidades públicas o de sus servidores, en lo que es propio al ámbito de competencia de la personería distrital de Bogotá DC.

ASUNTOS RELACIONADOS CON TRÁMITES ADMINISTRATIVOS:

Afectación al debido proceso.	361
Hallazgos disciplinarios.	6
Violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades.	103
Irregularidades en querellas.	102

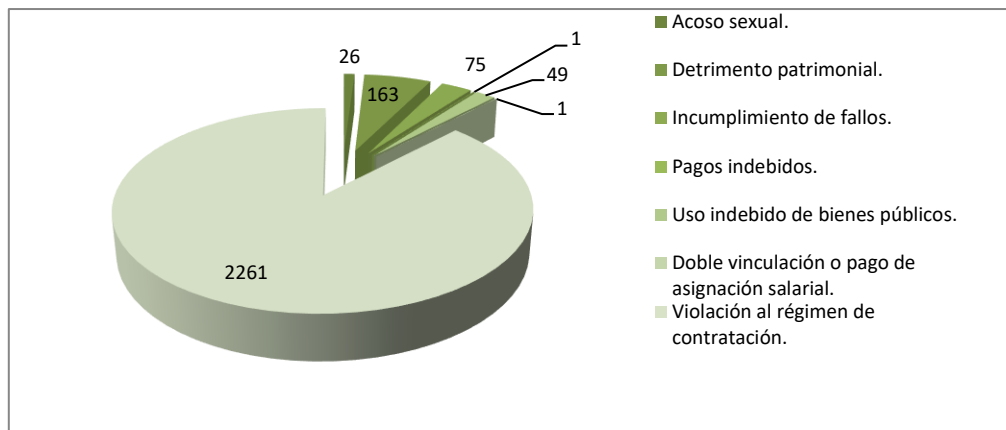


ASUNTOS RELACIONADOS CON LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO:



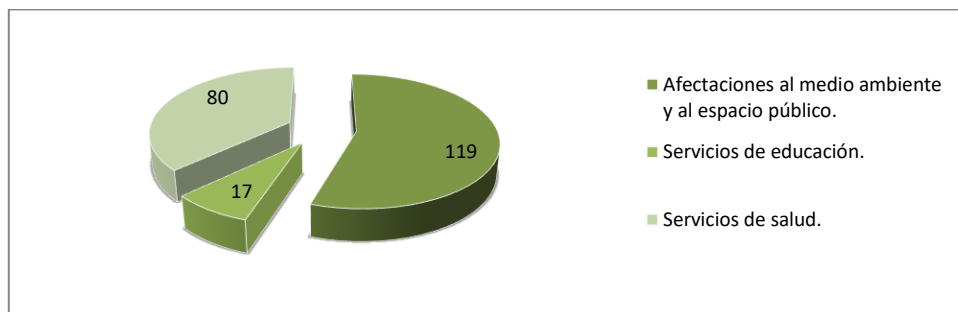
ASUNTOS RELACIONADOS CON CONDUCTAS DELICTIVAS:

Acoso sexual	26
Detrimento patrimonial	163
Incumplimiento de fallos	75
Pagos indebidos	1
Uso indebido de bienes públicos	49
Doble vinculación o pago de asignación salarial	1
Violación al régimen de contratación	2261

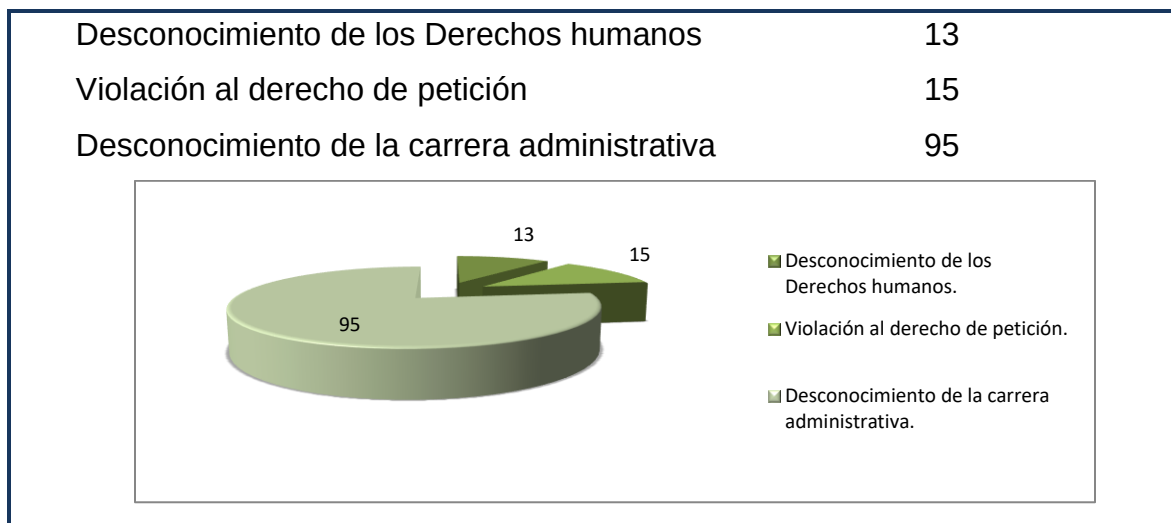


ASUNTO RELACIONADOS CON EL BIENESTAR GENERAL Y EL MEDIO AMBIENTE

Afectaciones al medio ambiente y al espacio público	119
Servicios de educación	17
Servicios de salud	80



ASUNTOS QUE AFECTAN GARANTÍAS CONSTITUCIONALES



Nota: A la fecha de envío de la información con que se elabora el presente documento, se encontraban en proceso de clasificación 777 radicados adicionales.

ESTADÍSTICAS SEGÚN LA NATURALEZA DE LOS SUJETOS CONTRA QUIENES SE PRESENTARON QUEJAS O DENUNCIAS DE ÍNDOLE DISCIPLINARIA.

Otro elemento importante a tener en cuenta en la valoración de la información obtenida por la personería distrital en cuanto a las radicaciones de índole disciplinaria que le son presentadas a través de sus distintos canales de comunicación y acceso por la comunidad, es el atinente a la naturaleza de los

sujetos contra quienes se presentan estas comunicaciones, para describir ello se edificaron tres variables a saber:

1. DENUNCIAS O QUEJAS DIRIGIDAS CONTRA SERVIDORES

DETERMINADOS: estamos hablando de aquellos escritos que se dirigen contra un sujeto determinado frente al cual se cuestiona su conducta, el proceder institucional y la afectación que ello genera al normal desarrollo de la función pública.

2. DENUNCIAS O QUEJAS DIRIGIDAS CONTRA ENTIDADES

DETERMINADAS: En este ítem se agrupan las comunicaciones de naturaleza disciplinaria que tiene por objeto denotar irregularidades de esta índole realizadas por las entidades de naturaleza pública entendidas como un sujeto de derecho que es el titular de tal irregularidad.

3. DENUNCIAS O QUEJAS DIRIGIDAS CONTRA SUJETOS

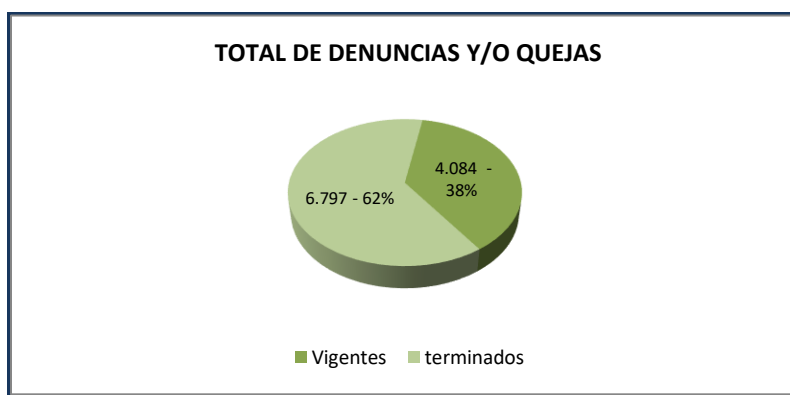
INDETERMINADOS: no son pocas las veces en que se presentan comunicaciones que denotan una acusación por la realización de una acción o por la omisión de las que se predicen matices de responsabilidad disciplinaria pero que el denunciante no logra determinar quién es el responsable de tal proceder, lo que demanda una labor de verificación de los hechos e identificación del presunto sujeto responsable por parte de la personería distrital, ello como fase previa a la instrucción disciplinaria propiamente tal.

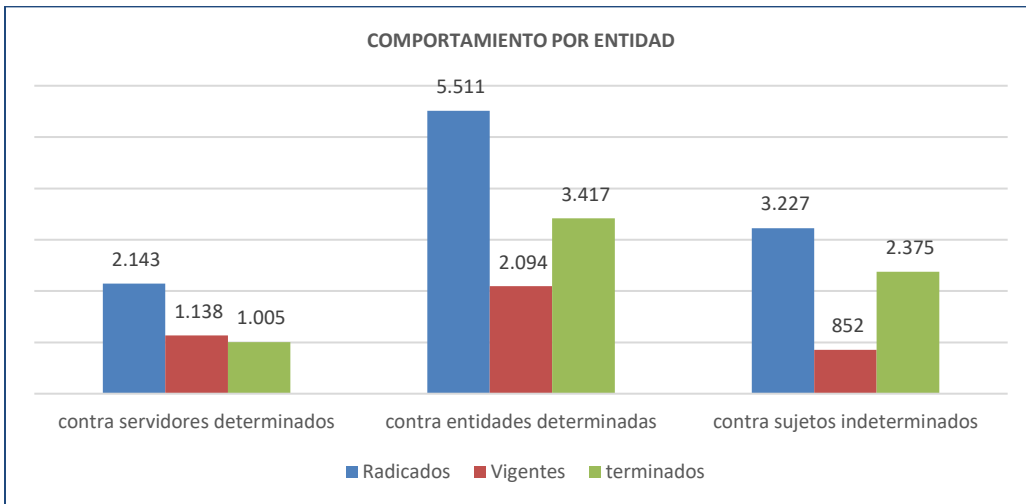
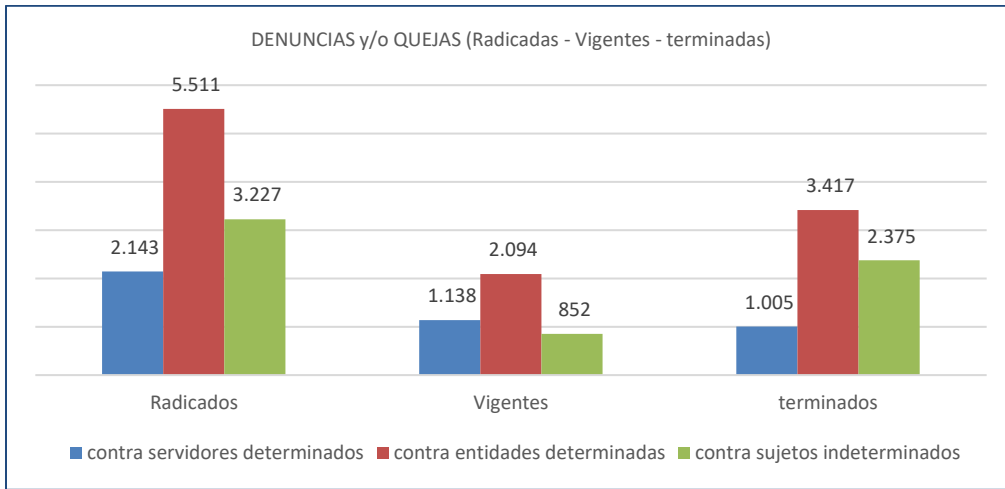
Nota: La información a presentar corresponde al periodo transcurrido entre enero de 2015 y enero de 2018.

ESTADÍSTICAS SOBRE EL PARTICULAR

Denuncias y/o quejas contra SERVIDORES DETERMINADOS	Radicados 2143	Vigentes 1138	Terminados 1005
Denuncias y/o quejas contra ENTIDADES DETERMINADAS	Radicados 5511	Vigentes 2094	Terminados 3417
Denuncias y/o quejas contra SUJETOS INDETERMINADOS	Radicados 3227	Vigentes 852	Terminados 2375

La cifras presentadas para el periodo total sobre el cual se proyecta este escrito, permiten que se presenten de acuerdo con las solicitudes atendidas y en curso.





DE LAS TIPOLOGÍAS PROPIAMENTE TAL

Una vez relacionadas las definiciones necesarias en torno a los que es una tipología, así como la presentación de las estadísticas que en materia disciplinaria se han generado al interior de la Personería Distrital de la ciudad de Bogotá DC, es pertinente que se proceda a repasar el contenido conceptual de las conductas que se entienden como disciplinables, para lo cual se ha volverá a hacer uso de la clasificación, presentada hace unas páginas, en la que los asuntos se tratan de acuerdo con criterios que se relacionan con la prestación del servicio público, con trámites administrativos, con la ocurrencia de conductas delictivas, con el bienestar general, la protección al medio ambiente y los asuntos que afectan algún tipo de garantía constitucional.

A continuación se procederá a plantear desde la perspectiva temática y conceptual cada una de las conductas que se integran en los grupos referidos en la mentada clasificación, ello con el propósito de esbozar los contenidos propios que le permitirán al operador disciplinario, así como aquellos que denoten algún interés en esta temática en particular observar los contenidos básicos que deben estar presente cuando se pretende argumentar la existencia de este tipo de conductas desde la perspectiva del derecho disciplinario.

1. DE LAS TIPOLOGÍAS GENERADAS EN TRÁMITES ADMINISTRATIVOS.

Aunque todas las conductas disciplinarias responden de una u otra manera a los criterios que se encierran dentro de esta nomenclatura, lo cierto es que en este acápite se agrupan aquellas conductas que se gestan en el curso directo y material de la tramitación de las peticiones que los ciudadanos presenten ante las entidades públicas pertenecientes al Distrito Capital.

1.1. DEBIDO PROCESO.

En primer lugar encontramos la “afectación al debido proceso”, lo que hace que como actuación previa a su incidencia en la prestación del servicio que corresponde a las entidades públicas del orden distrital, demanda por que se aclare conceptualmente que se entiende por “debido proceso”.

Para ello, en un primer momento se acude a lo establecido en el artículo 29 de la Constitución Política, en esta se indica:

“(...) el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la Sentencia condenatoria, y a no ser

*juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso. (...)*¹⁶

Esta máxima de nuestro ordenamiento, parte de un supuesto de hecho, constitutivo en el hecho que se parte de la idea general, que la definición de tal institución, es comúnmente conocida por la sociedad general, lo cual constituye una premisa errónea por cuanto muchos de los que deprecian por la protección a tal derecho, no conocen su definición propiamente, sino que simplemente se limita a valorar su contenido de acuerdo al caso puntual que los lleva a realizar tal manifestación.

En el *Diccionario de Ciencias Jurídicas* de Guillermo Cabanellas de Torres, se indica que este concepto corresponde al:

*“(...) cumplimiento con los requisitos constitucionales en materia de procedimiento, por ejemplo, en cuanto a posibilidad de defensa y producción de pruebas. (...)”*¹⁷

Criterio que es desarrollado por nuestra Corte Constitucional, a través de su múltiple jurisprudencia, en la cual se destaca la Sentencia C-341 de 2014, en la cual se indica sobre el particular:

*“(...) La jurisprudencia Constitucional ha definido el derecho al debido proceso como el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia... (...)”*¹⁸

¹⁶ Artículo 29 de la Constitución Política.

¹⁷ CABANELLAS DE TORRES Guillermo, *Diccionario de Ciencias Jurídicas*, Buenos Aires, Editorial Heliasta. 2001.

¹⁸ Corte Constitucional Colombiana Sentencia C- 342 de 2014.

Como puede apreciarse la Corte Constitucional, en tal proveído ha sentado la base conceptual sobre la cual se ha de entender y en consecuencia materializar los aspectos que se involucran dentro del derecho al debido proceso. El establecer que este corresponde a las garantías propias que el ordenamiento jurídico establece para que en toda actuación administrativa o judicial, se logre la correcta aplicación de justicia.

Es en este momento, en donde las descripciones que de manera subsiguiente se realizan en el texto del artículo 29 de la Constitución Política, adquieren pleno sentido, pues constituyen los instrumentos a través de los cuales se pretende alcanzar la mentada, correcta aplicación de justicia.

Garantías como la de no ser juzgado si no en virtud de norma existente al momento de la ocurrencia de la conducta por la cual se le ha procesar, el principio del juez natural, la defensa técnica y la doble instancia, son el núcleo duro de tal derecho y al mismo tiempo la razón por la cual la ciudadanía en general, no duda en deprecar su aplicación cuando estos aspectos se desconocen por parte de cualquiera de los entes que materializan la administración pública.

La Sentencia en comento, se encarga de dilucidar tales aspectos de concreción del concepto de debido proceso en nuestro medio, indicando sobre el particular que:

“(...) Hacen parte de las garantías del debido proceso: (i) El derecho a la jurisdicción, que a su vez conlleva los derechos al libre e igualitario acceso a los jueces y autoridades administrativas, a obtener decisiones motivadas, a impugnar las decisiones ante autoridades de jerarquía superior, y al cumplimiento de lo decidido en el fallo; (ii) el derecho al juez natural, identificado como el funcionario con capacidad o aptitud legal para ejercer jurisdicción en determinado proceso o actuación, de

acuerdo con la naturaleza de los hechos, la calidad de las personas y la división del trabajo establecida por la Constitución y la ley; (iii) El derecho a la defensa, entendido como el empleo de todos los medios legítimos y adecuados para ser oído y obtener una decisión favorable. De este derecho hacen parte, el derecho al tiempo y a los medios adecuados para la preparación de la defensa; los derechos a la asistencia de un abogado cuando sea necesario, a la igualdad ante la ley procesal, a la buena fe y a la lealtad de todas las demás personas que intervienen en el proceso; (iv) el derecho a un proceso público, desarrollado dentro de un tiempo razonable, lo cual exige que el proceso o la actuación no se vea sometido a dilaciones injustificadas o inexplicables; (v) el derecho a la independencia del juez, que solo es efectivo cuando los servidores públicos a los cuales confía la Constitución la tarea de administrar justicia, ejercen funciones separadas de aquellas atribuidas al ejecutivo y al legislativo y (vi) el derecho a la independencia e imparcialidad del juez o funcionario, quienes siempre deberán decidir con fundamento en los hechos, conforme a los imperativos del orden jurídico, sin designios anticipados ni prevenciones, presiones o influencias ilícitas.(...)”¹⁹

Así las cosas, es necesario al momento en que se determine la ocurrencia o no, de una actuación disciplinariamente relevante, quien pretenda valorar la presencia de tal a afectación, debe en primer lugar, constatar que en el desarrollo de la función pública, no se generó ninguna afectación a lo que de usanza se ha denominado como la “jurisdicción”²⁰.

¹⁹ *Ibídem.*

²⁰ “(...) del latín *iurisdictio* (administración del derecho). Acción de administrar el derecho, no de establecerlo. Es pues, la función específica de los jueces. / también la extensión y límites del poder juzgar, ya sea por razón del territorio, si se tiene en cuenta que cada tribunal no puede ejercer su función juzgadora si no dentro de un espacio determinado y del fuero que le está atribuido. En este último sentido se habla de jurisdicción administrativa, civil, comercial, correccional, criminal, laboral, etc. (...)”, concepto de jurisdicción, consignado en la obra de CABANELLAS DE TORRES Guillermo, *Diccionario de Ciencias Jurídicas*, Buenos Aires, Editorial Heliasta. 2001.

Para el caso de la administración pública, (término en el que se involucra el accionar general de las entidades de naturaleza pública), el término jurisdicción, hace referencia al eje de competencias y funciones que Constitucional y legalmente le corresponde adelantar a cada entidad. Será esta la que determine la legalidad de las actuaciones de las distintas instituciones públicas, criterio sobre el que se determina la configuración o no de afectaciones al debido proceso, en cuanto a lo que a la jurisdicción se refiere²¹.

Análisis similar debe realizarse en cuanto al denominado principio del juez natural²², el cual jurisprudencial y doctrinariamente se ha entendido:

“(…) En este contexto, el principio del juez natural para la Corte Constitucional constituye el elemento medular del debido proceso, con la prohibición de crear tribunales de excepción, la seguridad de juicio imparcial y con plenas garantías y el juzgamiento por la jurisdicción ordinaria. La garantía del juez natural para esta Corte tiene una finalidad más sustancial que formal, dado que protege no sólo el establecimiento de la jurisdicción encargada del juzgamiento previamente a la comisión del hecho punible, sino la seguridad de un juicio imparcial y con plenas

²¹ “(…) bien es cierto, el régimen jurídico constituye un aspecto determinante de la manera en que puede obrar una entidad pública o privada, también lo es, que dicho régimen en manera alguna define la competencia jurisdiccional.(…)”, criterio tomado de la Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera consejera ponente: Myriam Guerrero de escobar Bogotá, D.C., veintitrés (23) de septiembre de dos mil nueve (2009) radicación número: 25000-23-26-000-2001-01219-01(24639).

²² El contexto histórico del concepto juez natural puede apreciarse en el texto de QUISPE Remon Florabel, *el derecho al juez natural – como derecho humano – y los tribunales militares en Colombia*, “(…) El derecho al juez natural es un concepto que se ha venido desarrollando desde hace siglos en el derecho interno para finalmente ser recogido en el derecho internacional como un derecho humano fundamental. Recordemos que los derechos humanos constituyen un concepto propio del derecho internacional contemporáneo. Su origen se remonta a 1945, cuando la comunidad internacional en su conjunto decide crear la Organización de las Naciones Unidas, a través de la Carta de las Naciones Unidas, donde por vez primera reafirman la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas. Desde entonces el desarrollo de los derechos humanos ha sido ingente tanto en el ámbito universal como regional. (...)”, publicado en Economía, revista en cultura de la legalidad N° 5, Septiembre 2013 – marzo 2014, pp.116 -138. Consultado en el portal electrónico, <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/viewFile/2150/108>, el 20 de mayo de 2018.

garantías para el procesado. Pone énfasis en que el respeto al principio de juez natural como parte del debido proceso, implique la garantía de que el juzgamiento de las conductas tipificadas como delitos será efectuado, independiente de la persona o institución en concreto, por los funcionarios y órganos que integran la jurisdicción ordinaria. (...)”²³

Este planteamiento trasladado a través de un ejercicio analógico al campo de la función pública, se traduce en el principio de competencia²⁴ por el cual a un servidor se encuentra únicamente facultado para el desarrollo de las funciones que legal y reglamentariamente le corresponden y por ello es garante de su prestación efectiva y concomitantemente jurídicamente responsable por ello o por la omisión o extralimitación en su ejercicio, así se establece desde la misma Constitución. Repárese sobre el particular el contenido del artículo sexto de la mentada Carta Política, en el cual de manera expresa indicó el constituyente que;

“(...) los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. (...)”²⁵

Es válido interpretar que tal clausulado, hace parte de la base conceptual sobre la que se solventa el criterio de prestación efectiva del servicio público, el cual tiene su otra cara de la misma moneda en el comentado deber competencial de las entidades públicas, postulados que perse guardan relación con lo contenido en los artículos 122 y 209 de la misma constitución, en ellos se indica que; “(...) no habrá

²³ Referencia a la Sentencia de la Corte Constitucional C- 200 de 2002, realizada en el texto, *el derecho al juez natural – como derecho humano – y los tribunales militares en Colombia*, Óp.Cit.

²⁴ “(...) atribución legítima a un juez u otra autoridad para el conocimiento o resolución de un asunto, Couture la define como medida de jurisdicción asignada a un órgano o poder judicial, a efectos de la determinación genérica de los asuntos en que es llamado a conocer por razón de la materia, de la cantidad y del lugar.... (...), Diccionario de ciencias jurídicas, Óp.Cit.

²⁵ Constitución Política de Colombia.

*empleo público que no tenga funciones detalladas en la ley o el reglamento (...)*²⁶, lo cual claramente demarca la existencia del criterio de competencia al interior del ordenamiento colombiano al cual se ha hecho referencia, por otra parte el enunciado artículo 209, sobre este particular indica que: *“(...) La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones...(...)*”²⁷, con esta última remisión normativa se terminan de esbozar los lineamientos que enmarcan al concepto de competencia, como uno de los rectores en cuanto a lo que la administración pública se refiere y es este el que denota que la limitación normativa del accionar de los servidores públicos, constituye una garantía constitucional, como bien se ha presentado se encarna en el referido debido proceso.

Otro de los aspectos a valorarse que se involucra dentro del concepto general de debido proceso, es el que se ha denominado como derecho de defensa o a la defensa técnica²⁸, el cual se entiende el argot jurídico como:

“(...) la posibilidad jurídica y material de ejercer la defensa de los derechos e intereses de la persona, en juicio y ante las autoridades, de manera que se asegure la realización efectiva de los principios de igualdad de las partes y de contradicción... (...)”²⁹

²⁶ *Ibíd.*

²⁷ *Ibíd.*

²⁸ *“(...) el derecho de defensa es un derecho fundamental reconocido constitucionalmente y en los textos de derechos humanos, el cual debe salvaguardarse en cualquier procedimiento jurisdiccional es parte del debido proceso y requisitos esencial de validez del mismo... (...)*”

²⁹ CRUZ BANEY Oscar, *Defensa a la defensa y abogacía en México*, publicado en la página web, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3878/7.pdf>, consultada el 20 de mayo de 2018.

Este concepto que encierra la manifestación más conocida del debido proceso, por cuanto en ella se refieren los medios con los que cuentan las personas, para hacer valer sus derechos en el desarrollo de actuaciones judiciales o administrativas, en las que estos sean parte. Como bien se enuncio hace un momento, el derecho a la defensa técnica también se predica de actuaciones administrativas, por lo que puede reclamarse en estas, la protección del derecho al debido proceso por ausencia de defensa técnica. Todo lo anterior permite denotar que la negación o afectación a esta manifestación del debido proceso que se generase con el actuar consiente de un servidor público da pie, para que se predique su responsabilidad disciplinaria.

La afectación que se puede generar al debido proceso, en el curso de una actuación administrativa puede tener relación con un sin número de aspectos, por cuanto su núcleo duro, lo integran diversos criterios de legalidad tanto procesal, como sustancial, que confluyen con el fin de brindar una garantía integral a las personas en el desarrollo de la función pública.

Bajo el anterior panorama funcional, es válido que se afirme que compete al concepto de debido proceso en nuestro medio, la condición de salvaguarda Constitucional por antonomasia, por ello de las 361 conductas que registró el sistema de información con que cuenta la Personería de Bogotá DC, generadas durante el periodo señalado en este escrito, que presentan como eje central la afectación al debido proceso, necesariamente han de referir afectación a las garantías procesales y sustanciales, con las que el sistema Constitucional reconoce y protege de los derechos individuales de la personas, en el desarrollo de actuaciones en las que estas se ven incursas, indistintamente de que se trate de procedimientos de naturaleza administrativa o jurisdiccional instruidos por entidades distritales, de cuyo actuar se estima la ocurrencia de tal afectación, como consecuencia del obrar intencionado del servidor o servidores encargados de adelantar tales instrucciones, es ello al menos desde el campo disciplinario lo que

brinda relevancia para que este depreque su aplicación, cuando esta subjetividad no está presente, lo que se genera no es más que una simple nulidad procesal.

Es el accionar indebido y consiente del servidor encargado de adelantar el trámite administrativo o jurisdiccional (en este último caso, en cuanto a la administración de Bogotá DC, podrían referirse los procedimientos de jurisdicción coactiva), nos trae tal como se esbozó al terreno del derecho disciplinario, por cuanto ello, sería el hecho generador de las afectaciones que se causen al debido proceso.

Por ello, es necesario indicar que la determinación del elemento volitivo, es indispensable para establecer, si las conductas desplegadas por un servidor público, se entienden como una afectación al debido proceso, lo que a su vez constituiría simultáneamente una conducta disciplinariamente relevante. Esto hace que cuando se valoren los escritos contentivos de este tipo de afectaciones, se repare desde la perspectiva formal y sustancial, en el actuar consiente del servidor, por cuanto es éste, el que constituye el criterio que da viabilidad a una eventual sanción disciplinaria.

Respecto a la conjunción de este derecho en la estructura legal y jurisprudencial colombiana, puede consultarse entre otras sentencias, las siguientes.

Corte Constitucional

C- 244 /1996	C- 306/2012	C-031/2014	C-593/2014
T-1034/2006	T-506/2012	T-277/2013	T-499/2013

Consejo de Estado

Sentencia 78/2013 –	Sentencia 39/2014 –
---------------------	---------------------

Radicación 2500023-25-000-2008-00078-01(2263-01)	Radicación 11001-0325-000-2012-00039-00 (0147-12)
--	---

1.2. HALLAZGOS DISCIPLINARIOS.

Este numeral al igual que lo acontecido con el anterior, encierra en su nomenclatura una condición que es propia a todas las conductas que se presentan y trabajan en este escrito, lo cierto es que tal designación, en esta ocasión se corresponde únicamente con las conductas catalogadas como tales, en los informes estadísticos que nos sirvieron como medio para estructurar la presente valoración.

No obstante lo anterior, es pertinente señalar que se entiende por hallazgo disciplinario, según el Fondo de Bienestar Social de la Contraloría General de la República, esté constituye un descubrimiento de naturaleza administrativa, en el que se demarca que el actuar de los servidores públicos y/o los particulares que ejercen función pública, es constitutivo de alguna conducta que la normatividad señala como generadora de falta disciplinaria³⁰.

Al descomponer esta definición, encontramos que dentro de la misma se tiene como requisito sine qua non, el accionar previo de las entidades públicas, que en el desarrollo propio de las funciones que Constitucional o normativamente les corresponde adelantar, se percatan de la ocurrencia de las actuaciones realizadas por algún servidor que debe ser valoradas desde la perspectiva disciplinaria y en consecuencia procede a realizar la remisión respectiva a la Oficina de Control

³⁰ “(...) Hallazgo administrativo en el que se configura que los servidores públicos o los particulares que transitoriamente ejerzan funciones públicas, han incurrido en alguna conducta que la legislación tipifica como falta disciplinaria. Este hallazgo deberá ser trasladado a la Procuraduría General de la Nación que se encargará de determinar si existe responsabilidad disciplinaria(...)”, Fondo de Bienestar Social de la Contraloría General de la República, tomado de la página web <https://www.fbscgr.gov.co/idcategoria=3803> , consultada el 8 de mayo de 2018.

Interno o la Procuraduría o Personería, según el tipo de conducta realizada y la naturaleza funcional que compete al infractor de la norma.

Cuando el proceso disciplinario tiene origen en los denominados “*hallazgos disciplinarios*”, el primer aspecto que debe tener en cuenta el instructor del mismo; es la valoración integral de las razones que llevaron a la entidad pública a entender que la conducta realizada por un servidor determinado constituyeron un hallazgo disciplinario. La resultante de este ejercicio demarcará la pertinencia del procedimiento disciplinario.

Es importante señalar que es este ítem, constituye una consecuencia directa de los imperativos que rigen el accionar de los servidores públicos contenidos en la Ley 734 de 2002, la cual en el artículo 34 al instituir los deberes de los servidores públicos, los cuales cobija de manera directa o indirecta la totalidad de principios y normas que debe respetar el desarrollo del accionar de quienes se desempeñen como funcionarios públicos, dentro de tal descripción se destina un numeral específico a establecer la obligación de denuncia por la cual constituye un deber de los servidores públicos, predicable tanto en desarrollo de sus funciones constitucionales, legales o reglamentarias, así como por el hecho mismo de ostentar tal calidad, el denunciar ante las autoridades judiciales o administrativas (disciplinarias o fiscales), la existencia o la sospecha de la ocurrencia de delitos, contravenciones y /o conductas que puedan constituir falta disciplinaria de las cuales llegasen a tener conocimiento³¹.

Esta premisa innegable e irrenunciable que acompaña el desarrollo de la función pública, es la que en sí, constituye la base conceptual que nutre la noción de “hallazgo disciplinario”; la observancia de cualquier tipo de irregularidad en la

³¹ Artículo 31, Ley 734 de 2002.

prestación de las actividades que encierra la función pública, que le corresponda adelantar directamente o de las que se tenga conocimiento.

Funge como el detonante, para el despliegue de los medios de auto-control con que cuenta la administración, dando pie con ellos al inicio de instrucciones de tendientes a la averiguación y determinación de responsables, y sí es del caso de sanción, ello desde las órbitas, disciplinaria, fiscal e incluso penal, todo como muestra y expresión de la correcta administración pública, por la que nuestra sociedad demanda.

Respecto a la conjunción de este deber funcional en la estructura legal y jurisprudencial colombiana, puede consultarse entre otras sentencias, las siguientes.

Corte Constitucional

C-181 de 2002.	C-593 de 2014.	C-634 de 2014.
T-561 de 2005.	T-1034 de 2006.	T-151 de 2013.

Consejo de Estado

0652 de 2011 radicación 73001-23-31-000-2010-0652-01	115 de 2013 radicación 110001-03-25-000-2011-00115-00 (039041)
--	--

1.3. VIOLACIÓN AL RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES.

En el presente aparte se valoran dos temáticas de importancia suprema al momento de determinar la primacía del principio de transparencia en el ejercicio de la función pública y la correcta administración del poder del Estado en general.

La Constitución Política es la primera en determinar la preeminencia en el medio colombiano de las inhabilidades e incompatibilidades, las cuales se desarrollan en

disposiciones normativas específicas a fin de brindar una garantía al cumplimiento de los fines del Estado y a la primacía del interés general³².

Las disposiciones constitucionales que se encargan de establecer las inhabilidades e incompatibilidades, son diversas y se proyectan de acuerdo con el eje funcional que corresponde a las personas que de una u otra manera ejercen función pública o pretenden mantener una relación con esta.

En el texto elaborado por el Departamento Administrativo de la Función Pública³³, con el propósito de asentar los criterios normativos, jurisprudenciales y teóricos propios de los conceptos de inhabilidad e incompatibilidad al interior del sistema Constitucional colombiano, se indica en dicho texto que se entiende por inhabilidad;

*“(...) la incapacidad, ineptitud o circunstancias que impiden a una persona ser elegida o designada en un cargo público y en ciertos casos, impiden el ejercicio del empleo a quienes ya se encuentran vinculados al servicio. (...)”*³⁴

Como puede apreciarse al revisar tal definición, la inhabilidad se entiende como una condición que se profesa sobre la persona que se origina por la configuración de una serie de condiciones particulares, que le imposibilitan para el ejercicio de función pública. Sobre este particular se continúa indicando en el texto en referencia que la jurisprudencia Constitucional ha determinado:

³² “(...) Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. (...)”, Artículo 2 de la Constitución Política de Colombia.

³³ Departamento Administrativo de la Función Pública, *Inhabilidades e Incompatibilidades de los Servidores Públicos*, segunda versión, publicada en la página web www.funcionpublica.gov.co/eva/admo/files/emprsas/zw1cmVzYv83ng=/imgproductos/1449935495-52ae9fdc6e64acaea160cbb58.c.pdf, consultada el 5 de junio de 2018.

³⁴ *Ibíd.*, pág. 6.

“(…) Las inhabilidades son restricciones fijadas por el constituyente o el legislador para limitar el derecho de acceso al ejercicio de cargos o funciones públicas. También han sido definidas por esta Corporación como aquellos requisitos negativos para acceder a la función pública, los cuales buscan rodear de condiciones de transparencia, imparcialidad, igualdad y moralidad el acceso y la permanencia en el servicio público, de tal suerte que las decisiones públicas sean objetivas y tengan como resultado el adecuado cumplimiento de los fines del Estado que asegure la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo (…)”³⁵

Jurisprudencialmente también se determinó que en nuestro ordenamiento jurídico, se consagran dos tipos de inhabilidades, que se proyectan en consideración a la naturaleza y propósito de la limitación, se indica en el texto del Departamento Administrativo de la Función Pública, que existen una serie de inhabilidades que se relacionan directamente con la potestad sancionatoria del Estado, y otras tantas que tiene como eje central la protección del interés general, de los principios, derechos y valores constitucionales³⁶.

Para contextualizar la anterior manifestación es pertinente que se esbocen las pautas constitucionales sobre las que se han erigido las inhabilidades en nuestro medio, proyectándola según el papel que compete al sujeto, sobre el cual se han de predicar su configuración.

Los artículos 122 y 126 de la Carta Política, señalan las inhabilidades genéricas que son predicables a todo servidor público, mientras que en los artículos 179, 183, 299, se establecen una serie de inhabilidades para quien pretende ejercer o ejerce como

³⁵ Corte Constitucional Colombiana Sentencia C-380 de 1997, en *Inhabilidades e Incompatibilidades de los Servidores Públicos, segunda versión*, Óp.Cit. pág. 7.

³⁶ *Ibíd*em, pág. 9.

congresista, el artículo 253, predica inhabilidades relativas al Fiscal General de la Nación.

También se señalan las inhabilidades predicables a quienes ejercen la representación de los entes territoriales en los artículos 293, 303 y en cuanto al Presidente de la república, habrá que revisar el artículo 197. Esas son las principales inhabilidades que demarca la Constitución Política, lo cual no es óbice para que se fijen inhabilidades específicas en leyes puntuales, por cuanto es claro que por la naturaleza prohibitiva que es propia a las inhabilidades estas deben ser taxativas³⁷, a manera de ejemplo se encuentran las inhabilidades descritas en los numerales 1, 2 y 3 del artículo 38 de la Ley 734 de 2002, en los que se indica que no pueden ejercer cargos públicos, quienes hubiesen sido sancionados disciplinariamente (en los términos puntuales descritos por la norma), así como quien fue condenado a pena privativa de la libertad, o quienes se encuentren en interdicción judicial.

Así mismo, la Ley 80 de 1993, establece otra inhabilidad que recae sobre servidores o ex-servidores, relativa a proscribir su participación en procesos licitatorios, concursos, ni celebrar contratos con entidades estatales.

Todos estos criterios fácticos y normativos, deben ser valorados al momento de determinar tanto la ocurrencia, como las implicaciones de cualquier conducta que se entienda disciplinariamente relevantes que se refieran a actuaciones que constituyan inhabilidades.

³⁷“(…) la inhabilidades están expresamente consagradas en una ley o en la Constitución Política. La Corte Constitucional ha expresado que “el Legislador tiene un margen de discrecionalidad amplio para regular las inhabilidades e incompatibilidades para acceder a la función pública, dentro de las limitaciones que la propia Carta define. Diferente es la situación del operador jurídico, quien debe interpretar estricta y restrictivamente las causales de inelegibilidad, en tanto y cuanto son excepciones legales al derecho de las personas a acceder a los cargos públicos (…)”, Corte Constitucional Colombiana Sentencia C-2001 de 2001, en *Inhabilidades e Incompatibilidades de los Servidores Públicos, segunda versión*, Óp. Cit. pág. 11.

Es procedente continuar haciendo referencia al concepto “*incompatibilidad*”, en el ya referido texto del Departamento Administrativo de la Función Pública, en el que se indica que se entiende por tal a la, “(...) *imposibilidad jurídica de coexistencia de dos actividades. (...)*”³⁸, a diferencia de lo que ocurre con las inhabilidades que se proyectan sobre aspectos predicables de las personas, las incompatibilidades se refieren a las actividades que estas desarrollan³⁹, por esta razón los criterios doctrinarios y jurisprudenciales propios en la materia, han señalado que:

*“(...) De ahí que las incompatibilidades legales tengan como función primordial preservar la probidad del servidor público en el desempeño de su cargo, al impedirle ejercer simultáneamente actividades o empleos que eventualmente puedan llegar a entorpecer el desarrollo y buena marcha de la gestión pública. Igualmente, cumplen la misión de evitar que se utilice su cargo de elección popular para favorecer intereses de terceros o propios en desmedro del interés general y de los principios que rigen la función pública. (...)”*⁴⁰

Al igual que lo acontecido con las inhabilidades, las incompatibilidades tienen su reflejo directo en el texto constitucional, el artículo 127, constituye la cláusula genérica sobre la que se proyecta el régimen de incompatibilidades de quienes ejercen función pública, mandato que se potencializa con lo dispuesto en los artículos subsiguientes 128 y 129 de la misma Carta Política⁴¹.

³⁸ *Ibíd*em, pág. 15.

³⁹ “(...) si en ella se incurre, el propio ordenamiento contempla la imposición de sanciones que en su forma más estricta llevan a la separación del empleo que se viene desempeñando. En nuestro sistema, por ejemplo, la violación del régimen de incompatibilidades por parte de los congresistas ocasiona la pérdida de la investidura (artículo 183, numeral 1, de la Constitución) y, además, en cuanto sea pertinente, está sujeta a la imposición de las sanciones penales que la ley contempla. Resulta consecuente con los indicados propósitos la norma del artículo 181 de la Constitución, a cuyo tenor las incompatibilidades de los congresistas tendrán vigencia durante el período Constitucional respectivo y, en caso de renuncia, se mantendrán durante el año siguiente a su aceptación, si el lapso que faltare para el vencimiento del período fuere superior.(...)”, *ibíd*em pág. 17.

⁴⁰ *Ibíd*em, pág. 18.

⁴¹ “(...) **Artículo 127.** Los servidores públicos no podrán celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o

Así mismo encontramos al interior del texto Constitucional una serie de incompatibilidades establecidas para un tipo especial de servidores, en razón a sus competencias específicas, tal como es el caso de lo contenido en los artículos 128 y 293 de la CP, se proyectan a establecer incompatibilidades propias a quienes se desempeñen en las alcaldías de los municipios y distritos, por otra parte el artículo 303, refiere las que corresponden a los gobernadores.

Mientras que los artículos 180 y 192, tratan de las incompatibilidades que se predicen de los concejales. Por otra parte los artículos 180, 181, 182, 183 y 299, hacen referencia a las incompatibilidades que se predicen de quienes ostentan la calidad de congresistas. El artículo 219, trata las incompatibilidades que cobijan a los miembros de la fuerza pública⁴².

administren recursos públicos, salvo las excepciones legales. A los empleados del Estado que se desempeñen en la Rama Judicial, en los órganos electorales, de control y de seguridad les está prohibido tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos y en las controversias políticas, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho al sufragio. A los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo se les aplican las limitaciones contempladas en el artículo 219 de la Constitución. Los empleados no contemplados en esta prohibición solo podrán participar en dichas actividades y controversias en las condiciones que señale la Ley Estatutaria. Artículo 128. Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley. Entiéndase por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas. Artículo 129. Los servidores públicos no podrán aceptar cargos, honores o recompensas de gobiernos extranjeros u organismos internacionales, ni celebrar contratos con ellos, sin previa autorización del Gobierno. (...)”, Constitución Política de Colombia.

⁴² Una valoración doctrinaria y jurisprudencial de las incompatibilidades, se encuentra en el texto *Inhabilidades e Incompatibilidades de los Servidores Públicos, segunda versión*, Óp.Cit. pág. 21, “(...) INCOMPATIBILIDADES COMUNES A TODOS LOS SERVIDORES PÚBLICOS FUNDAMENTO LEGAL Constitución Política “Artículo 127. Los servidores públicos no podrán celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales.” A los empleados del Estado que se desempeñen en la rama judicial, en los órganos electorales, de control y de seguridad les está prohibido tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos y en las controversias políticas, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho al sufragio. A los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo se les aplican las limitaciones contempladas en el artículo 219 de la Constitución. Los empleados no contemplados en esta prohibición sólo podrán participar en dichas actividades y controversias en las condiciones que señale la Ley Estatutaria. La utilización del empleo para presionar a los ciudadanos a respaldar una causa o campaña política constituye causal de mala conducta” Nota. Incisos 2 y 3 modificados por el Acto Legislativo 02 de 2004 art 1 11 Sentencia No. C-349 de 1994, Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo 12 Corte Constitucional, Sentencia C-426 de 1996. Magistrado Ponente, Doctor Hernando Herrera Vergara 99 Artículo 128. Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria

Tal como acontece con las inhabilidades, las incompatibilidades tiene su desarrollo normativo especialmente en la Ley 734 de 2002, la cual en su artículo 39, textualmente se encarga de establecer “otras incompatibilidades”, para sujetos determinados como lo son los gobernadores, diputados, alcaldes, concejales y miembros de las juntas administradoras locales, teniendo en cuenta para ello la remisión previa que se realiza de las incompatibilidades constitucionales y legales, existentes en los instrumentos normativos distintos a tal disposición, y en el artículo 41 de esa misma disposición, se establece una cláusula de extensión para este tipo de instituciones⁴³.

Así mismo, la Ley 4 de 1992, en su artículo 19⁴⁴, reafirma las incompatibilidades establecidas en el artículo 128 de la Constitución Política, y establece unas

el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley. Entiéndase por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas. Artículo 129. Los servidores públicos no podrán aceptar cargos, honores o recompensas de gobiernos extranjeros u organismos internacionales, ni celebrar contratos con ellos, sin previa autorización del Gobierno (...)

⁴³ “(...) Artículo 39. OTRAS INCOMPATIBILIDADES. Además, constituyen incompatibilidades para desempeñar cargos públicos, las siguientes: 1. Para los gobernadores, diputados, alcaldes, concejales y miembros de las juntas administradoras locales, en el nivel territorial donde hayan ejercido jurisdicción, desde el momento de su elección y hasta cuando esté legalmente terminado el período: a) Intervenir en nombre propio o ajeno en asuntos, actuaciones administrativas o actuación contractual en los cuales tenga interés el departamento, distrito o municipio correspondiente, o sus organismos; b) Actuar como apoderados o gestores ante entidades o autoridades disciplinarias, fiscales, administrativas o jurisdiccionales. 2. Para todo servidor público, adquirir o intervenir directa o indirectamente, en remate o venta de bienes que se efectúen en la entidad donde labore o en cualquier otra sobre la cual se ejerza control jerárquico o de tutela o funciones de inspección, control y vigilancia. Esta prohibición se extiende aun encontrándose en uso de licencia.” “Artículo 41. EXTENSIÓN DE LAS INHABILIDADES, INCOMPATIBILIDADES E IMPEDIMENTOS. Las inhabilidades, incompatibilidades e impedimentos señalados en la ley para los gerentes, directores, rectores, miembros de juntas directivas y funcionarios o servidores públicos de las empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, se hacen extensivos a las mismas autoridades de los niveles departamental, distrital y municipal.(...)”, Ley 734 de 2002.

⁴⁴ “(...) Artículo 19. Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado. Exceptuánse las siguientes asignaciones: a) Las que reciban los profesores universitarios que se desempeñen como asesores de la Rama Legislativa; b) Las percibidas por el personal con asignación de retiro o pensión militar o policial de la Fuerza Pública; c) Las percibidas por concepto de sustitución pensional; d) Los honorarios percibidos por concepto de hora-cátedra; e) Los honorarios percibidos por concepto de servicios profesionales de salud; f) Los honorarios percibidos por los miembros de las Juntas Directivas, en razón de su asistencia a las mismas, siempre que no se trate de más de dos juntas; 100 g) Las que a la fecha de entrar en vigencia la presente Ley benefician a los servidores oficiales docentes pensionados. PARÁGRAFO. No se podrán recibir honorarios que sumados correspondan a más de ocho (8) horas diarias de trabajo a varias entidades.(...)” Ley 4 de 1992.

circunstancias de excepción, que permiten mediar la extensión total de la estructura normativa de las incompatibilidades de quienes prestan sus servicios al Estado.

Finalmente se considera pertinente referir el pronunciamiento de la Procuraduría General de la Nación, con el cual se buscó direccionar la forma en que ha de comprenderse las fuentes normativas que determinan la causales y las formas en que se configuran las incompatibilidades, frente a procesos electorales en la directiva unificada N° 003 de 2006, la cual mantuvo su espíritu cuando expidió una directiva con similar propósito en el año 2017⁴⁵, esas se trataran temas como la participación en política, la relación de los servidores del Estado y el sufragio, así como una recomendación general que vale la pena referir a fin de denotar la visión de los órganos de control, se indica en tal directiva que:

“(...) El Procurador General de la Nación exhorta a los servidores públicos, así como a los particulares que ejercen funciones públicas, a cumplir las disposiciones constitucionales y legales, relacionadas con las prohibiciones de tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos y en las controversias políticas, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho al sufragio. Los empleados no contemplados en el inciso segundo del artículo 127 de la Constitución Política(funcionarios de la Rama Judicial, de los órganos electorales, de control y seguridad), sólo podrán participar en dichas actividades y controversias, en las condiciones que señale la Ley Estatutaria, debiendo precisar que ante el vacío normativo y de conformidad con la jurisprudencia y doctrina citados en la presente circular (C-794/14 y concepto 3 de diciembre de 2013 proferido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado), deben abstenerse de: a) Utilizar la autoridad de la cual están investidos

⁴⁵ Directiva unificada N°1 Procuraduría General de la Nación, publicada en la página web <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=79874>, consultada el 12 de junio de 2018.

*para ponerla al servicio de una causa política. b) Usar los elementos destinados al servicio público para hacer proselitismo o desempeñar en cualquier sentido la actividad política electoral. c) Usar con los mismos fines, información reservada a la cual tenga acceso, por razón de su cargo. d) Exonerarse del cumplimiento de sus deberes constitucionales y legales, con el pretexto de ejercer el derecho de participación en política. e) Y disponer del tiempo de servicio u horario de trabajo para gestionar ese tipo de intereses. (...)*⁴⁶

Como puede apreciarse del repaso de la estructura normativa que es propia a la temática de las inhabilidades e incompatibilidades en nuestro medio, la determinación de estas debe corresponder a un ejercicio intelectual en el que se delimite con precisión las situaciones que generen o configuran las inhabilidades e incompatibilidades, por lo que se estima pertinente señalar algunos de los criterios jurisprudenciales que permiten esclarecer la forma en que estas situaciones jurídicas operan.

En la Sentencia C-257/13, la Corte Constitucional reafirma los criterios conceptuales y operativos que son propios a la institución de las inhabilidades e incompatibilidades, parte su disertación de la valoración sistemática del artículo 123 de la Constitución Política, el cual se encuentra en completa armonización y con lo dispuesto por el artículo 209 del mismo ordenamiento fundamental. Esta conjunción normativa es la pieza fundante para la configuración del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, el cual tiene como propósito;

“(...)... impedir o limitar el ejercicio de la función pública a los ciudadanos que no observen las condiciones establecidas para asegurar la idoneidad y probidad de quien aspira a ingresar o está desempeñando un cargo público. De la misma manera, la regulación de inhabilidades, incompatibilidades y

⁴⁶ Ibídem, pág. 5.

*prohibiciones, persigue evitar cualquier tipo de injerencia indebida en la gestión de los asuntos públicos al limitar el ejercicio de ciertas actividades por los servidores públicos durante y aún después de la dejación de sus correspondientes cargos... (...)*⁴⁷

Las inhabilidades, como las incompatibilidades, al igual que toda expresión jurídica-normativa, en nuestro medio deben responder a los límites materiales que integran los postulados fundantes del ordenamiento constitucional, tal como lo son la prevalencia de la dignidad humana, el interés general, el Estado de derecho y la cláusula social, señala la Corte sobre este particular la existencia ciertos límites:

*“(...) de un lado, aquellos fijados de manera explícita por la Carta Política en clave de valores, principios y derechos, y en particular, los establecidos en los artículos 13, 25, 26 y 40-7. De otro lado, la Corte ha indicado que el Legislador al momento de establecer prohibiciones y determinar causales de inhabilidad e incompatibilidad o incluso para regular su alcance no puede desconocer los criterios de razonabilidad y proporcionalidad. En particular, sobre este último aspecto la Corte ha indicado que la razonabilidad y la proporcionalidad tienen como punto de referencia la prevalencia de los principios que rigen la función pública (art. 209 CP). En este orden de ideas, de acuerdo con los lineamientos definidos por la jurisprudencia, la valoración Constitucional de toda prohibición, inhabilidad o incompatibilidad tendrá como presupuesto la realización material de los principios de transparencia, moralidad, igualdad, eficacia y eficiencia a la función pública. (...)*⁴⁸

Son estos criterios, los que han de servir de faro para el desarrollo de la labor de quien pretenda realizar una instrucción de naturaleza disciplinaria en la que se traten

⁴⁷ Corte Constitucional colombiana Sentencia C-257 de 2013.

⁴⁸ *Ibíd.*

aspectos relacionados con la ocurrencia de inhabilidades e incompatibilidades en el desarrollo de función pública.

Respecto al manejo conceptual y fáctico que la jurisprudencia ha brindado a la temática de las inhabilidades e incompatibilidades, puede consultarse entre otras sentencias, las siguientes.

Corte Constitucional.

C-489 de 1996.	C-426 de 1996.	C-1212 de 2001.
C-903 de 2008.	C-352 de 2009.	SU-625 de 2015.

Consejo de Estado.

00489 de 2016	47830 de 2014
---------------	---------------

1.4. IRREGULARIDADES EN QUERELLAS.

Este ítem, tal como ocurre con algunas de las temáticas contenidas en los numerales subsiguientes, tiene una regulación jurídica estándar o genérica, que demanda porque, la misma se tramite al menos en el campo disciplinario desde lo contenido en el artículo 34 de la Ley 734 de 2002, el cual se encarga de tratar los deberes genéricos que le corresponde cumplir a todo servidor público.

Por ello es pertinente proceder a definir el concepto querella y el procedimiento que en el medio colombiano se le ha brindado a esta institución a fin de contextualizar los hechos a que se refiere la tipología descrita en la nomenclatura del presente numeral.

En la obra de Guillermo Cabanellas de las Cuevas, *“Diccionario de ciencias jurídicas”*, se indica que se entiende por querella, a la *“(…) acción penal que ejercita, contra el supuesto autor de un delito, la persona que se considera ofendida o damnificada por aquel (o sus representantes legales), mostrándose pare acusadora en el procedimiento, a efectos de intervenir en la investigación y de obtener la condena del culpable, así como la reparación de los daños morales y materiales que el delito hubiere causado....(…)”*⁴⁹, esta definición, presenta matices diversos en cuanto a su aplicación en el medio colombiano, por lo cual se considera pertinente referir los criterios jurisprudenciales y en especial el que representa la Sentencia C- 658 de 1997, la cual es un hito de referencia en la materia, en tal pronunciamiento se indica que se entiende por querella:

*“(…) La querella es la solicitud que hace el ofendido o agraviado para que se inicie la investigación. La ley la establece como condición de procesabilidad, porque estima que en ciertos tipos penales media un interés personal de la víctima del ilícito, que puede verse vulnerado en forma más grave con la investigación que sin ella. En tales casos, restringe la facultad investigativa, condicionándola a la previa formulación de la querella, como medio de protección de este interés personal. (…)”*⁵⁰

Como puede apreciarse de las definiciones presentadas, la querella constituye uno de los medios con que cuentan las personas para llevar a las instancias jurisdiccionales aquellos asuntos de naturaleza penal, que se encuentra dentro de su órbita de disposición, es decir que puede iniciar y concluir la instrucción propia del asunto en razona la voluntad del sujeto supuestamente agraviado, lo cual le brinda un tinte específico y determinable a las conductas que pueden entenderse normativamente querellables. Por lo anterior en la Sentencia anteriormente referida

⁴⁹ *Diccionario de Ciencias Jurídicas*, Óp.Cit.

⁵⁰ Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-658 de 1997.

se destinan algunos reglones a la determinación de las condiciones que son propias a quien pretende actuar como querellante, señala la Corte sobre este particular que:

“(...) El querellante legítimo es el titular del interés jurídicamente protegido por el tipo penal. Pero esta norma general admite las siguientes excepciones: Si el titular del bien jurídico tutelado es incapaz, su representante legal es querellante legítimo. Si es persona jurídica, lo será, igualmente, el representante legal de la misma. Si el incapaz carece de representante legal, la querella puede ser interpuesta por el defensor de familia o el respectivo agente del Ministerio Público, pudiendo instaurarse también por el defensor del pueblo. Si el titular del bien jurídico protegido, esto es el sujeto pasivo del delito, estuviere imposibilitado de interponer la querella, los perjudicados directos están legitimados para formularla, lo cual también es autorizado cuando el autor o partícipe del hecho fuere el representante legal del incapaz. En el delito de inasistencia alimentaria, aparte de los lesionados por el punible, el defensor del pueblo está legitimado para formular la querella. Por último, el Ministerio Público está habilitado para formular la querella cuando el delito que la requiera afecte el interés público, y el defensor del pueblo lo puede hacer si el sujeto pasivo del ilícito es la sociedad. (...)”⁵¹

En razón a la mentada titularidad restringida que caracteriza a la querella, se hace necesario referir la ubicación funcional que esta figura tiene dentro del ordenamiento legal sancionatorio (penal), para ello es pertinente proceder referir los planteamientos señalados en el texto de José Daniel Hidalgo Murillo⁵², en el cual se

⁵¹ Ibídem.

⁵² HIDALGO MURILLO José Daniel, *Querella y Derecho Penal en México*, publicado en la página web www.juridicas.unam.mx. <http://biblio.juridicas.unam-mx>. Consultada el 12 de junio de 2018.

indica la forma en que opera la figura de la querella al interior de la estructura penal, indica el autor en cita que:

“(...) ningún Estado supedita a las víctimas a la persecución de los delitos y/o la propia Política criminal, la querella es un requisito de procedibilidad en los delitos de acción pública es decir, aun cuando existe interés del estado en la persecución del hecho delictivo, cede ante un derecho prioritario de la víctima en su persecución no por voluntad, sino por conveniencia... (...) digámoslo así, lo peor que puede pasar al estado es que la víctima no denuncie el delito, esto es no facilite su investigación y sanción... (...) no se actúa oficiosamente porque por encima del interés público, hay un interés moral, hay un mejor bien que proteger que el bien jurídico protegido por el derecho penal. (...)”⁵³

Como se aprecia del contenido de la cita anterior la querella necesariamente requiere del querer de las personas para que las mismas tengan pueda desarrollarse, lo cual parte del interés o conveniencia que observe quien pretenda ser un querellante frente a la utilidad de hacer uso de tal institución, como bien lo significo el texto en referencia, los aspectos que se han determinado como querellables, permiten que la persona determine su conveniencia, por lo cual se limita el poder punitivo del Estado, el cual se ubica en un escenario suplementario que requiere ser antecedido por la actuación querellable.

Una vez, se han esclarecido los contornos propios del concepto querella, es procedente continuar refiriendo el núcleo propio de este numeral, el cual se encuentra constituido por el desconocimiento de las actuaciones procesales establecidas para el tratamiento procedimental de las querellas, es decir que se

⁵³ Ibídem, pág. 335.

refieren a las actuaciones de quienes se encargan de darles trámite, quienes con su accionar omisivo hacen nugatoria a la querella.

Cuando se gestan las mentadas irregularidades en el proceder del funcionario instructor, en virtud de las cuales se generan afectaciones al normal curso de la querella, nos encontramos nada y nada menos que con el desconocimiento del ya referido artículo 34 de la ley 734 de 2002, ello cuando tal proceder se valora desde la perspectiva de la correcta administración pública y el derecho disciplinario, lo cual no es óbice, para que tal instrucción sea tratada desde la perspectiva penal que puede predicarse de tal obrar.

Es aquí, en donde el núcleo común de los aspectos descritos en cada uno de los numerales que se han presentado encuentran su punto de convergencia, por cuanto es la relación de causalidad que se genera entre la omisión del servidor y su afectación al servicio y a la función pública, es este el elemento que se debe valorar el operador disciplinario al momento de determinar la ocurrencia de conductas que estime relevantes y que den origen a instrucciones de naturaleza disciplinaria.

Como bien se ha indicado la temática de las irregularidades en la tramitación de querellas, se relaciona con la debida prestación del servicio público, lo que genera que la jurisprudencia aplicable a este ítem tenga como eje central a efectiva prestación del servicio público y los criterios de responsabilidad que su indebida prestación genera.

Respecto al manejo conceptual y fáctico que la jurisprudencia ha brindado a esta temática, puede consultarse entre otras sentencias, las siguientes.

Corte Constitucional.

C-631 de 1996.	C-037 de 2007.	C-879 de 2008.
----------------	----------------	----------------

T-295 de 1994.	T-331 de 2008.	T-545 de 2009.
----------------	----------------	----------------

Consejo de Estado.

00942 de 2016	012 de 2012
---------------	-------------

2. DE LOS ASUNTOS RELACIONADOS CON LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO.

Tal como se indicó al repasar los ítems que se integraron el numeral anterior, la totalidad de acciones que se describen en la construcción de estas tipologías tiene como núcleo común la correcta administración pública y las consecuencias disciplinarias que la realización de conductas y/o acciones que vayan en contra de esta función demandan.

En el presente numeral se agrupan una serie de conductas que por la nomenclatura que se le otorga pareciesen pormenorizar criterios relacionados con el actuar de los servidores públicos y la afectación a los derechos de los administrados que causa tal proceder, lo cual demanda porque esas conductas se observen de manera

asociada de acuerdo a la correspondencia con la estructura normativa que se encuentra inmersa en la descripción de la conducta a valorar.

2.1. ABUSO DE AUTORIDAD.

Nos encontramos frente a un concepto de naturaleza bipartita, por cuanto este tiene tintes propios que se relacionan con la administración pública, que corresponderían más al derecho administrativo y administrativo sancionatorio, pero su concepto también se encuentra dentro de las conductas tipificadas penalmente. Ello hace necesario el proceder a contextualizar la definición que se le debe bridar a tal concepto; para ello se acude en primer lugar a la obra ya referida obra de Guillermo Cabanellas de Torres, en la que se indica sobre este particular, que se entiende por tal, el:

“(...) mal uso que hace un funcionario público de la autoridad o de las facultades que la ley le atribuye. El abuso de autoridad configura delito en ciertos casos, tales como dictar resoluciones contrarias resoluciones contrarias a la Constitución o a las leyes; no ejecutar estas cuando su cumplimiento correspondiere; omitir, rehusar o retardar ilegalmente algún acto de su función; no prestar el auxilio requerido; proponer o designar para un cargo público a persona carente de los requisitos legales necesarios; abandonar el cargo con daño para el servicio público antes de habersele admitido la renuncia, esta relación no tiene carácter limitativo, la figura del abuso de autoridad se vincula con el delito de violación de los deberes de los funcionarios públicos y con los de violación, estupro, rapto o abuso deshonesto cometidos por determinados parientes. (...)”⁵⁴

⁵⁴ Diccionario de Ciencias Jurídicas, Óp.Cit.

Como puede apreciarse de la cita anterior, en ella se consiga la naturaleza bipartita que es predicable de la institución del abuso de autoridad, a la que se hizo referencia líneas atrás, y que demanda que normativamente se le estudie desde ambos flancos, en lo que respecta al accionar propiamente del servidor público, en aquellos aspectos que no rayen con el campo delictivo, se tendrá como fuente normativa primordial para su interpretación y desarrollo, las disposiciones contenidas en la ley 734 de 2002, sin que ello excluya la extensa legislación que imponen obligaciones específicas a los servidores públicos cuando ejercen determinadas funciones o desarrollen actividades puntuales.

Por otra parte, se encuentran las disposiciones contenidas en el Código Penal Colombiano en el cual se le consigna como una conducta penal autónoma y en algunos otros casos como un agravante o una consecuencia derivada de la ocurrencia de una actuación penalmente determinada.

El Código Penal colombiano Ley 599 de 2000, en el capítulo octavo designa unos cuantos artículos a determinar cuáles son las principales conductas que constituyen abuso de autoridad, descripción que no es taxativa, por cuanto existen otras disposiciones dentro de tal ordenamiento que denotan la existencia de criterios propios de abuso de autoridad de agentes públicos.

En los artículos 416 y 417, de la mentada normatividad, se describen las principales acepciones con que penalmente se entiende al abuso de autoridad, en la primera disposición en cita se indica:

“(…) Artículo 416. Abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto. El Servidor público que fuera de los casos especialmente previstos como conductas punibles, con ocasión de sus funciones o excediéndose en el

ejercicio de ellas, cometa acto arbitrario e injusto, incurrirá en multa y pérdida del empleo o cargo público. (...) ⁵⁵

Como puede apreciarse a simple vista esta disposición no es ajena a las exigencias que impone la Ley 734 de 2002, cuando establece las exigencias mínimas que corresponden a los servidores públicos cuando les compete hacer viva la función pública; al repasar cada uno de los numerales que se integran en el artículo 34⁵⁶ de

⁵⁵ Ley 599 de 2000.

⁵⁶ “(...) **Artículo 34. Deberes.** Son deberes de todo servidor público: 1. Cumplir y hacer que se cumplan los deberes contenidos en la Constitución, los tratados de Derecho Internacional Humanitario, los demás ratificados por el Congreso, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas, los contratos de trabajo y las órdenes superiores emitidas por funcionario competente. Los deberes consignados en la Ley 190 de 1995 se integrarán a este código. 2. Cumplir con diligencia, eficiencia e imparcialidad el servicio que le sea encomendado y abstenerse de cualquier acto u omisión que cause la suspensión o perturbación injustificada de un servicio esencial, o que implique abuso indebido del cargo o función. 3. Formular, decidir oportunamente o ejecutar los planes de desarrollo y los presupuestos, y cumplir las leyes y normas que regulan el manejo de los recursos económicos públicos, o afectos al servicio público. 4. Utilizar los bienes y recursos asignados para el desempeño de su empleo, cargo o función, las facultades que le sean atribuidas, o la información reservada a que tenga acceso por razón de su función, en forma exclusiva para los fines a que están afectos. 5. Custodiar y cuidar la documentación e información que por razón de su empleo, cargo o función conserve bajo su cuidado o a la cual tenga acceso, e impedir o evitar la sustracción, destrucción, ocultamiento o utilización indebidos. 6. Tratar con respeto, imparcialidad y rectitud a las personas con que tenga relación por razón del servicio. 7. Cumplir las disposiciones que sus superiores jerárquicos adopten en ejercicio de sus atribuciones, siempre que no sean contrarias a la Constitución Nacional y a las leyes vigentes, y atender los requerimientos y citaciones de las autoridades competentes. 8. Desempeñar el empleo, cargo o función sin obtener o pretender beneficios adicionales a las contraprestaciones legales y convencionales cuando a ellas tenga derecho. 9. Acreditar los requisitos exigidos por la ley para la posesión y el desempeño del cargo. 10. Realizar personalmente las tareas que le sean confiadas, responder por el ejercicio de la autoridad que se le delegue, así como por la ejecución de las órdenes que imparta, sin que en las situaciones anteriores quede exento de la responsabilidad que le incumbe por la correspondiente a sus subordinados. 11. Dedicar la totalidad del tiempo reglamentario de trabajo al desempeño de las funciones encomendadas, salvo las excepciones legales. 12. Resolver los asuntos en el orden en que hayan ingresado al despacho, salvo prelación legal o urgencia manifiesta. 13. Motivar las decisiones que lo requieran, de conformidad con la ley. 14. Registrar en la oficina de recursos humanos, o en la que haga sus veces, su domicilio o dirección de residencia y teléfono, y dar aviso oportuno de cualquier cambio. 15. Ejercer sus funciones consultando permanentemente los intereses del bien común, y teniendo siempre presente que los servicios que presta constituyen el reconocimiento y efectividad de un derecho y buscan la satisfacción de las necesidades generales de todos los ciudadanos. 16. Permitir a los representantes del Ministerio Público, fiscales, jueces y demás autoridades competentes el acceso inmediato a los lugares donde deban adelantar sus actuaciones e investigaciones y el examen de los libros de registro, documentos y diligencias correspondientes. Así mismo, prestarles la colaboración necesaria para el desempeño de sus funciones. 17. Permanecer en el desempeño de sus labores mientras no se haya hecho cargo de ellas quien deba reemplazarlo, salvo autorización legal, reglamentaria, o de quien deba proveer el cargo. 18. Hacer los descuentos conforme a la ley o a las órdenes de autoridad judicial y girar en el término que señale la ley o la autoridad judicial los dineros correspondientes. 19. Dictar los reglamentos o manuales de funciones de la entidad, así como los internos sobre el trámite del derecho de petición. 20. Calificar a los funcionarios o

la disposición en referencia, se denota que el elemento subjetivo que se instituye tras de tales deposiciones, es el mismo que demanda la norma penal, es decir que el voluntad en el accionar del servidor público, es el detonante que permitirá la

*empleados en la oportunidad y condiciones previstas por la ley o el reglamento. 21. Vigilar y salvaguardar los bienes y valores que le han sido encomendados y cuidar que sean utilizados debida y racionalmente, de conformidad con los fines a que han sido destinados. 22. Responder por la conservación de los útiles, equipos, muebles y bienes confiados a su guarda o administración y rendir cuenta oportuna de su utilización. 23. Explicar inmediata y satisfactoriamente al nominador, a la Procuraduría General de la Nación o a la personería, cuando estos lo requieran, la procedencia del incremento patrimonial obtenido durante el ejercicio del cargo, función o servicio. 24. Denunciar los delitos, contravenciones y faltas disciplinarias de los cuales tuviere conocimiento, salvo las excepciones de ley. 25. Poner en conocimiento del superior los hechos que puedan perjudicar el funcionamiento de la administración y proponer las iniciativas que estime útiles para el mejoramiento del servicio. 26. Publicar en las dependencias de la respectiva entidad, en sitio visible, una vez por mes, en lenguaje sencillo y accesible al ciudadano común, una lista de las licitaciones declaradas desiertas y de los contratos adjudicados, que incluirá el objeto y valor de los mismos y el nombre del adjudicatario. 27. Hacer las apropiaciones en los presupuestos y girar directamente a las contralorías departamentales y municipales, como a la Contraloría General de la República y las Personerías Municipales y Distritales dentro del término legal, las partidas por concepto de la cuota de vigilancia fiscal, siempre y cuando lo permita el flujo de caja. 28. Controlar el cumplimiento de las finalidades, objetivos, políticas y programas que deban ser observados por los particulares cuando se les atribuyan funciones públicas. 29. Ordenar, en su condición de jefe inmediato, adelantar el trámite de jurisdicción coactiva en la respectiva entidad, para el cobro de la sanción de multa, cuando el pago no se hubiere efectuado oportunamente. 30. Ejercer, dentro de los términos legales, la jurisdicción coactiva para el cobro de las sanciones de multa. 31. Adoptar el Sistema de Control Interno y la función independiente de Auditoría Interna que trata la Ley 87 de 1993 y demás normas que la modifiquen o complementen. 32. Implementar el Control Interno Disciplinario al más alto nivel jerárquico del organismo o entidad pública, asegurando su autonomía e independencia y el principio de segunda instancia, de acuerdo con las recomendaciones que para el efecto señale el Departamento Administrativo de la Función Pública, a más tardar para la fecha en que entre en vigencia el presente código, siempre y cuando existan los recursos presupuestales para el efecto. 33. Adoptar el Sistema de Contabilidad Pública y el Sistema Integrado de Información Financiera SIIF, así como los demás sistemas de información a que se encuentre obligada la administración pública, siempre y cuando existan los recursos presupuestales para el efecto. 34. Recibir, tramitar y resolver las quejas y denuncias que presenten los ciudadanos en ejercicio de la vigilancia de la función administrativa del Estado. 35. Ofrecer garantías a los servidores públicos o a los particulares que denuncien acciones u omisiones antijurídicas de los superiores, subalternos o particulares que administren recursos públicos o ejerzan funciones públicas. **Parágrafo transitorio.** El Presidente de la República, dentro de los seis meses siguientes a la vigencia de esta ley, reglamentará la materia. 36. Publicar mensualmente en las dependencias de la respectiva entidad, en lugar visible y público, los informes de gestión, resultados, financieros y contables que se determinen por autoridad competente, para efectos del control social de que trata la Ley 489 de 1998 y demás normas vigentes. 37. Crear y facilitar la operación de mecanismos de recepción y emisión permanente de información a la ciudadanía, que faciliten a esta el conocimiento periódico de la actuación administrativa, los informes de gestión y los más importantes proyectos a desarrollar. 38. Actuar con imparcialidad, asegurando y garantizando los derechos de todas las personas, sin ningún género de discriminación, respetando el orden de inscripción, ingreso de solicitudes y peticiones ciudadanas, acatando los términos de ley. 39. Acatar y poner en práctica los mecanismos que se diseñen para facilitar la participación de la comunidad en la planeación del desarrollo, la concertación y la toma de decisiones en la gestión administrativa de acuerdo a lo preceptuado en la ley. 40. Capacitarse y actualizarse en el área donde desempeña su función.(...)” Ley 734 de 2002.*

aplicación desde el ámbito propio que la asiste a cada norma, de los criterios sancionadores descritos en cada una de ellas.

Continúa la Ley 599 de 2000, señalando como conducta propia penalmente relevante el incumplimiento en grado superlativo de un deber que establece el numeral 24 del artículo 34 de la Ley 734 de 2002, cuando tipifica que:

“(...) Artículo 417. Abuso de autoridad por omisión de denuncia. El servidor público que teniendo conocimiento de la comisión de una conducta punible cuya averiguación deba adelantarse de oficio, no dé cuenta a la autoridad, incurrirá en multa y pérdida del empleo o cargo público. La pena será de dos (2) a cuatro (4) años de prisión si la conducta punible que se omitiere denunciar sea de las contempladas en el delito de omisión de denuncia de particular. (...)”⁵⁷

La disposición penal se proyecta adicionalmente a regular aspectos como la revelación de secreto (artículo 418), utilización de asunto sometido a secreto o reserva (artículo 419), utilización indebida de información oficial privilegiada (artículo 420), el asesoramiento y otras actuaciones ilegales (artículo 421), intervención en política (artículo 422), el empleo ilegal de la fuerza pública (artículo 423) y la omisión de apoyo (artículo 424), las cuales al igual que lo acontecido con el ya referido artículo 416, tiene su correspondencia en un grado menor con las disposiciones de la Ley 734 de 2002 .

Otra disposición en la que claramente la normatividad penal demarca la trascendencia que en su interior tiene el abuso de autoridad, se encuentra en el artículo 428 de tal ordenamiento, en el que se indica:

⁵⁷ Ley 599 de 2000.

“(...) Artículo 428. Abuso de función pública. El servidor público que abusando de su cargo realice funciones públicas diversas de las que legalmente le correspondan, incurrirá en prisión de uno (1) a dos (2) años e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por cinco (5) años. (...)”⁵⁸

Como puede apreciarse al existir la comentada doble naturaleza normativa del concepto “abuso de autoridad”, ello hace que necesariamente quien denote la existencia de cualquier tipo de conductas que se enmarque dentro de los criterios propios de tal institución, valore la conducta misma y el alcance de las afectaciones que genere su ocurrencia, a fin de determinar, cuál es la fuente normativa que se ha de aplicar, o si es necesario para abordar tal evento la confluencia de fuentes normativas, generando con ello el inicio de una instrucción tanto disciplinaria, como penal, en razón a la afectación de múltiples bienes jurídicamente protegidos.

Esta especie de advertencia, es vital porque ahora que se repasarán algunos de los antecedentes y principios que sobre el particular se han dispuesto en la jurisprudencia, se denotara estos se han de considerar indistintamente al eje normativo que el servidor encargado de la instrucción le haya brindado, lo cual no es óbice, para que los principios enunciados por la jurisprudencia no se prediquen sin distinción, cuando se encuentre frente a una conducta constitutiva de “*abuso de autoridad*”.

Una visión jurisprudencial que brinda luces sobre un efecto que en la práctica permite el dilucida le alcance de la afectación puede generar la ocurrencia de conductas que pueda interpretarse como *abuso de autoridad*, lo cual a su vez sirve como criterio de interpretación para indicar la ocurrencia de tal conducta, se encuentra contenido en la Sentencia C-024 de 1994, en esta la valorar las

⁵⁸ *Ibíd.*

potestades del poder de policía (desde la perspectiva tanto administrativa como judicial), se delinea la forma en que con la ocurrencia de visos del denominado abuso de autoridad, configuran la descontextualización total del ordenamiento constitucional, repasemos la siguiente cita:

“(...) En un Estado social de derecho, el uso del poder de policía -tanto administrativa como judicial-, se encuentra limitado por los principios contenidos en la Constitución Política y por aquellos que derivan de la finalidad específica de la policía de mantener el orden público como condición para el libre ejercicio de las libertades democráticas. De ello se desprenden unos criterios que sirven de medida al uso de los poderes de policía. El ejercicio de la coacción de policía para fines distintos de los queridos por el ordenamiento jurídico puede constituir no sólo un problema de desviación de poder sino incluso el delito de abuso de autoridad por parte del funcionario o la autoridad administrativa. (...)”⁵⁹

La limitante que integran cada uno de los postulados constitucionales al momento de desarrollarse la función pública, en todas sus vertientes y acepciones, se entiende el punto de partida sobre el cual se debe valorar la conducta que se considere configura rasgos de abuso de autoridad, la entendida correspondencia constitucional, es el eje absoluto sobre el cual se debe entender que el obrar de un agente público que se encuentra conforme a derecho y de tal proceder no es posible predicar ningún hecho u acto constitutivo de abuso de autoridad.

Es importante señalar que en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia se establece un criterio de optimización a tener presente cuando se pretende determinar la ocurrencia de conductas constitutivas de abuso de autoridad, lo cual

⁵⁹ Corte Constitucional Sentencia C- 024 de 1994.

a su vez ha direccionar el proceder del funcionario instructor en temas disciplinarios, señala la máxima autoridad de la jurisdicción ordinaria sobre el particular que:

“(…) El presupuesto fáctico objetivo de la norma transcrita, como se ve, se encuentra constituido por tres elementos, a saber: (i) un sujeto activo calificado, es decir, que se trate de servidor público; (ii) que el mismo profiera resolución, dictamen o concepto; y (iii) que alguno de estos pronunciamientos sea manifiestamente contrario a la ley, esto es, no basta que el acto sea ilegal -por razones sustancial (directa o indirecta), de procedimiento o de competencia- sino que la disparidad del mismo respecto de la comprensión de los textos o enunciados -contentivos del derecho positivo llamado a imperar- no admite justificación razonable alguna. (…)”⁶⁰

La pormenorización que enfáticamente realiza el judicial, tiene un elemento claro y determinante a la hora de valorarse la ocurrencia de supuestas conductas generadoras de abuso de autoridad, pues la ocurrencia simple de los hechos que se integran es estas conductas, perse no constituyen la configuración de actos generadores de abuso de autoridad, sino que será su relación con la afectación a los derechos constitucionales, lo que demarque la pertenencia de una instrucción y eventual sanción penal o como nuestro tema de estudio lo refiere disciplinaria.

Respecto al manejo conceptual y fáctico que la jurisprudencia ha brindado a esta temática, puede consultarse entre otras sentencias, las siguientes.

Corte Constitucional.

T-615/2011	C- 212 / 2017.	T-129 / 2005.
C-141 / 2010.	C-789 / 2006	C-540/2012

⁶⁰ Corte Suprema de Justicia- sala de casación penal AP.4835-2016, radicación 47806 Acta 224.

Corte Suprema de Justicia.

Ap.4835-2016 radicación 47806, acta 224	Número de Proceso 47806 - Número de Providencia AP 4835-2016
--	---

2.2. ACOSO LABORAL, HOSTIGAMIENTO Y MALTRATO.

En el presente ítem se hace referencia a una pluralidad de acciones y/o conductas que tienen como núcleo común las relaciones que surgen entre los servidores a través de los cuales desarrollan la función pública y las relaciones que se generen entre estos y las personas que le compete tratar en virtud de tal condición. El acoso laboral junto con todas las acepciones que pueden incluirse en este concepto se trabajó a título de norma especial en la Ley 1010 de 2006, lo cual no es óbice para que se prediquen la aplicación a título general de los contenidos que sobre este particular establece la Ley 734 de 2002.

Pero antes de proceder a la valoración de tal normatividad, es menester al igual que como se ha realizado con los aspectos valorados en los numerales anteriores que se realice la respectiva definición conceptual.

Para cumplir tal propósito se acude en primer lugar a las referencias y definiciones contenidas en la mentada Ley 1010 de 2006, en ella al describir los bienes jurídicos que pretende proteger tal disposición, se señala que se pretende corregir, sancionar y prevenir, entre otras las diversas formas de agresión, maltrato, vejámenes y demás conductas que ultrajen la dignidad humana, en el contexto propio de una relación laboral privada o pública.

Un campo de acción tan amplio como el que se le otorgó a la mentada norma, en el cual las afectaciones a la dignidad humana, generadas en una relación de

naturaleza laboral, son el detonante por el cual puede predicarse la aplicación de tal disposición normativa, pero ello nos impone la necesidad de demarcar el sentido jurídico que se le debe brindar al concepto dignidad humana, para inferir las afectaciones que dan origen a la mentada protección legal.

En la obra de Luis Roberto Barroso⁶¹, se hace una contextualización histórica y conceptual de la dignidad humana entendida como institución jurídica fundamental, se señala por parte de tal autor:

*“(...) la dignidad humana tiene su cuna secular en la filosofía, ámbito en el que pensadores innovadores como CICERON, PICO DELLA MIRANDOLA e IMMANUEL KANT, construyeron ideas como el antropocentrismo (una visión del mundo que reserva al ser humano un lugar y un papel centrales en el universo), el valor intrínseco de cada persona y la capacidad individual de tener acceso a la razón, de hacer escogencias morales y determinar su propio destino. Por sus raíces en la ética y en la filosofía moral, la dignidad humana es, en un primer lugar, un valor, un concepto vinculado a la moralidad, al bien, a la conducta correcta y a la vida buena... (...) no es difícil percibir, en ese contexto, la doble dimensión de la dignidad humana: una interna, expresada en el valor intrínseco o propio de cada individuo, otra externa, que representa sus derechos, aspiraciones y responsabilidades, así como los correlativos deberes de terceros. La primera dimensión es por si misma inviolable; el valor intrínseco del individuo no se pierde en ninguna circunstancia; la segunda puede sufrir restricciones y distinciones. (...)”*⁶²

⁶¹ BARROSO Roberto, *La Dignidad de la Persona Humana en el Derecho Constitucional Contemporáneo*, Bogotá, Editado por la Universidad Externado de Colombia, 2014.

⁶² *Ibíd.*

Esta visión general de la dignidad humana, ha de constituir el criterio de aplicación normativo, tal como lo señala el citado artículo primero de la Ley 1010 de 2006⁶³, pero esta remisión, implica que se contraste el hecho que constitutivo de acoso, afectación a los derechos que son propios de las personas que se ven afectadas con la ocurrencia de aquellos, el ligar el accionar normativo con la prevalencia de la dignidad humana permiten que el ámbito de protección se enriquezca con el contenido pleno de la Carta Constitucional la cual tiene como espina dorsal la mentada dignidad.

Estas afectaciones se ligan por parte del legislador con una serie de fines determinados a título de bienes jurídicos que se identifican con el trabajo en condiciones dignas, con la libertad, la intimidad, la honra y salud mental, propendiendo por la armonía en las relaciones laborales, conformando con ello la base conceptual y fáctica sobre la cual se tiene que valorar la ocurrencia de conductas que sobre esta temática sean disciplinariamente relevantes.

Pero el legislador, no se limitó a señalar la base fáctica-conceptual integrada por la remisión a la prevalencia de la dignidad humana en el curso de las relaciones humanas de carácter laboral, sino que procedió a definir las principales conductas que se entienden constitutivas de acoso laboral, definió las siguientes conductas:

*“(...) 1. **Maltrato laboral.** Todo acto de violencia contra la integridad física o moral, la libertad física o sexual y los bienes de quien se*

⁶³ “(...) Artículo 1o. OBJETO DE LA LEY Y BIENES PROTEGIDOS POR ELLA. La presente ley tiene por objeto definir, prevenir, corregir y sancionar las diversas formas de agresión, maltrato, vejámenes, trato desconsiderado y ofensivo y en general todo ultraje a la dignidad humana que se ejercen sobre quienes realizan sus actividades económicas en el contexto de una relación laboral privada o pública. Son bienes jurídicos protegidos por la presente ley: el trabajo en condiciones dignas y justas, la libertad, la intimidad, la honra y la salud mental de los trabajadores, empleados, la armonía entre quienes comparten un mismo ambiente laboral y el buen ambiente en la empresa. PARÁGRAFO: La presente ley no se aplicará en el ámbito de las relaciones civiles y/o comerciales derivadas de los contratos de prestación de servicios en los cuales no se presenta una relación de jerarquía o subordinación. Tampoco se aplica a la contratación administrativa.(...)”, Ley 1010 de 2006.

desempeñe como empleado o trabajador; toda expresión verbal injuriosa o ultrajante que lesione la integridad moral o los derechos a la intimidad y al buen nombre de quienes participen en una relación de trabajo de tipo laboral o todo comportamiento tendiente a menoscabar la autoestima y la dignidad de quien participe en una relación de trabajo de tipo laboral. 2. **Persecución laboral:** toda conducta cuyas características de reiteración o evidente arbitrariedad permitan inferir el propósito de inducir la renuncia del empleado o trabajador, mediante la descalificación, la carga excesiva de trabajo y cambios permanentes de horario que puedan producir desmotivación laboral. 3. **Discriminación laboral:** todo trato diferenciado por razones de raza, género, edad, origen familiar o nacional, credo religioso, preferencia política o situación social que carezca de toda razonabilidad desde el punto de vista laboral. Más gravosa o retardarla con perjuicio para el trabajador o empleado. Constituyen acciones de entorpecimiento laboral, entre otras, la privación, ocultación o inutilización de los insumos, documentos o instrumentos para la labor, la destrucción o pérdida de información, el ocultamiento de correspondencia o mensajes electrónicos. 5. **Inequidad laboral:** Asignación de funciones a menosprecio del trabajador. 6. **Desprotección laboral:** Toda conducta tendiente a poner en riesgo la integridad y la seguridad del trabajador mediante órdenes o asignación de funciones sin el cumplimiento de los requisitos mínimos de protección y seguridad para el trabajador. (...)"⁶⁴

En el presente numeral no solo se hace referencia a las conductas constitutivas de acoso laboral, las cuales tal como se indicó fueron delineadas por el legislador. En el presente ítem también se hace referencia al hostigamiento, el cual se entiende como una acción de hostigar, término que según el diccionario de la Real Academia

⁶⁴ Ley 1010 de 2006.

de la lengua española, significa “*acosar o molestar (a alguien) con insistencia*”⁶⁵, criterio que puede encerrarse en cada una de las conductas que se han descrito al momento de esclarecer el concepto acoso laboral, lo que no obsta para que en caso de presentarse conductas que no encajen formalmente en las que la ley contemplo al consagrar el acoso laboral, se proceda a dar aplicación a los criterios que la Ley 734 de 2002, estableció para sancionar este tipo de conductas por cuanto el numeral 6 del artículo 34 de la disposición de tal, que impone un deber genérico a todo servidor público, consistente en “*tratar con respeto, imparcialidad y rectitud a las personas con que tenga relación por razón del servicio*”, esta disposición se debe valorar en armonía con los descritos en los numerales 1, 6 y 26 del artículo 35⁶⁶ que se encarga de establecer las prohibiciones que se predicán de todo servidor.

Igual que lo acontecido con el término hostigamiento, es pertinente proceder con el concepto de maltrato, que en el Diccionario de la Real Academia se entiende como; “*tratar (algo o alguien) con violencia o menosprecio*”, definición que permite ubicar cualquier conducta en tal sentido dentro de las distintas vertientes que sean presentadas anteriormente, por las cuales se establecen las medidas y los medios de protección con que cuentan los servidores públicos, para protegerse de cualquier tipo de afrenta contra sus condiciones, humanas, personales o profesionales.

El anterior esclarecimiento conceptual y normativo, nos fija concomitantemente los criterios sobre los que debe actuar el servidor encargado de dilucidar y/o adelantar una instrucción disciplinaria que tenga causa en cualquier tipo de conducta de las que se han descrito en el presente numeral, de acuerdo a las formas e instancias procesales que imponen en la materia tanto en la norma especial Ley 1010 de 2006, como en la norma general Ley 734 de 2002.

⁶⁵ Diccionario Práctico del Estudiante, editado por la Real Academia de la Lengua Española, Bogotá, 2010. Pág. 367.

⁶⁶ Ley 734 de 2002.

La jurisprudencia sobre el particular, cuenta con un pronunciamiento que en nuestro parecer puede considerar como un hito frente a este particular, se está haciendo referencia a la Sentencia C-780 de 2007, en esta se brindan criterios de optimización interpretativa, para quien pretende maniobrar con las denominadas conductas de acoso o maltrato laboral.

El mandato jurisprudencial parte del esclarecimiento de un aspecto fundante en la materia y se refiere a la necesaria acreditación de la ocurrencia de la conducta que ha de constituir infracción; es decir que sin importar que la conducta hubiese ocurrido de manera pública o privada, quien alegue su ocurrencia deberá acreditar la ocurrencia de la mismas, brindado las pruebas necesarias de ello⁶⁷, de lo contrario se entraría en una cadena de manifestaciones que pueden llevar a la afectación de los derechos propios de quienes se vean involucrados con la ocurrencia de estas supuestas conductas, bien sea como afectados o como causantes, la claridad en cuanto a los hechos y los medios de prueba, constituyen la exigencia mínima para la instrucción y decisión de este tipo de actuaciones.

Lo anterior no es óbice, para que frente al eje conceptual propio de tal materia se brinde aplicación al criterio de presunción, lo cual se encuentra en confluencia con el debido proceso de los sujetos que se involucran en este tipo de conductas, por cuanto es requisito sine qua non, de este tipo de instrucciones la valoración y controversia de las pruebas, el principio de juez natural y el de la defensa técnica,

⁶⁷ “(...)La exclusión de las conductas ocurridas en privado, de la presunción de acoso laboral consagrada en el artículo 7º, se justifica entonces no a partir de la consideración de que estos actos carecen de capacidad de ofender los bienes jurídicamente protegidos por la Ley, sino en la circunstancia de que los mismos si bien son igualmente lesivos de garantías fundamentales, no son igualmente evidentes ni manifiestos, por lo cual la actividad a desplegar ante el juzgador para que éste alcance la convicción de que se trata de conductas constitutivas de acoso laboral se hace más exigente, sin resultar por ello desproporcionada. Además, como ya fue expresado, los hostigamientos que se pretendan hacer valer como conductas constitutivas de acoso laboral ocurridas en privado deben ser acreditadas, al igual que deben serlo las que han tenido lugar frente a terceros, sin que la carga argumentativa adicional que debe soportar el primero, resulte desproporcionada si se analiza a la luz de las diferencias existentes entre una y otra circunstancia frente a su potencial vulnerador de los derechos fundamentales que busca proteger la normatividad en su conjunto(...)”, Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-780 de 2007.

todo en aras de mantener el equilibrio procesal y la materialización de las garantías propias de los sujetos intervinientes en este tipo de procesos⁶⁸.

En otro pronunciamiento jurisprudencial, se procedió a señalar los criterios prácticos que denota la forma en que se gestan los hechos prácticos que constituye la ocurrencia de conductas normativamente relevantes en el campo del acoso y /o el maltrato laboral, señala el judicial que:

“(...) las actuaciones de maltrato, humillación, persecución o discriminación en el lugar de trabajo tales como (i) no autorizar a un trabajador el realizar las labores para las que fue contratado; (ii) restringir su actividad a la mera asistencia al sitio de trabajo sin consentirle desplegar tarea alguna; (iii) impedirle el acceso a determinados lugares de trabajo sin justificación; (iv) alegar un desempeño laboral insatisfactorio para negar por años un aumento, sin explicación alguna y en abierta discriminación frente a otros trabajadores, o (v) utilizar procedimientos disciplinarios con el objeto deliberado de perseguir o desalentar al trabajador que ejerce actividades sindicales, entre otras situaciones, son actuaciones lesivas de la dignidad de las personas que constituyen un hostigamiento laboral y vulneran derechos fundamentales.(...)”⁶⁹

⁶⁸ “(...) La presunción de acoso laboral objeto de análisis, no implica desde ningún punto de vista el desconocimiento del derecho al debido proceso del acusado. En efecto, quien es denunciado por haber desplegado presuntamente alguna de las conductas que configuran acoso laboral aun cuando lo haya hecho de manera reiterada y pública, tiene la posibilidad, dentro del proceso, ya sea judicial o disciplinario, de controvertir las pruebas en aras de demostrar que los hechos que dieron lugar a tal proceso no ocurrieron o que, en caso de haber tenido lugar, no configuran la conducta de acoso laboral. De esta manera, la presunción establecida en la disposición objeto de examen no contraría el principio de presunción de inocencia ni el derecho al debido proceso, pues se trata de una redistribución de las cargas procesales que no hace nugatorio el derecho de defensa de quien debe desvirtuar el hecho o la consecuencia deducida.(...)”, *Ibíd.*

⁶⁹ Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-238 de 2008.

Este esclarecimiento de algunas de las formas en que pueden generarse las conductas que llevan al desconocimiento de los bienes jurídicos que se amparan con la normatividad que respecto al acoso y al maltrato laboral se han erigido en las disposiciones que sean referido anteriormente, la anterior descripción no constituye una lista taxativa, más si enunciativa por cuanto como bien se describió, las conductas por las cuales se constituye este tipo de afrentas, son de naturaleza diversa, por lo que solo requiere la demostración de su ocurrencia, así lo da a entender la Sentencia T-238 de 2008, cuando celebra el avance legislativo en la materia y señala que:

“(...) Recientemente la legislación nacional dio un paso más en el reconocimiento de las diversas modalidades de agresión que pueden presentarse en el lugar de trabajo, y reguló aspectos de un fenómeno laboral denominado por la doctrina especializada como “mobbing” o acoso laboral, que puede ser descrito como la expresión de una conducta hostil dirigida contra un compañero de trabajo, un subalterno o incluso contra un jefe, que al ser persistente y lesiva de la dignidad de la persona, la coloca en una situación de indefensión, situación que puede llegar a comprometer seriamente la salud física y mental de quien padece el abuso, la humillación, la discriminación, el maltrato o la amenaza, al punto de inducir al trabajador a abandonar su lugar de trabajo.(...)”⁷⁰

Tal pronunciamiento continúa asentando el objeto de la ya referida Ley 1010 de 2006, norma que como bien sea indicado en los párrafos anteriores constituye la normativa fundante en la materia que corresponde al presente numeral, observemos pormenorizadamente algunos de los criterios conceptuales y prácticos que el juez Constitucional estableció sobre este asunto particular, indicando que:

⁷⁰ Ibídem.

“(…) El objetivo de la ley descrita, fue precisamente el crear herramientas para proteger a las personas del ultraje en el marco de las relaciones de trabajo, a través de medidas de diversa índole, - entre preventivas y sancionatorias -, con el propósito de evitar, corregir y castigar el acoso laboral, que según lo reconoció la ley, puede presentarse bajo la modalidad de maltrato, persecución, discriminación, entorpecimiento laboral, desprotección o inequidad laboral (Art. 2º Ley 1010 de 2006). Entre los actos que explícitamente llevan a presumir el acoso laboral en las relaciones laborales, pueden citarse según esta ley, entre otros, los siguientes: a) los actos de agresión física; b) las expresiones injuriosas o ultrajantes; c) los comentarios hostiles y humillantes de descalificación profesional expresados en presencia de compañeros de trabajo; d) las injustificadas amenazas de despido expresadas en presencia de los compañeros de trabajo; (...) g) las burlas sobre la apariencia física o la forma de vestir formuladas en público; h) la alusión pública a hechos pertenecientes a la intimidad de las personas; (...) m) “la negativa claramente injustificada de otorgar permisos, licencias por enfermedad, licencias ordinarias y vacaciones,[a una persona] cuando se dan las condiciones legales, reglamentarias o convencionales para pedirlos”. (Art. 7 Ley 1010 de 2006) (...)”⁷¹

Bajo el escenario esbozado en las páginas anteriores, es posible afirmar que la ocurrencia de conductas constitutivas de acoso o maltrato laboral, las cuales cuentan con tratamiento normativo especial, pueden dar pie a la estructuración de una instrucción de naturaleza disciplinaria, que demanda la observación de cada uno de los aspectos que se han referido en el desarrollo del presente numeral, por parte del encargado de tal instrucción toda vez que la omisión en tal deber, llevaría

⁷¹ Ibídem.

a que se predicasen afectaciones a los derechos de la totalidad de los sujetos que se involucrasen en los hechos objeto de instrucción.

Respecto al manejo conceptual y fáctico que la jurisprudencia ha brindado a esta temática, puede consultarse entre otras sentencias, las siguientes.

Corte Constitucional.

C-780/07	C-614/09
T-738/06	T-882/06

Corte Suprema de Justicia.

SL 17063-2017	SL 6436-2015
---------------	--------------

2.3. EXTRALIMITACIÓN DE FUNCIONES.

Se entiende comúnmente la extralimitación como el: “(...) *abuso del derecho propio o de la bondad ajena. / Exceso en el ejercicio de las atribuciones (...)*”⁷², esta breve definición brinda el eje conceptual, que se suma a otra concepto básico en la materia, el relativo a función pública, la cual genéricamente corresponde a “(...) *en un sentido general, la que corresponde a quienes forman parte de la organización estatal, ejerciendo las atribuciones derivadas de su posición en ésta. / En un sentido más limitado, la ejercida por quienes forman parte de la administración estatal. (...)*”⁷³, la confluencia de los conceptos referidos anteriormente constituyen el escenario sobre el cual se entiende la extralimitación de funciones en nuestro medio, la Constitución Política parte del entendido de la confluencia señalada anteriormente, por ello en su artículo 6, estableció:

⁷² *Diccionario de Ciencias Jurídicas*, Óp.Cit

⁷³ *Ibídem*.

“(…) ARTÍCULO 6º.- Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.(…)”⁷⁴

Sobre este mandato Constitucional se desarrolla la pauta sancionatoria que se predica corresponde a quién incurre en conductas constitutivas de desviación de poder, contenidas principalmente en el artículo 23 de la Ley 734 de 2002.

Antes de referir el contenido puntual de tal norma, es necesario precisar que la base conceptual propia de la figura de la extralimitación de funciones no corresponde a acciones determinadas o taxativas, por cuanto al constituir un desconocimiento de un deber constitucional, este puede gestarse en diversa formas, incluso en algunas que no cuenten con una descripción normativa específica o un referente jurisprudencial determinado, es por ello que la norma a la cual se hace referencia parte de postulados genéricos abiertos⁷⁵, con los cuales solo se busca establecer un criterios de responsabilidad predicable de quién correspondiéndole ejercer función pública se extralimita en tal ejercicio en pleno desconocimiento del deber Constitucional y legal que le correspondía al infractor.

El señalado artículo 23 de la Ley 734 de 2002, establece:

“(…) Artículo 23. La Falta Disciplinaria. Constituye falta disciplinaria, y por lo tanto da lugar a la acción e imposición de la sanción correspondiente, la incursión en cualquiera de las conductas o comportamientos previstos en este código que conlleve incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones,

⁷⁴ Constitución Política de Colombia.

⁷⁵ “(…) la jurisprudencia ha señalado que el régimen disciplinario se caracteriza, a diferencia del penal, porque las conductas constitutivas de falta disciplinaria están consignadas en tipos abiertos, ante la imposibilidad del legislador de contar con un listado detallado de comportamientos donde se subsuman todas aquellas conductas que están prohibidas a las autoridades o de los actos antijurídicos de los servidores públicos.(…)” Sentencia 1478 de 2006 - Consejo de Estado.

*prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad contempladas en el artículo 28 del presente ordenamiento.(...)"*⁷⁶

Como puede apreciarse esta normativa busca conjurar y sancionar todo tipo de afrenta que se ejecute en desarrollo de lo que se ha denominado función pública, por parte de quien se encuentra Constitucional y legalmente facultado para ello.

Este planteamiento nos sirve para señalar, que una vez definida como la causa sobre la cual se da inicio a una instrucción disciplinaria, sea un hecho contentivo de extralimitación de funciones, la forma en que procede el instructor, no puede ser otra que la señala en la Ley 734 de 2002, caso en el cual deberá a lo igual que lo acontecido con las tipologías señaladas en los numerales anteriores, velar por la materialización de los derechos y garantías de la plenitud de sujetos que han de intervenir en la referida instrucción.

Respecto al manejo conceptual y fáctico que la jurisprudencia ha brindado a esta temática, puede consultarse entre otras sentencias, las siguientes.

Corte Constitucional.

C-599/1996	C-396/2006
C-467/2009	C-908/2013

Consejo de Estado.

1478/2006	115/2013
-----------	----------

⁷⁶ Ley 734 de 2002.

2.4. INCUMPLIMIENTO DE DEBERES Y FUNCIONES.

Este es tal vez el ítem más complejo a valorar dentro de las tipologías conductuales que encierra el grupo contenido en el presente numeral, por cuanto se está haciendo alusión a un elemento de la esencia de la función pública, es decir al presupuesto básico sobre el cual las personas en general confiamos en el cumplimiento del deber funcional del pleno de la organización del Estado.

Es ese principio de confianza legítima, por el cual se está en el convencimiento que quien se desempeña como servidor público, o ejerce función pública, cuenta con la capacidad y formación necesaria para hacerlo y su proceder se encuentra conforme a las exigencias que esta condición le demanda. Cuando se gestan acciones contrarias a tal principio se presenta tal vez la más reprochable de las omisiones que se pueda predicar entorno a quien ejerce función pública.

Al igual que lo hemos realizado con los ítems anteriormente valorados, se considera pertinente valorar la significación nominal de la tipología valorada y a posteriori hacer alusión a la forma en que se le concibe normativamente en nuestro medio. Se ha entendido por la doctrina en general al incumplimiento como, “(...) *desobediencia de órdenes, reglamentos leyes, por lo general de modo negativo, por abstención u omisión. / Inejecución de obligaciones y contratos. (...)*”⁷⁷ y en cuanto al termino deberes y/o funciones es menester indicar que comúnmente se entiende el deber como, “(...) *estar obligado/adeudar/ estar pendiente el pago de una cantidad de dinero, la prestación de un servicio, la ejecución de una obra, el cumplimiento de una obligación en general...(...)*”⁷⁸, tal definición dice mucho y poco cuando lo que se pretende es hablar del deber funcional, generado con ocasión de un mandato Constitucional o legal, que es si la razón última de la función pública y del actuar de los agentes del Estado en todos sus órdenes por ello, se considera

⁷⁷ *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Óp.Cit.*

⁷⁸ *Ibídem.*

pertinente hacer referencia a un concepto de deber más puntual, a aquel considerado por la doctrina como jurídico, por este se entiende:

“(...) deber jurídico. Lo define Dourado de Gusmao diciendo que, en sentido lato, constituye un comportamiento obligatorio impuesto por una norma legal, por un contrato o por un tratado a una persona en favor de otra, que tiene la facultad de exigir su cumplimiento, cuando no fuere espontáneamente observado, lo que lo diferencia del deber moral. A su vez Radbruch afirma que, de la validez del derecho para la vida de los hombres en común, se sigue que su contenido debe estar constituido por relaciones jurídicas fundamentadas en deberes jurídicos y derechos subjetivos. Ramírez Gronda expresa que Von Kirchmann y Von Ferneck pretendieron explicar la existencia de deberes jurídicos en el influjo motivador que sobre la conciencia humana ejerce la amenaza de la sanción, mientras que para Bierling constituye un acto reconocimiento tácito de la norma por los individuos que componen la sociedad. Recasen Siches estima que el deber jurídico y el deber moral son distintos, aunque se den supuestos y como coincidentes, y añade que la existencia del deber jurídico se determina porque la infracción de la conducta señalada en aquel constituye el supuesto de una sanción jurídica, pues, donde no haya posibilidad de coacción inexorable al sujeto, no hay deber jurídico, aunque pueda haberlo moral, social o religioso. Para Kelsen, en la cita de Ramírez Gronda, el deber jurídico, es la norma misma en relación con un sujeto determinado en tanto que lo obliga a aquel comportamiento cuya oposición contradictoria constituye la condición del acto coactivo establecido en el precepto jurídico. (...)”⁷⁹

⁷⁹ Ibídem.

Esta larga pero necesaria cita, nos permite establecer la base conceptual que se encuentra tras imperativos preciso y no contextualizado, como los que se encierran en las disposiciones constitucionales y normativas que son aplicables a la temática contenida en el presente ítem.

Obsérvese sobre este punto en particular que en la Constitución Política, entre varias de sus disposiciones contempla dos que enmarcan el deber funcional de quienes sirven en nombre del Estado.

En primer lugar se hará nuevamente referencia al artículo 6 de la Carta Política, en el cual en su inciso segundo, indica “(...) *los servidores públicos lo son por la misma causa y por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. (...)*”⁸⁰, como puede apreciarse con claridad la mentada cláusula Constitucional parte de un supuesto, de un imperativo, por el cual se constituye el cumplimiento del deber funcional, en la exigencia mínima que se predica a quien se ha de encargar de hacer efectiva la actividad pública.

A la anterior disposición se suma lo dispuesto en el artículo 122 de la Constitución, el cual se indica que: “(...) *no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en el ley o reglamento... (...) ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben. (...)*”⁸¹

Al detallarse las funciones propias del empleo público, concomitantemente se está demarcando cual es papel funcional que ha de corresponder a quien se desempeñe como tal, lo que a su vez fija el racero sobre el cual se valore si su proceder es constitutivo a no de falta disciplinaria.

Al igual que ocurre con algunas de las temáticas tratadas en los numerales anteriores el operador disciplinario, no debe limitarse a observar la relación simple

⁸⁰ Constitución Política de Colombia.

⁸¹ Ibídem.

entre los hechos y la norma, sino que contrario a ello debe valorar tanto las condiciones exógenas y endógenas que son propias a la omisión funcional atribuida al disciplinado, así como las circunstancias de modo, tiempo y lugar, que necesariamente han de estar presente en un hecho de tal naturaleza y que pueden influir directamente en las causas que llevaron a su ocurrencia.

El desarrollo normativo de las pautas constitucionales referidas, también cuenta con su pauta principal en las disposiciones que se contiene en la Ley 734 de 2002, en esta, como ya se ha comentado en algunos de los numerales que nos han precedido en su artículo 34, señala en especial en los ítems uno y dos, en lo que se expresan; “(...) 1. *Cumplir hacer que se cumplan los deberes contenidos en la constitución, los tratados de derecho internacional humanitario, los demás ratificados por el congreso, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones....* (...) 2. *Cumplir con diligencia, eficiencia e imparcialidad el servicio que le sea encomendado... (...)*”⁸².

Como bien se señaló los mandatos constitucionales y legales, referidos anteriormente establecen la base sobre la cual se valoran y adecuan típicamente las conductas realizadas por quien ejerce función pública y a partir de ello se determinará si con su proceder se generan aspectos disciplinariamente relevantes, así lo da a entender el Consejo de Estado en su Sentencia número 00296 de 2018, en este proveído indica:

“(...) El proceso de adecuación típica supone la comprobación lógica y razonada de la relación de subsunción entre la descripción legal de la conducta disciplinable y la efectivamente desplegada por el sujeto activo, de lo cual surge a su vez, una relación de contrariedad entre el comportamiento de quien tiene a su cargo el ejercicio de funciones públicas y el deber presuntamente incumplido. El análisis de la tipicidad

⁸² Ley 734 de 2002.

es un apartado fundamental en la motivación del acto administrativo que impone una sanción disciplinaria y dentro del mismo, la autoridad cuenta con un margen de interpretación más amplio que el que se encuentra en el derecho penal, pues la precisión con la cual deben estar descritos los comportamientos disciplinariamente reprochables tiene una mayor flexibilidad al concebido en materia criminal, ante la dificultad de que la ley haga un listado detallado de absolutamente todas las conductas constitutivas de falta; como consecuencia de ello se ha avalado, desde un punto de vista constitucional, la inclusión de conceptos jurídicos indeterminados y la formulación de los tipos abiertos y en blanco que están redactados con una amplitud tal que hace necesario remitirse a otras normas en las que se encuentren consagrados los deberes, las funciones o las prohibiciones que se imponen en el ejercicio del cargo, y que exigen un proceso de hermenéutica sistemática lógica que demuestre en forma congruente cómo la conducta investigada se subsume en la descrita por la ley.(...)”⁸³

Como se aprecia todos los ítems que se han valorado hasta el momento, implican la valoración fáctica integral de los hechos y no la simple mediación con la norma que prescribe el deber funcional o la prohibición que se encuentra salvaguardada en la protección del interés superior que representa el bien jurídico inmerso en la administración pública.

Respecto al manejo conceptual y fáctico que la jurisprudencia ha brindado a esta temática, puede consultarse entre otras sentencias, las siguientes.

Corte Constitucional.

C-949/2002	C-819/2006
C-030/2012	T-726/2012

⁸³ Consejo de Estado Sentencia 00296 de 2018.

Consejo de Estado.

00296/2018	106/2013
------------	----------

2.5. INCURSIÓN EN PROHIBICIONES Y PARTICIPACIÓN EN POLÍTICA.

El presente ítem, corresponde a una temática que puede encajar en cada una de las pautas que se han valorado en los numerales anteriores, por cuanto el servidor público al desconocer los mandatos legales que establecen el marco de su deber funcional, estaría incurriendo en prohibiciones, así mismo ocurre cuando con su proceder se trasgrede el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, cualquiera sea la forma en que geste el incurrir en prohibiciones, su tratamiento valorativo desde el campo conceptual y disciplinario, se corresponde con los ejes presentados en varios de los ítems que se han valorado anteriormente, por lo cual se considera pertinente hacer una breve referencia descriptiva al termino prohibiciones en cuanto al actuar de los servidores públicos y algunos pronunciamientos judiciales que denotan el efecto jurídico que este término puntual acarrea en materia disciplinaria – sancionatoria.

En cuanto al concepto prohibición, se ha entendido por este ordinariamente como “(...) *disposición que impide obrar en cierto modo* (...)”⁸⁴, en nuestro medio existen disposiciones especiales que se encargan de establecer prohibiciones tanto generales como específicas de acuerdo a materias puntuales, en las que se exigen condiciones superlativas a quien sea o pretenda fungir como servidor público y de desarrollo a estas.

El Consejo de Estado en pronunciamiento número 00679 de 2018, señala varios aspectos que se consideran fundamentales para tratar el tema que nos ocupa. El judicial valora la temática de las prohibiciones desde el efecto sancionatorio que se

⁸⁴ *Diccionario de Ciencias Jurídicas*, Óp. Cit.

predica cuando se incurren en alguna de ellas, lo anterior como una manifestación de la potestad disciplinaria, la cual es un medio para asegurar la correcta administración pública y de paso la concreción de los fines del nuestro Estado, los cuales se han trazados desde el artículo segundo de la Carta Constitucional, indica el proveído:

“(...) El ejercicio de la potestad disciplinaria del Estado, por tanto, se orienta a asegurar la apropiada gestión de la Administración Pública para que ésta pueda materializar los fines estatales para cuya consecución fue creada. De allí que la ley disciplinaria, según ha explicado la Corte Constitucional, tiene como finalidad específica la prevención y buena marcha de la gestión pública, así como la garantía del cumplimiento de los fines y funciones del Estado en relación con las conductas de los servidores públicos que los afecten o pongan en peligro.(...)”⁸⁵

Una premisa fundante no solo para el presente ítem, sino para el pleno de los aspectos que se han presentado en los numerales ya valorados e incluso para los que se valoraran más adelante, lo da la determinación del eje conceptual propio de todas las conductas valoradas, el cual toma relevancia, por tratarse de su íntima relación con la prestación del servicio público, que compete a los entes y las personas que integran la administración pública.

Este deber de garantía constituye en gran parte el objeto del derecho disciplinario; el cual más que buscar una sanción, tiene como verdadero propósito garantizar la efectiva prestación del servicio público o la correcta administración pública, para ello es indispensable que se garantice a todo nivel la obediencia a la disciplina que encierra el mismo cumplimiento de tales funciones.

Así lo enfatiza el Consejo de Estado al señalar que:

⁸⁵ Consejo de Estado Sentencia 00679 de 2018.

“(...) Respecto del objeto del derecho disciplinario, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado: “derecho disciplinario pretende garantizar “la obediencia, la disciplina y el comportamiento ético, la moralidad y la eficiencia de los servidores públicos, con miras a asegurar el buen funcionamiento de los diferentes servicios a su cargo”; cometido éste que se vincula de manera íntima al artículo 209 de la Carta Política porque sin un sistema punitivo dirigido a sancionar la conducta de los servidores públicos, resultaría imposible al Estado garantizar que la Administración Pública cumpliera los principios de “igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad” a que hace referencia la norma constitucional.(...)”⁸⁶

Como pueda observar se el actuar del servidor público, es vital para que la administración pública cumpla con su finalidad, por esta razón sus actuaciones, hechos u omisiones deben ser valorados y mediados con la norma a fin de determinar si tal proceder es de tal trascendencia que debe ser objeto de instrucción disciplinaria.

Así las cosas que criterio puede ser de mayor relevancia en tal procedimiento que la realización de conductas que estén prohibidas a los servidores, por cuanto estas se extienden a niveles constitucionales, legales y reglamentarios, todo proceder debe observar completa armonio legal a fin de no afectar el normal desarrollo de la función pública.

En la Sentencia C-125 de 2003, la Corte Constitucional también se había pronunció sobre el particular, resaltando que la administración pública, tiene potestades para

⁸⁶ Ibídem.

hacer cumplir los fines del Estado y dentro de ellas se halla la potestad disciplinaria⁸⁷ como medio de corrección del proceder del servidor público, cuando este no se encuentra conforme con el deber funcional que le compete, lo cual claramente incluye la temática de las prohibiciones, señala la Corte que:

“(...) Ahora bien, en el terreno del derecho disciplinario estricto, esta finalidad se concreta en la posibilidad que tiene la Administración Pública de imponer sanciones a sus propios funcionarios quienes, en tal calidad, le están sometidos a una especial sujeción. Con esta potestad disciplinaria se busca de manera general el logro de los fines del Estado mismo y particularmente asegurar el cumplimiento de los principios que gobiernan el ejercicio de la función pública, cuales son el de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad. Esta finalidad particular del derecho disciplinario estricto, es decir del referido a los servidores públicos, delimita la libertad de configuración legislativa en la materia. Las sanciones imponibles deben perseguir una finalidad disuasoria de conductas que impidan la efectividad de los mencionados principios que rigen la función pública, la punición de las mismas con fines correccionales, o el retiro del servicio de aquellos funcionarios cuya conducta extrema compromete de manera grave la realización de esos principios constitucionales.(...)”⁸⁸

⁸⁷ Corte Constitucional Sentencia C-125 de 2013, “(...) Así, se ha expresado, en forma reiterada, que i) la potestad sancionadora como potestad propia de la administración es necesaria para el adecuado cumplimiento de sus funciones y la realización de sus fines³, pues ii) permite realizar los valores del orden jurídico institucional, mediante la asignación de competencias a la administración que la habilitan para imponer a sus propios funcionarios y a los particulares el acatamiento, inclusive por medios punitivos, de una disciplina cuya observancia propende indudablemente a la realización de sus cometidos⁴ y iii) constituye un complemento de la potestad de mando, pues contribuye a asegurar el cumplimiento de las decisiones administrativas” Resulta claro entonces que la finalidad de la potestad sancionadora de la administración consiste en permitirle el adecuado logro de sus fines, mediante la asignación de competencias para sancionar el incumplimiento de sus decisiones.(...)”.

⁸⁸ Ibídem.

Tal como puede apreciarse con facilidad, las prohibiciones predicables de quien ejerce función pública, se agrupan dentro de las causas que llevan a la consolidación de instrucciones de tipo disciplinario y su tratamiento como bien se ha dilucidado responde a los criterios de Ley 734 de 2002.

En cuanto a la prohibición de participación en política que se predica de quien ostenta la calidad de servidor público, se considera pertinente referenciar la directiva unificada 001, que profirió la procuraduría general de la nación con ocasión de los comicios electorales llevados a cabo en el presente año, en tal documento se describen las fuentes normativas y jurisprudenciales que encierra la temática de la prohibición de participaciones en política predicable de quienes se desempeñan como servidor público.

Se hace alusión en primer lugar a los artículos 127 y 219 de la Constitución Política, el primero de estos hace referencia a las prohibiciones que son predicables a todo servidor público⁸⁹, señalando que “(...) *los empleados del Estado que se desempeñen en la Rama Judicial, en los órganos electorales, de control y de seguridad les está prohibido tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos y en las controversias políticas, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho al sufragio. A los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo se les aplican las limitaciones contempladas en el artículo 219 de la Constitución(...)*”, como puede apreciarse la Constitución misma establece las prohibiciones que en cuanto a la participación en políticas son propias a quien ostenta la calidad de servidor público, situación que se agrava cuando la mismas Carta constituye como

⁸⁹ Constitución Política de Colombia, “(...) **Artículo 127.** *Los servidores públicos no podrán celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales. A los empleados del Estado que se desempeñen en la Rama Judicial, en los órganos electorales, de control y de seguridad les está prohibido tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos y en las controversias políticas, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho al sufragio. A los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo se les aplican las limitaciones contempladas en el artículo 219 de la Constitución. La utilización del empleo para presionar a los ciudadanos a respaldar una causa o campaña política constituye causal de mala conducta. (...).*”

causal de mala conducta el que se haga uso del empleo para presionar de cualquier forma a los ciudadanos a respaldar una causa o campaña política. Por su parte el artículo 219, trata la prohibición en cuanto a lo que tiene que ver con los miembros de la fuerza pública.

El desarrollo normativo de estas pautas constitucionales se da en parte inicialmente en lo dispuesto en la Ley 599 de 2000, a través de la cual se instituyó el Código Penal, el cual consagró en su artículo 422, el delito de intervención en política, en los siguientes términos: “(...) *El servidor público que ejerza jurisdicción, autoridad civil o política, cargo de dirección administrativa, o se desempeñe en los órganos judicial, electoral, de control, que forme parte de comités, juntas o directorios políticos, o utilice su poder para favorecer o perjudicar electoralmente a un candidato, partido o movimiento político, incurrirá en multa y pérdida del empleo o cargo público.*(...)”⁹⁰, este desarrollo normativo no termina con la disposición en cita por cuanto la Ley 966 de 2005, conocida como la ley de garantías en su artículo 38, señaló:

“(...) A los empleados del Estado les está prohibido: 1. Acosar, presionar, o determinar, en cualquier forma, a subalternos para que respalden alguna causa, campaña o controversia política. 2. Difundir propaganda electoral a favor o en contra de cualquier partido, agrupación o movimiento político, a través de publicaciones, estaciones oficiales de televisión y de radio o imprenta pública, a excepción de lo autorizado en la presente ley. 3. Favorecer con promociones, bonificaciones, o ascensos indebidos, a quienes dentro de la entidad a su cargo participan en su misma causa o campaña política, sin perjuicio de los concursos que en condiciones públicas de igualdad e imparcialidad ofrezcan tales posibilidades a los servidores públicos. 4. Ofrecer algún tipo de beneficio directo, particular,

⁹⁰ Código Penal Colombiano, Ley 599 de 2000.

*inmediato e indebido para los ciudadanos o para las comunidades, mediante obras o actuaciones de la administración pública, con el objeto de influir en la intención de voto. 5. Aducir razones de “buen servicio” para despedir funcionarios de carrera. La infracción de alguna de las anteriores prohibiciones constituye falta gravísima. PARÁGRAFO. Los gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital, dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones, no podrán celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, ni participar, promover y destinar recursos públicos de las entidades a su cargo, como tampoco de las que participen como miembros de sus juntas directivas, en o para reuniones de carácter proselitista. Tampoco podrán inaugurar obras públicas o dar inicio a programas de carácter social en reuniones o eventos en los que participen candidatos a la Presidencia y Vicepresidencia de la República, el Congreso de la República, gobernaciones departamentales, asambleas departamentales, alcaldías y concejos municipales o distritales. Tampoco podrán hacerlo cuando participen voceros de los candidatos. No podrán autorizar la utilización de inmuebles o bienes muebles de carácter público para actividades proselitistas, ni para facilitar el alojamiento, ni el transporte de electores de candidatos a cargos de elección popular. Tampoco podrán hacerlo cuando participen voceros de los candidatos. La nómina del respectivo ente territorial o entidad no se podrá modificar dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, salvo que se trate de provisión de cargos por faltas definitivas, con ocasión de muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada, y en los casos de aplicación de las normas de carrera administrativa. (...)*⁹¹

⁹¹ Ley 966 de 2005.

Como ha podido apreciarse, tanto la Constitución como la legislación precitada, se ha encargado de establecer las prohibiciones predicables de quien ejerce como servidor público en materia de participación en política, pero vemos que estas pautas se hacen más rigurosas frente aquellos servidores que ejercen posiciones de mando o dirección.

Finalmente es pertinente hacer referencia a la Ley 734 de 2002, la cual como es de común conocimiento, es la norma rectora en materia disciplinaria, ella no es ajena a la temática de la prohibición de participación en política de los servidores públicos, en los ya comentados artículos 34 y 35 al establecer los deberes y las prohibiciones que son propias a los servidores públicos, se asienta la base normativa sobre la que se debe tratar la ocurrencia de conductas constitutivas de infracción a las mentadas prohibiciones.

La Procuraduría General de la Nación, en la directiva precitada hace referencia a algunos de los pronunciamientos que las autoridades judiciales han esgrimido sobre el particular y que terminan de perfilar la forma en que se debe comprender el tratamiento jurídico que ha de brindarse a la participación en política por parte de los servidores públicos. La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto número 3 de diciembre de 2013⁹², frente a esta temática en particular esboza:

“(...) los servidores públicos no incluidos en la prohibición establecida en el inciso segundo del artículo 127 de la Constitución Política, están autorizados por la propia Constitución (por vía de lo consignado en el inciso tercero de esta norma), para participar en actividades de los partidos y movimientos políticos y en controversias políticas con

⁹² Concepto número 3 de diciembre de 2013, de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

sujeción a la Constitución y en algunas leyes que establecen infracciones o prohibiciones en la materia, tal y como se establece por ejemplo en el Código Único Disciplinario... (...)"⁹³, continua el Consejo señalando que, "(...) al no haberse expedido la ley estatutaria que reglamente dicho ejercicio lo que finalmente se restringe a esta clase de servidores públicos no es la participación en actividades y controversias políticas propiamente, sino el uso del empleo como medio de presión sobre los ciudadanos para favorecer una determinada causa o campaña, restricción que se establece en aras de preservar la imparcialidad del aparato estatal en el proceso político la prevalencia del bien general de la colectividad sobre los intereses de partidos y grupos... (...)"⁹⁴.

A esta premisa de obligatorio acatamiento es necesario sumar, lo que sobre esta temática puntualmente ha esgrimido en múltiples pronunciamientos la Corte Constitucional, quien determino:

"(...) la permisión legislativa del inciso 3 del artículo 127 constitucional, dispuesta para la participación eventual de determinados empleados estatales – distintos a los judiciales, de los órganos de control o electorales o de seguridad, a fuerza pública-, se encuentran en todo caso sometidas a tres limites que se desprenden directamente de la constitución. En primer lugar (i) su ejercicio no puede ser abusivo (art.95.1); en segundo lugar (ii) no puede desconocer las reglas constitucionales específicas aplicables a todos los empleados del estado (art.110 y 127). En tercer lugar (iii) el ejercicio del derecho referido solamente procede con la expedición de una ley estatutaria que la autorice y fije las condiciones ejercicio. (...)"⁹⁵

⁹³ Ibídem.

⁹⁴ Ibídem.

⁹⁵ Corte Constitucional Colombiana – Sentencia C- 794 de 2014.

La Corte termina de profundizar a una más su posición cuando entiende que la prohibición de participación en política, en algunos casos y frente a los servidores facultados para ello puede entrar en el campo del abuso del derecho, por lo que continúa señalando:

“(...) el abuso del derecho acaece cuando el titular lo ejerce en contra de su finalidad, la jurisprudencia ha previsto que constituye ejercicio abusivo del derecho de los empleados del Estado participar, toda actuación que suponga un incumplimiento de sus deberes o que interfiera en la actividad política, ha destacado que se erige en ejercicio abusivo, (i) la utilización de los elementos de su despacho para hacer proselitismo o para desempeñar en cualquier sentido la actividad política, (ii) el empleo del tiempo de servicio o horario de trabajo para gestionar este tipo de intereses, (iii) el uso de información reservada tomada de archivos de la entidad pública a los cuales tiene acceso en razón a su cargo para desarrollar actividades políticas y (iv) el ejercicio de las competencias de una forma que incline de forma ilegítima la actuación de Estado a favor de una determinada corriente o movimiento político... (...)”⁹⁶ .

Como puede inferirse con claridad del contenido de los criterios legales y jurisprudenciales que se encierran en el manejo de las prohibiciones a los servidores públicos y en especial su participación en política, esta temática no solo responden a los postulados que taxativamente se han establecido en la normatividad constitucional, así como en la ordinaria, sino que demanda por que el proceder general del servidor público, responda a los principios que sobre esta temática en particular estas mismas disposiciones han pretendido proteger.

⁹⁶ Ibídem.

Respecto al manejo conceptual y fáctico que la jurisprudencia ha brindado a esta temática, puede consultarse entre otras sentencias, las siguientes.

Corte Constitucional.

C-125/2003	C-794/2014
------------	------------

Consejo de Estado.

00679/2018, Concepto número 3 de diciembre de 2013, de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.
--

2.6. MORA EN TRÁMITES Y RESPUESTA A DERECHO DE PETICIÓN.

El presente ítem encierra una de las temáticas más relevantes, por cuanto se refiere a uno de temas que presentan mayor relevancia e interés para la comunidad en general, El derecho de petición, este es catalogado por la misma constitución, como el medio de participación ciudadana por excelencia, en razón a la facilidad en su uso y la ausencia de formalismos que se predicen este.

Es el principal medio de interacción entre las entidades que conforman la organización estatal en todos sus órdenes y las personas en general, es un instrumento a través del cual no solo se requieren servicios, documentos, o se formulan consultas, sino que se entiende como un instrumento de control político y social, por cuanto a través de él, se puede conocer la forma en que actúa o actuara la administración, sus razones y sus motivos para proceder en tal sentido.

Repárese brevemente en el contenido del artículo 23 de la Constitución Política, en este se indica que, “(...) *toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. El legislador podrá reglamentar su ejercicio ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales.* (...)”⁹⁷, como puede

⁹⁷ Constitución Política de Colombia.

apreciarse es una cláusula de naturaleza general por cuanto no demanda condiciones, ni cualidades específicas de parte del sujeto que hace uso de este instrumento e impone una obligación directa a las entidades que sean requeridas a través de este medio constituida en brindar una respuesta pronta y de fondo.

En diversos pronunciamientos la Corte Constitucional se ha encargado de esclarecer cual es núcleo duro del derecho reconocido en el artículo 23 de la Carta Política, entre los diversos pronunciamientos proferidos sobre esta particular se destaca la Sentencia C- 818 de 2011, la cual recogía los postulados que sobre el derecho de petición se han presentado hasta aquel entonces y determinó los criterios conceptuales que incluso hoy se predicen sobre tal derecho.

Se indica en el pronunciamiento enunciado que:

“(…) La Corte sintetizó las reglas que previamente habían sido desarrolladas por la jurisprudencia en materia de protección del derecho fundamental de petición. Sobre el particular dijo: “a) El derecho de petición es fundamental y determinante para la efectividad de los mecanismos de la democracia participativa. Además, porque mediante él se garantizan otros derechos constitucionales, como los derechos a la información, a la participación política y a la libertad de expresión. b) El núcleo esencial del derecho de petición reside en la resolución pronta y oportuna de la cuestión, pues de nada serviría la posibilidad de dirigirse a la autoridad si ésta no resuelve o se reserva para sí el sentido de lo decidido. c) La respuesta debe cumplir con estos requisitos: 1. oportunidad 2. Debe resolverse de fondo, clara, precisa y de manera congruente con lo solicitado 3. Ser puesta en conocimiento del peticionario. Si no se cumple con estos requisitos se incurre en una vulneración del derecho Constitucional fundamental de petición. d) Por lo anterior, la respuesta no implica aceptación de lo solicitado ni tampoco se concreta siempre en una respuesta escrita. e) Este derecho, por regla

general, se aplica a entidades estatales, esto es, a quienes ejercen autoridad. Pero, la Constitución lo extendió a las organizaciones privadas cuando la ley así lo determine... (...)"⁹⁸

Como puede apreciarse la jurisprudencia constitucional, ha determinado la existencia de una serie de aspectos materiales que deben encerrar el tratamiento administrativo que se le debe brindar a las peticiones que le sean formuladas, los cuales se relacionan con el termino en que estas deben ser atendidas y la forma en el cual se deben absolver, no basta con una respuesta somera y superficial, está debe referirse al fondo de cada uno de los aspectos requeridos o consultados.

Estos aspectos son regulados a nivel reglamentario en la Ley 1437 de 2011, modificada por la Ley 1755 de 2015, disposiciones en las que se contiene el actual Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en este se desarrolla a nivel legal tanto el mandato contenido en el artículo 23 de la Carta Política, así como los postulados jurisprudenciales que la Corte había determinado en cuanto al derecho de petición, en tal normativa, se incluye una cláusula de ampliación conceptual, por cuanto se indica:

"(...) Toda actuación que inicie cualquier persona ante las autoridades implica el ejercicio del derecho de petición consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política, sin que sea necesario invocarlo. Mediante él, entre otras actuaciones, se podrá solicitar: el reconocimiento de un derecho, la intervención de una entidad o funcionario, la resolución de una situación jurídica, la prestación de un servicio, requerir información, consultar, examinar y requerir copias de documentos, formular consultas, quejas, denuncias y reclamos e interponer recursos.(...)"⁹⁹

⁹⁸ Corte Constitucional Sentencia C-818 de 2011.

⁹⁹ Ley 1437 de 2011.

A partir de tal normativa, no es necesario que se indique que se actúa bajo el amparo del derecho de petición, para que toda autoridad de naturaleza pública o particular que ejerza función pública proceda conforme lo demanda un derecho de petición, resolviendo de fondo y en término tal requerimiento.

La temática del termino se desarrolla por la misma fuente legal en referencia, en la cual se pormenoriza que termino le corresponde a cada tipo de petición teniendo en cuenta, la naturaleza y complejidad de la solicitud realizada, adicionalmente brinda a la administración la oportunidad de extender el plazo para brindar la respuesta, eso sí indicando tal situación al peticionario y dando una fecha probable de respuesta dentro un término razonable, esa serie de exigencias han hecho del derecho de petición el medio más expedito y eficiente de entrar en contacto con la organización estatal, siendo esta la razón por la cual la acción de tutela, se entiende como el principal medio para la protección de este derecho.

Hasta el momento hemos visto someramente los aspectos esenciales que encierra en nuestro medio el derecho de petición, pero el núcleo esencial del presente numeral lo constituye la mora en el trámite y respuesta al derecho de petición, lo cual puede ser muy común cuando las peticiones que compete atender a una entidad de naturaleza pública sobre dimensionan su capacidad física o de personal, o cuando la complejidad de la petición no permiten una definición clara del responsable de atenderla al interior de la respectiva entidad pública, estas son solo algunas de las posibles causas que llevan a que se presente la mentada mora en el trámite y la respuesta al derecho de petición.

Sin importar cual, sea la causa que dio origen a la misma, es determinante a la hora de establecer la posible responsabilidad disciplinaria y la consecuente instrucción en tal sentido, los siguientes aspectos; el primero se infiere del contenido del artículo 83 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, este indica que:

“(…) Artículo 83. Silencio negativo. Transcurridos tres (3) meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que esta es negativa. En los casos en que la ley señale un plazo superior a los tres (3) meses para resolver la petición sin que esta se hubiere decidido, el silencio administrativo se producirá al cabo de un (1) mes contado a partir de la fecha en que debió adoptarse la decisión. La ocurrencia del silencio administrativo negativo no eximirá de responsabilidad a las autoridades. Tampoco las excusará del deber de decidir sobre la petición inicial, salvo que el interesado haya hecho uso de los recursos contra el acto presunto, o que habiendo acudido ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se haya notificado auto admisorio de la demanda. (...)”¹⁰⁰

Al repasar el contenido de esta norma se observan unos reglones en los que se indica, *“La ocurrencia del silencio administrativo negativo no eximirá de responsabilidad a las autoridades”*, esta cláusula es taxativa, al indicar que el hecho que ocurra el silencio administrativo negativo, no exime del deber de responder, ni desvirtúa la competencia de la entidad requerida¹⁰¹, lo que le permite a esta dar respuesta de fondo en cuanto a lo requerido después del término inicialmente establecido siempre y cuando que el interesado no haya interpuesto recurso, acudido a la jurisdicción contenciosa administrativa, o se halla hecho uso del medio de protección Constitucional por excelencia la acción de tutela.

El segundo elemento a valorar es la afectación del derecho propio de quien actuó como peticionario, como bien se ha logrado denotar cuando se da aplicación a la

¹⁰⁰Ibídem.

¹⁰¹ Corte Constitucional SentenciaC- 818 de 2011, *“(…) La figura del silencio administrativo no libera a la administración de la obligación de resolver oportunamente la petición, pues su objeto es distinto. El silencio administrativo es la prueba incontrovertible de que se ha violado el derecho de petición. i) El derecho de petición también es aplicable en la vía gubernativa, por ser ésta una expresión más del derecho consagrado en el artículo 23 de la Carta. Sentencias T-294 de 1997 y T-457 de 1994.(...)”*.

teoría del hecho superado por parte de la Corte constitucional, cuando se da curso a acciones de tutela que tuvieron origen en el desconocimiento del derecho de petición, señalo tal corporación en la Sentencia T-011 de 2016, que:

“(...) El hecho superado se presenta cuando, por la acción u omisión (según sea el requerimiento del actor en la tutela) del obligado, se supera la afectación de tal manera que “carece” de objeto el pronunciamiento del juez. La jurisprudencia de la Corte ha comprendido la expresión hecho superado en el sentido obvio de las palabras que componen la expresión, es decir, dentro del contexto de la satisfacción de lo pedido en tutela. Es decir, el hecho superado significa la observancia de las pretensiones del accionante a partir de una conducta desplegada por el agente transgresor. (...)”¹⁰²

Es decir que será la afectación real al derecho de petición, la que ha de establecer el racero para la pertinencia de una instrucción de naturaleza disciplinaria sobre tal particular, pues cuando la administración da respuesta a una petición, así sea de forma extemporánea y atiende integralmente lo peticionado ante ella, no es dable que se configure una afectación a derecho personal alguno. Ello pese a la existencia de una omisión por parte de la administración relacionada con el incumplimiento del término para resolver una petición.

Así las cosas, cuando se habla de mora en trámites y respuesta a derechos de petición, no se puede simplemente indicar la ocurrencia del vencimiento de los términos para demarcar la relevancia disciplinaria de tal hecho, sino que a ello es menester sumar la afectación real a los derechos de los peticionarios, cuando estos elementos se conjugan la relevancia disciplinaria de tal omisión es superlativa dando auge a la imposición de sanciones de tipo disciplinario.

¹⁰² Corte Constitucional Sentencia T-011 de 2016.

Respecto al manejo conceptual y fáctico que la jurisprudencia ha brindado a esta temática, puede consultarse entre otras sentencias, las siguientes.

Corte Constitucional.

C-818/11	T-149/13	T-332/15
T-398/15	T-237/16	T-487/17

Corte Suprema de Justicia.

SPT2868/2017

2.7. TRATOS IRRESPETUOSOS, OMISIÓN DE FUNCIONES, VIOLACIÓN A LAS NORMAS DE TRANSITO.

Al igual que lo ocurrido con las prohibiciones, tratadas numerales atrás, los denominados tratos irrespetuosos y la omisión de funciones, se refieren a tópicos que en su desarrollo material, necesariamente han de referir a los criterios conceptuales, normativos y jurisprudenciales que se han presentado cuando se valoraron algunos de los ítems, anteriores.

Cuando se reparó en aspectos como el abuso de autoridad, el acoso laboral, el hostigamiento y el maltrato, así como la extralimitación de funciones y el incumplimiento de deberes y funciones, se han asentado las pautas normativas como jurisprudenciales, con los cuales tratar la temática de los tratos irrespetuosos.

Entiéndase por tal, el desconocimiento total del termino respeto, el cual hace referencia al “(...) *sentimiento que se tiene hacia alguien o algo y que hace que se le trata con atención y cuidado y que se le reconozca un mérito o valor especiales.*

(...)”¹⁰³, este imperativo social cuenta con su correspondiente referente en la normatividad que rige a los servidores públicos en nuestro medio, repásese lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 34 de la Ley 734 de 2002, con el cual se establecen los deberes de todo servidor público, en tal numeral se señala como tal, el “(...) *tratar con respeto, imparcialidad y rectitud a las personas con que tenga relación por razón de su servicio.* (...)”¹⁰⁴.

Al contar con un referente normativo tan claro en la materia, es válido indicar que el trato respetuosa tanto a compañeros de trabajo, como terceros (usuarios del servicio público) o cualquier otro individuo con el que se tenga relación, en virtud del servicio que legalmente le corresponde adelantar, y teniendo presente las exigencias que también le son predicables al servidor público en razón a la dignidad que implica ejercer como tal, se constituye en pleno un deber que de incumplirse necesariamente debe dar pie al inicio de una instrucción de naturaleza disciplinaria, en virtud de la cual se establezca, sí estas conductas hacen al servidor merecedor de una sanción en concreto.

En lo que respecta a la omisión de funciones, es dable entender que las conductas que se encierran tras este concepto, fueron valoradas cuando se trató el ítem denominado “*incumplimiento de deberes y funciones*”, en este se señaló la fuente normativa y jurisprudencial que se ha de aplicar cuando se presente conductas constitutivas de omisión funcional, recuerde simplemente que la ya multireferida Ley 734 de 2002, en sus artículos 34 y 35, al instituir tanto los deberes como las prohibiciones que son predicables a quien se desempeña como servidor público, mandatos que con su simple lectura determinar como un deber y al mismo tiempo como prohibición el abstenerse u omitir el cumplimiento de las labores que normativa o reglamentariamente les han de corresponder.

¹⁰³ Diccionario Práctico del Estudiante, editado por la Real Academia de la Lengua Española. Óp.Cit.

¹⁰⁴ Ley 734 de 2002.

Algo similar ocurre con las que sean denominado como “violaciones a las normas de tránsito”, estas para que tengan relevancia en materia disciplinaria tienen que tener ocurrencia en el desarrollo de la función propia de su empleo o de la relación con la entidad pública y haciendo uso de sus bienes, es decir que este actuar sin mayores dilaciones se encierra dentro del ítem relativo al “*incumplimiento de deberes y funciones*”, lo cual demanda, como bien se señaló que al momento de determinarse la pertinencia de una instrucción disciplinaria sobre el particular se repare en las condiciones fácticas que se encierran en la ocurrencia de la conducta que termino por constituir la infracción de las normas de tránsito.

3. ASUNTOS RELACIONADOS CON CONDUCTAS DELICTIVAS.

En este ítem, se hace referencia a aquellas conductas que por su objeto, les corresponde prioritariamente un tratamiento desde la perspectiva propia del derecho penal, lo cual no es óbice para que en razón de su ocurrencia y por la condición de servidor público que imanta al sujeto que las realiza, se predique la relevancia en materia disciplinaria que de estas puede predicarse.

Por lo anterior, la disertación que a reglón seguido se presenta, en cuanto a la mayoría de las conductas integradas en el presente ítem se valoran desde la órbita unívoca que brinda el derecho disciplinario, los referentes normativos y jurisprudenciales a los que se hará alusión, hacen referencia a criterios penales que nos permiten aclarar los postulados conceptuales que se integran en las conductas a valorar, permitiendo con ello que concomitantemente el intérprete, así como el operador disciplinario cuenten con la claridad necesaria que les permitan identificar los aspectos relevantes que debe tener presentes al momento de evaluar este tipo de conductas y determinar su trascendencia disciplinaria.

3.1. ACOSO SEXUAL.

La misma Corte Suprema de Justicia ha determinado que el acoso sexual, constituye un tipo penal abierto, en el cual puede encerrarse un sin número de conductas con los cuales se afecta en bien jurídico que se pretende tutelar. Por ello al igual que como se ha procedido en los numerales anteriores antes de proceder a referir la definición normativa propia de la figura del acoso sexual, se referirá el concepto mismo que encierra el mentado acoso.

Doctrinariamente se ha entendido por acoso sexual, “(...) *conducta de carácter sexual no deseada por la persona a la que está dirigida que de acuerdo con la percepción razonable de esta persona, interfiere en su trabajo, se establece como una condición de empleo o crea un entorno de trabajo intimidatorio, hostil u*

*ofensivo. (...)*¹⁰⁵, como puede apreciarse de esta definición se caracteriza por la indeterminación de las conductas que pueden enmarcarse en su interior, lo cual ha constituido el ya señalado tipo penal abierto, ello porque en nuestra legislación esa idea de la doctrina, se recogió primariamente al momento de legislarse sobre el particular, al repasarse el contenido del artículo 201-A, del Código Penal Colombiano, se observa que el mismo realiza una previsión que se enmarca en los términos que la mentada doctrina refiere, al prescribir:

*“(...) El que en beneficio suyo o de un tercero y valiéndose de su superioridad manifiesta o relaciones de autoridad o de poder, edad, sexo, posición laboral, social, familiar o económica, acose, persiga, hostigue o asedie física o verbalmente, con fines sexuales no consentidos, a otra persona, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años. (...)”*¹⁰⁶

De la simple lectura del artículo en referencia, la prescripción penal, tal como se ha venido indicando establece una base conceptual tan amplia que encierra un sin número de conductas a través de las cuales se materializan las afectaciones al bien jurídico que se pretendió proteger con lo dispuesto en el mentado artículo 210A.

Por ello normas como la Ley 1257 de 2008, se han encargado de referir las acepciones en las que puede gestarse el acoso sexual, para tales efectos pretendió la normalización de una serie de pautas para la sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación.

Aunque la norma en su nomenclatura refiere a la mujer como sujeto sobre el cual ordinariamente recaen estas reprochables conductas, en su redacción la previsión normativa es más amplia, y demarca que la pretendida protección es propia a toda persona que se vea afectada por acciones constitutivas de este tipo de acoso.

¹⁰⁵ Postulado en concordancia con los argumentos señalados en la obra de CASTRO CUENCA Carlos, *Manual de Derecho Penal: parte especial tomo II*, Bogotá, Editado por la Universidad del Rosario, 2011, pág. 84.

¹⁰⁶ Código Penal Colombiano.

Pese al avance que constituye lo contenido en la Ley 1257 de 2008, la generalidad e indeterminación que es propia del referido artículo 210A, de nuestro Código Penal persistía, por esta razón entre otras, la Corte Suprema de Justicia, determinó pronunciarse en forma puntual sobre el particular, para ello en un primer momento acudió a la revisión de fuentes normativas propias de ordenamientos de otros países en los que se ha pretendido brindar un tratamiento efectivo al acoso sexual, logrando establecer sobre el particular que:

“(...) Con base en algunas legislaciones se precisa que si bien no se posee una definición unívoca de acoso sexual, sí es posible determinar un lugar común, referido a actitudes o comportamientos que por sí mismos causan mortificación o crean un clima hostil en ámbitos de trabajo o similares respecto de actos, gestos o palabras que en muchas ocasiones representan una pretensión, pero no la consumación de la misma. (...)”¹⁰⁷

La Corte advierte sobre el particular que el bien jurídico a proteger ante este tipo de afrentas, involucra múltiples acciones a conjurar, por ejemplo la libertad, la integridad física y moral, la formación sexual, entre otros, los cuales pueden verse afectados con un o varios actos, como pueden ser manifestaciones o roces físicos, lo cual se enmarca bajo criterios de continuidad y/o contundencia.¹⁰⁸

La Corte Suprema de Justicia en la Sentencia SP 10722018 (49799) de 2018, denota que el acoso sexual, *“(...) puede constituirse a través de un acto bien sea de naturaleza verbal o físico, que llevan inmersa conductas materiales físicas o mediáticas, constitutivas por lo general por acciones, tocamientos, señas o conductas de naturaleza sexual, que linda, pero no constituye un delito más grave por sí misma (...)”*, el factor general que encierran todas las conductas que pueden

¹⁰⁷ CSJ Sala Penal, Sentencia SP-1072018 (49799), 07/02/18

¹⁰⁸ *Ibidem*.

entenderse como constitutivas de acoso sexual, son no consentidas y solo buscan obtener favores sexuales en favor propio o de un tercero.

Como puede apreciarse la Corte ha fijado un punto de inflexión en la materia, describiendo los criterios básicos sobre los cuales debe entenderse que una conducta es constitutiva de acoso laboral, demarcando que estas debe ser repetitiva, insistente, y que genere mortificación en quien sea objeto de ella. Lo anterior nos lleva a denotar la diferencia entre el acoso laboral y otros delitos más graves que guardan relación con este, como lo son los actos sexuales abusivos o el acceso carnal violento, la constituye que el acoso se integra por una insinuación, mientras que los actos y el acceso, lleva implícita la consumación del acto inmerso en cada uno.

El alto tribunal también diferencia el acoso sexual de la injuria por vías de hecho, *“(...) conducta que se da de manera ocasional, como sucede con los tocamientos en vehículos de servicio público o en aglomeraciones. (...)”*¹⁰⁹

Como puede apreciarse el operador disciplinario cuando se encuentre al frente de actos que denoten la ocurrencia de conductas constitutivas de acoso sexual, deben reparar con detenimiento en la gestación de todos y cada uno de los aspectos que la normativa y la jurisprudencia aquí referidos a fin de establecer la forma en que la actuación a increpar debe asumirse desde la perspectiva disciplinaria, teniendo presente que la ocurrencia de estas reprochables conductas demanda un tratamiento en materia penal prioritariamente, lo cual no es óbice para que a luz de los contenidos de la ley 734, en especial de los dispuesto en los pluri- referidos artículos 34 y 35, los cuales ven su núcleo esencial totalmente desconocido al momento que un servidor público en desarrollo de sus funciones o haciendo gala de tal condición incurren en este tipo de conductas.

¹⁰⁹ Ibidem.

3.2. DETRIMENTO PATRIMONIAL

Pese a que en las causales que se recogieron de las bases de datos de la Personería de Bogotá, se encontró que algunas conductas se clasificaron bajo este ítem, es necesario resaltar que el detrimento patrimonial no constituye una conducta penal o disciplinariamente autónoma, sino que el mismo se entiende como un elemento de agravación punitiva, o demarcación de la trascendencia de la conducta acaecida a planos que linda con el derecho, como lo son las afrentas éticas y el reproche social.

Por ello, es importante que el operador disciplinario sepa lindar la estrecha y necesaria relación que se existe entre el detrimento patrimonial y la conducta que le sirve de causa, pues será esta la que demande su necesaria instrucción y posterior sanción.

Esto no es excusa para no hacer referencia a los elementos que integran el detrimento patrimonial y los bienes jurídicos que se encuentran tras tal concepto, para ello se acude en primer término a las valoraciones normativas y jurisprudenciales que recoge la Contraloría General de la República en su concepto 80112EE15354, del año 2006, el cual mantiene plena actualidad en nuestro días.

De los planteamientos contenidos en tal pronunciamiento, podemos denotar que la Ley 610 de 2000, norma rectora para el establecimiento y desarrollo de los procedimientos de responsabilidad fiscal, dentro de entramado competencial y regulatorio, dispone en su artículo 5, los que se han de entender como elementos de la responsabilidad fiscal, los cuales se entiende a simple vista son los mismo que dan origen al detrimento patrimonial del Estado, en tal normativa se establece:

“(…) Artículo 5° - Elementos de la responsabilidad fiscal. La responsabilidad fiscal estará integrada por los siguientes elementos: Una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión

*fiscal. Un daño patrimonial al Estado. Un nexo causal entre los elementos anteriores. (...)*¹¹⁰

Aunque para un intérprete ligero de tal texto medir su relación con el detrimento patrimonial del Estado, pareciese no ser tan clara, vale simplemente observar con detenimiento los elementos descritos en este artículo para entender la extensión del concepto que el mismo pretende cubrir, solo sería necesario valorar de manera extendida las realidades aún más complejas que las que normalmente se estiman a través de estas pautas legales.

Para observar la trascendencia de tal disposición y su aplicación material, es necesario resaltar que todo proceder que demarque de manera dolosa o culposa la afectación a los recursos públicos, no solo deprecia por la existencia de una responsabilidad fiscal, sino por el detrimento patrimonial que el mismo constituye, esto es tan así, que el segundo de los elementos normatizados es el daño patrimonial propiamente¹¹¹, el cual se maneja en nuestro medio como toda afectación irregular que se brinde a los presupuestos públicos.

Señala el concepto que venimos refiriendo que “(...) *el objeto de la Responsabilidad Fiscal, es el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de quienes realizan gestión fiscal (...)*”¹¹², se considera pertinente ampliar la última línea del párrafo transcrito, en razón a que la temática que nos ocupa, supera la visión fiscal, con la que se construyó este concepto, por cuanto, como bien se ha indicado el detrimento patrimonial encierra en sí mismo a la responsabilidad fiscal, se predica del accionar pleno del servidor público y no solamente de su gestión fiscal.

¹¹⁰ Ley 610 de 2000.

¹¹¹ El diccionario de ciencias jurídicas, determina que el daño patrimonial, se corresponde con la definición de material y se entiende por tal, “(...) *el daño (v.) puede ser de dos tipos: material o moral. Entiéndase por la primera especie aquel que, directa o indirectamente, afecta un patrimonio, aquellos bienes (cosas o derechos) susceptibles de valuación económica. (...)*”, Óp.Cit. Pag.251.

¹¹² Concepto de la Contraloría General de la República número 80112EE15354, del año 2006.

No obstante lo anterior la consecuencia determinada en tal concepto cobija nuestro actual planteamiento, por cuanto indica: “(...) es decir, en este se establece claramente que un determinado servidor público o particular debe responder por las consecuencias que se derivan por sus actuaciones irregulares en la gestión fiscal que ha realizado y que está obligado a reparar el daño causado al erario público. (...)”¹¹³.

El pronunciamiento en cita, continúa refiriendo el contenido del artículo 6 de la reseñada Ley 610 de 2000, en el cual se fija el concepto de daño patrimonial, se indica que; “(...) Artículo 6° - Daño patrimonial al Estado. Para efectos de esta Ley se entiende por daño patrimonial al Estado la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado... (...)”¹¹⁴, como puede apreciarse bajo el concepto de daño patrimonial se encierran todas las acepciones que en el ideario del colectivo, genera el detrimento del patrimonio público, lo cual nos permite definir desde ya, ese elemento que debe connotar el operador disciplinario al valorar las conductas principales por las que se predica la ocurrencia de generar menoscabo al patrimonio del Estado, lo cual conforma un agravante al patrimonio público.

Para la Contraloría General de la República, es importante resaltar que el daño patrimonial, “(...) es un fenómeno de carácter estrictamente pecuniario o económico; consiste en la pérdida de recursos por parte del Estado. Es el empobrecimiento del erario. De esta forma, dentro de la tipología de los perjuicios podemos establecer que el daño patrimonial al Estado es un perjuicio material - quedando excluida la posibilidad de que exista un perjuicio inmaterial. Dicho daño puede ser ocasionado por los servidores públicos o los particulares que causen un

¹¹³ Ibidem.

¹¹⁴ Código Penal Colombiano.

*daño o una lesión a los bienes y recursos públicos en forma directa, o contribuyendo a su realización. (...)”*¹¹⁵

Con el ánimo de brindar claridad al interprete, la mentada entidad, procedió a indicar que un elemento básico a la hora de valorar las conductas constitutivas de detrimento patrimonial, y es la certeza en la ocurrencia del daño (o detrimento), por ello procedió a indicar que “(...) *Desde los principios generales de responsabilidad es necesario destacar que el daño debe ser cierto. Se entiende que «el daño es cierto cuando a los ojos del juez aparece con evidencia que la acción lesiva del agente ha producido o producirá una disminución patrimonial o moral en el demandante. De esta definición inmediatamente se destaca que el daño cierto puede ser pasado — ocurrió— o futuro — a suceder— En principio el daño pasado no es tan problemático puesto que ya existe, el problema que se presenta generalmente es el de cuantificarlo. En cambio el daño futuro presenta muchas más aristas que son problemáticas. Estudiemos primero la cuestión relativa a los daños futuros para luego entrar en los pasados. (...)”*¹¹⁶, esta referencia nos invita a tener presente que el detrimento debe ser cierto haber ocurriendo en la realidad material y cuando se habla del futuro, entonces deben existir actos materiales irrevocables, por los cuales argüir que en su inminente ejecución se generará a todas luces un detrimento en los recursos públicos, pero los mismos solo serán exigibles cuando estos ocurran¹¹⁷.

¹¹⁵ Concepto de la Contraloría General de la República número 80112EE15354, del año 2006.

¹¹⁶ Ibidem.

¹¹⁷“(…) Frente a los daños futuros la jurisprudencia y la doctrina — colombiana como extranjera— son claras en establecer que este puede considerarse como cierto siempre y cuando las reglas de la experiencia y de la probabilidad indiquen que este habrá de producirse. Esta certeza por supuesto no es absoluta pues sobre el futuro no puede predicarse una certeza absoluta. Lo importante es que existan los suficientes elementos de juicio que permitan establecer que el daño muy seguramente se producirá. El daño futuro cierto — denominado como virtual— se opone al daño futuro hipotético que es aquel sobre el cual simplemente existe alguna posibilidad de que se produzca pero las reglas de la experiencia y de la probabilidad indican que puede o no producirse. (...)”, ibidem.

Teniendo en cuenta el planeamiento anterior, la Contraloría establece un razonamiento básico en la materia que se expresa en los siguientes términos:

“(...) De esta forma la ley exige que cuando vaya a iniciarse un proceso un proceso de responsabilidad el daño exista, es decir, ya se haya consumado o producido. Creemos que esta disposición es sana puesto que la certeza en el daño futuro es una certeza relativa. Sobre el futuro es imposible tener certeza absoluta puesto que siempre existe un margen de error en las predicciones. Esto podría entonces acarrear injusticias al atribuir responsabilidad fiscal a alguien — tendría que acarrear con las graves consecuencias que ello implica— sobre un daño que finalmente no se produjera. En este caso se presentaría un enriquecimiento sin causa por parte del Estado y el ciudadano podría demandar para que le reembolsaran lo pagado. Adicionalmente, aunque la responsabilidad fiscal tiene naturaleza resarcitoria y no sancionatoria es innegable que de todos modos, en la práctica, conlleva por lo menos una sanción social o moral para el implicado. (...)”¹¹⁸

Como puede apreciarse en estas breves páginas el detrimento patrimonial, en este caso del Estado, demanda en primer lugar se proceda desde el punto de vista fiscal, lo cual no es óbice, para que se repare en el proceder del servidor que dio pie a su ocurrencia, iniciando instrucciones de naturaleza penal o disciplinaria según corresponda, y es justo hay en donde el operador disciplinario en nuestro caso, debe reparar que las conductas que dan origen a la instrucción, hayan generado un daño cierto a las finanzas públicas y correspondan a un proceder doloso o culposo del agente, buscando la disposición básica omitida o vulnerada de la cual predicar como consecuencia el detrimento patrimonial, tal como se procedió a indicar anteriormente.

¹¹⁸ Ibidem.

Respecto al manejo conceptual y fáctico que la jurisprudencia ha brindado a esta temática, puede consultarse entre otras sentencias, las siguientes:

Corte Constitucional.

C-131/2013	C-619/2002	C-340/2007
------------	------------	------------

3.3 INCUMPLIMIENTO DE FALLOS.

El presente numeral, hace referencia a una situación que no debería tener cabida en el medio jurídico-social colombiano, por cuanto es deber de toda persona pero en especial de aquellas que se desempeñan como servidores del estado el acatar un fallo judicial, no existe excusa alguna para ello, el manifestar la existencia de una imposibilidad material para el cumplimiento del fallo o es una situación que se genere de facto, cuando ello ocurre el operador administrativo encargado de cumplir con la orden judicial, debe manifestar las razones por las cuales se encuentra ante la imposibilidad de darle cumplimiento material, al respecto puede consultarse entre otras las sentencias T-216 de 2013 y T-325 de 2015, realizada esta precisión fáctica es procedente proceder a valorar conceptualmente y jurídicamente el concepto incumplimiento de fallos.

En diversos pronunciamientos de la jurisprudencia Constitucional se ha indicado que el acatamiento al derecho, lo cual incluye las sentencias judiciales, es uno de los pilares del Estado social de derecho¹¹⁹, en la obra *“la obediencia del derecho”*¹²⁰, al presentar las diversas formas en que las personas aceptan las regulación normativa bajo la cual desarrollan su vida diaria, demarca la confianza legítima que se tiene en que los sujetos regidos por el mismo ordenamiento, bien se trate

¹¹⁹ “(...) Uno de los pilares básicos de un Estado Social de Derecho es el acatamiento y cumplimiento oportuno de las sentencias judiciales por parte de los particulares y por supuesto, de las entidades públicas... (...)”, Corte Constitucional Sentencia C-194 de 2014.

¹²⁰ TYLER Tom, *La Obediencia del Derecho*, Bogotá, Editorial Siglo del Hombre, 2012.

públicos o privados, han de acatar cada una de las disposiciones que le integran convirtiéndose ello, en la principal garantía para la vida en sociedad¹²¹ y es bajo esa óptica sobre la cual se debe erigir el tema que se pretende abordar en el este numeral.

Esta premisa en la cual se entiende como una garantía fundamental del Estado mismo al acatamiento del derecho, lo cual incluye las sentencias proferidas por nuestros jueces, nos brinda el piso argumentativo sobre el cual se continuara la valoración que nos hemos planteado en el presente numeral.

Se inició la disertación sobre el incumplimiento de fallos judiciales haciendo referencia a la única institución judicial de origen jurisprudencial por el cual es jurídicamente valido incumplir con una orden judicial, en los demás casos ello constituye una afrenta al pleno de nuestro ordenamiento, tanto así que esta conducta se encuentra tipificada en el Código Penal colombiano en el artículo 454, bajo la nomenclatura “*fraude a resolución judicial*”, pero antes de proceder con su valoración, es pertinente referir algunos de los postulados constitucionales que demandan por el acatamiento irrestricto del ordenamiento y de los proveídos judiciales. Regresando a lo contenido en la Sentencia T-216 de 2013, en ella se hacer una referencia a la estructura Constitucional que se trastoca cuando se gesta el mentado incumplimiento, obsérvese:

*“(...) Los derechos consagrados en los artículos 228 y 229 de la Constitución, además de garantizar el efectivo acceso a la administración de justicia, así lo exigen, pues admitir lo contrario, además de comprometer los derechos señalados, se atentaría contra el deber consagrado en el inciso final del artículo 4º de la Carta y el derecho al debido proceso (art. 29). (...)”*¹²²

¹²¹ Ibidem, pág.62.

¹²² Corte Constitucional Sentencia T-216 de 2013.

Tal como lo denotó el alto tribunal constitucional, todo el ordenamiento fundamental colombiano se haya entrelazado y el desconocimiento de uno de sus apartes con lleva un efecto encadena por el cual se predica la afectación al contenido pleno de la Carta Política, bastaría con solo repasar el artículo primero de la nuestra Constitución en el cual se hace una remisión a la dignidad humana, o el artículo segundo que fija los fines esenciales del Estado Colombiano, para lograr evidenciar la trascendencia que en esta materias en particular tienen el acatamiento y el respeto irrestricto al ordenamiento judicial y en especial a la expresión legítima de sus jueces para la consolidación de tales principios básicos de la estructura constitucional, a ello se suma la afectación a los derechos contenidos en los artículo 29, 228 y 229 del ordenamiento superior que se refieren en la anterior cita de nuestra jurisprudencia.

Teniendo presente la trascendencia Constitucional que es propia a la temática relativa al incumplimiento de fallos judiciales, es procedente que procedamos a revisar su regulación penal, como bien se señaló hace unas pocas líneas, nuestro Código Penal, consagra el delito autónomo de fraude a resolución judicial, planteando el mismo en los siguientes términos:

“(...) El que por cualquier medio se sustraiga del cumplimiento de obligación impuesta en resolución judicial o administrativa de policía incurrirá en prisión... (...)”¹²³

Aunque la mayoría de los pronunciamientos jurisprudenciales de naturaleza Constitucional se han centrado en desarrollar la temática del incumplimiento de fallos provenientes de acciones de tutela, los cuales por línea general han tenido un tratamiento que no considera lo prescrito en el Código Penal, lo cierto es que bien se trate de un fallo de tutela o de los proferidos por la jurisdicción ordinaria, el incumplimiento conlleva a la configuración del delito contemplado en el artículo 454 del Código Penal, lo que ubica al operador disciplinario ante una

¹²³ Código Penal Colombiano.

realidad inminente que necesariamente debe ser tratada bajo los criterios que la ocurrencia de esta conducta demanda, es decir, si el origen de la acción disciplinaria es la efectiva ocurrencia de actos constitutivos de incumplimiento de proveídos judiciales que en razón de su competencias le corresponde materializar.

Como primera actuación debe denunciar la ocurrencia de tal hecho ante la justicia ordinaria en caso de que ello no se hubiese hecho, pero concomitantemente ha de entenderse que cuando el incumplimiento de una Sentencia judicial se origina en el proceder o en la omisión de un servidor público en ejercicio de funciones, esta conducta de por si es disciplinariamente relevante, por cuanto tal proceder es contrario con las prohibiciones, así como con los deberes que son propios a todo servidor público a partir de lo contenido en los artículos 35 y 36 de la Ley 734 de 2002, por cuanto que podría ser una mayor afrenta a tal ordenamiento que abstenerse activa o pasivamente a dar cumplimiento a un mandato judicial. Obsérvese que la primera disposición en cita, indican en su numeral primero que es un deber propio, inherente a la naturaleza de la función que corresponde a todo servidor público,

*“(...) cumplir y hacer que se cumplan los deberes contenidos en la Constitución, los tratados de derecho internacional humanitario, los demás ratificados por el congreso, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos manuales de funciones, **las decisiones judiciales y disciplinarias**... (...)”* negrillas fuera de texto.

Por su parte el mentado artículo 35, también en su numeral primero señala expresamente que está prohibido a todo servidor público,

“(...) incumplir los deberes o abusar de los derechos o extralimitar las funciones contenidas en la constitución, los tratados internacionales

ratificados por el congreso, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones las decisiones judiciales disciplinarias... (...)”.

Es claro que tal proceder indebido del servidor público, encierra en su una negación de los derechos de los involucrados en los fallos judiciales, pero lo que es más grave una negación de los postulados constitucionales sobre los que se inspira nuestro Estado social de derecho, al respecto pueden consultarse entre muchas sentencias las siguientes.

3.4. PAGOS INDEBIDOS.

Este ítem al igual que lo que acontece con algunos de los que nos han precedido, no constituye por si un tipo penal autónomo y en materia administrativa la ocurrencia de este tipo de pagos puede responder a múltiples causas que pueden o no dirimir en procedimientos disciplinarios, lo cual demanda por que en la valoración de este tipo de actos, se repare detenidamente en el entorno en que se gestó el pago indebido y la intencionalidad del agente que realizo dicho pago.

Por cuanto si al reparar en los mentados aspectos se denota que la causa que llevo a realizar dichos pagos obedeció a errores administrativos o humanos que se coligen con el reintegro de dineros por acuerdo con quien recibido el pago adicional o a través de cobro coactivo cuando es del caso, no existe razón alguna para dar inicio al procedimiento penal o disciplinario.

En cambio cuando es fehaciente que la intencionalidad del servidor es determinante para que se materialicen pagos indebidos tal proceder se entiende penal y disciplinariamente relevante, en marcando en el tipo penal comúnmente conocido como peculado, en favor propio o de terceros e incluso culposos, en la más leve de sus expresiones, repárese brevemente en él porque, el realizar pagos indebidos se puede entender como una conducta constitutiva del delito de peculado, el Código

Penal Colombiano estipula en su artículo 397, el peculado por apropiación señalando que se entiende por este la conducta cometida por:

“(...) El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en (...)”¹²⁴

Como puede observarse el hecho de apropiarse de los bienes del Estado, independiente de las formas en que ello se materialice demanda por que tal accionar sea abordado desde la perspectiva penal, más cuando ello es realizado por quien ejerce función pública. Esta prescripción de un sujeto calificado en la ocurrencia de tal delito, nos da pie para realizar una breve reflexión sobre el particular, en diversas sentencias de antaño que han mantenido su pertinencia hasta nuestros días, se indicó respecto al tema del sujeto calificado en tal delito que:

“(...) es servidor público quien sea miembro de una corporación pública, quien sea empleado y trabajador del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente o por servicios, involucrando en tal disertación a los particulares que cumplan función pública... (...)”¹²⁵

Así las cosas, cuando el servidor público facilita, permite, participa en la apropiación de recursos públicos, da pie a la configuración de este delito, el cual tiene su otra cara en mataría disciplinaria, por cuanto al igual que en todos los ítems valorados anteriormente, su ocurrencia constituye un afrenta a lo dispuesto en los artículos 34 y 35 de la Ley 734 de 2002, en especial frente a la situación descrita en el numeral 15, que deprecia porque se sancione la siguiente situación:

¹²⁴ Código Penal Colombiano.

¹²⁵ Corte Suprema de Justicia.

*“(...) ordenar el pago o percibir remuneración oficial por servicios o prestados, o por cuantía superior a la legal reconocer y cancelar pensiones irregularmente reconocidas o efectuar avances prohibidos por ley o los reglamentos. (...)”*¹²⁶

Como puede delinearse, la configuración de situaciones como las presentadas en la pauta normativa trascrita, permiten la configuración de responsabilidad disciplinaria en razón a la nomenclatura bridada al presente ítem así como todas aquellas que generen pagos indebidos sin fundamento fáctico-legal, con los que claramente se degrada el patrimonio público, deben ser sancionados con el pleno de la rigurosidad que el estatuto disciplinario impone para una falta que a todas luces se entiende como gravísima.

Por lo anterior el operado disciplinario aparte de cotejar el entorno y las particularidades que encierra la ocurrencia de la conducta constitutiva de pago indebido, y la posibilidad de recuperar los dineros pagados indebidamente, tal como se indicó en las primeras líneas del presente numeral, claros estos aspectos se debe proceder a determinar la trascendencia que presenta el comportamiento o el accionar del servidor en la ocurrencia del pago indebido y la afectación que esto genera al patrimonio pública, siendo estas piezas fundantes de la instrucción al menos desde la perspectiva disciplinaria.

Respecto al manejo conceptual y fáctico que la jurisprudencia ha brindado a esta temática, puede consultarse entre otras sentencias, las siguientes.

Corte Suprema de Justicia.

¹²⁶ Ley 734 de 2002.

Corte Constitucional.

T-302 – 2006

3.5. USO INDEBIDO DE BIENES PÚBLICOS.

La temática que se encierra en el presente ítem, puede entenderse como una extensión aplicada de los criterios referidos al repasar la temática de los pagos indebidos, por cuanto el uso indebido de bienes de naturaleza pública, emerge desde las mismas profundidades del ser, en donde el proceder humano, en este caso de quien ejerce como servidor público, es el instrumento por el cual se le brinda un uso que no es el que convencionalmente se espera se le brinda a los bienes del Estado que como consecuencia del desarrollo de la actividad que constitucionalmente o legalmente les compete adelantar se encuentran bajo su órbita de disposición.

Aunque en un primer momento es común que el servidor entienda que como los bienes a los cuales les esta brindado un uso no conforme al que legal o naturalmente les corresponde, no salen de la órbita de propiedad del Estado, no está incurriendo en ninguna afrenta de naturaleza penal y/o disciplinaria. Lo cual no es cierto, por cuanto con tal accionar se estaría contrariando lo normado en el artículo 398 de Código Penal, que a la letra indica:

“(...) ARTICULO 398. PECULADO POR USO. El servidor público que indebidamente use o permita que otro use bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, o bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de

dieciséis (16) a setenta y dos (72) meses e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término. (...)”¹²⁷

Como puede apreciarse con la simple lectura del artículo transcrito el tipo penal que instituye, incluye en su interior todo tipo acción que demarque el uso indebido de bienes propiedad del Estado, sin que medie consideración alguna a la trascendencia, frecuencia o el tipo de bien del que se trate.

Por lo anterior la simple ocurrencia de conductas que efectivamente constituyan uso indebido de bienes públicos, aparte de demandar su tratamiento penal a la luz de la disposición ya comentada, exige que concomitantemente se de inicio a la acción disciplinaria , por cuanto tal proceder a simple vista desconoce los ya comentados artículo 34 de la Ley 734, en cuanto a esta disposición se desconoce principalmente lo ordenado en el numeral cuarto de tal pauta normativa que indica, “(...) *utilizar los bienes y recursos asignados para el desempeño de su empleo, cargo o función...* (...)”¹²⁸ , lo cual no es óbice para que se medie la trascendencia del proceder del servidor público, con otras de las pautas normativas establecidas en la Ley 734 o en aquellas normas que perfilen a actividad en la cuales este se desempeñaba.

Respecto al manejo conceptual y fáctico que la jurisprudencia ha brindado a esta temática, puede consultarse entre otras sentencias, las siguientes.

Corte Constitucional.

C-652/2003	T-673/2004
------------	------------

Corte Suprema de Justicia.

¹²⁷ Código Penal Colombiano.

¹²⁸ Ley 734 de 2002.

3.6. DOBLE VINCULACIÓN O PAGO DE ASIGNACIÓN SALARIAL.

Nos encontramos frente a la conducta que constituye el peor escenario en que puede verse un servidor público por cuanto el mismo cuenta con prohibición Constitucional y legal expresa, revísese al respecto la perfecta conjunción que realizan sobre el particular los artículos 6 y 128 de Carta Política en ellos, se establece la plataforma normativa que demarca la trascendencia de esta temática y la absoluta negación e imposibilidad que nuestro ordenamiento da al hecho que una persona desempeñe simultáneamente dos empleos a cargo de erario. La primera de las disposiciones en cita establece que:

*“(...) los particulares solo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. (...)”*¹²⁹

Mandato que adopta su total rigidez en la materia tratada cuando se le interpreta y aplica de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 128 del mentado ordenamiento superior, que a la letra consigna:

*“(...) nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritariamente el estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley. Entiéndase por tesoro público el de la nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas. (...)”*¹³⁰

¹²⁹ Constitución Política de Colombia.

¹³⁰ Ibidem.

Como puede observarse con facilidad la Constitución es rígida fehacientemente al prohibir y proscribir que una persona puede desempeñarse en más de dos cargos o recibir dos emolumentos provenientes del tesoro público, mandato que es recogido por la Ley 734 de 2002, en el numeral 14 de su múltiple veces referido artículo 35, señala:

*“(...) desempeñar simultáneamente más de un empleo público o recibir más de una asignación que provenga del tesoro público o de empresas o instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley. Entiéndase por tesoro público el de la nación, las entidades territoriales y las descentralizadas. (...)”*¹³¹

La correspondencia entre la norma Constitucional y legal es absoluta en la materia, ambas buscan proteger a la función pública y al erario de afectaciones generadas por una persona que consiente de su calidad de servidor del Estado, pretende beneficiarse del mismo ejerciendo otro cargo, a fin de acaparar competencias administrativas y recibir más de un emolumento, ambas pretensiones son nefastas para el desarrollo de la correcta administración pública.

La jurisprudencia sobre este tema en particular, es algo restringida por cuanto no es muy común que se presente este tipo de faltas, el caso que más se ha gestado en nuestro medio se relaciona con el ejercicio de la docencia por parte de servidores públicos, para brindar claridad a este tema la jurisprudencia ha demarcando que:

“(...) La Constitución Política de 1991 reafirma este mandato en su integridad en el artículo 128 y le agrega la prohibición de que cualquier persona desempeñe más de un cargo público, de tal suerte que bajo el

¹³¹ Ley 734 de 2002.

actual régimen Constitucional está prohibido, salvo excepciones legales, la concurrencia de dos o más cargos públicos en una misma persona así como la recepción de más de una asignación que provenga del erario. En desarrollo del 128 de la Carta, el Legislador expidió la Ley 4ª de 1992 que en el artículo 19 determinó las excepciones a la prohibición Constitucional materia de estudio y que actualmente son aplicables en el sector nacional, descentralizado y territorial. La Sala concluye que al empleado público le es permitido desempeñar simultáneamente el cargo docente, siempre y cuando la prestación del servicio educacional se dé mediante la modalidad de “hora-cátedra”... (...)”¹³²

Como puede verse, la jurisprudencia es clara al determinar que no es dable, el desempeñar dos o más empleos públicos, ni recibir más de una asignación del tesoro estatal.

En contexto el trabajo del operador disciplinario frente a la ocurrencia de esta conducta en particular, pese a la rigurosidad que imponen los mandatos constitucionales, legales y jurisprudenciales, sobre este particular, se deben reparar en las condiciones que encierran un posible doble pago aún servidor para así determinar fehacientemente la ocurrencia de este y proceder conforme lo demanda la Ley disciplinaria.

Respecto al manejo conceptual y fáctico que la jurisprudencia ha brindado a esta temática, puede consultarse entre otras sentencias, las siguientes.

Consejo de Estado

01060 /2017	00142/2017
-------------	------------

¹³² Corte Constitucional Sentencia C-1049 de 2015.

3.7. VIOLACIÓN AL RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN.

Esta temática se encierra en gran medida en los planteamientos y argumentos que se presentaron en el numeral 1.3. Titulado “*violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades*”, en el cual se abordó con suficiencia, vale la pena destinar algunos reglones a comentar algunos aspectos relativos al régimen de inhabilidades e incompatibilidades en materia contractual, bajo la estructura general que se estableció para el manejo de las inhabilidades e incompatibilidades, la Ley 80 de 1993, en su artículo 8, se determinó el régimen de inhabilidades e incompatibilidades aplicable a la contratación.

La exposición de motivos de la referida Ley se indicó en palabra de Ernesto Matallana que, “(...) *el legislador define las inhabilidades e incompatibilidades como las que recogen una relación de circunstancias vinculadas con la persona misma del contratista y cuya presencia impide la celebración del contrato, so pena de verse afectado de nulidad sin perjuicio de las sanciones administrativas y penales a que haya lugar. (...)*”¹³³

Por su parte en la obra de *Luis Alfonso Rico Puerta*, se delinean estos fenómenos de la siguiente manera:

“(...) *las incompatibilidades limitan la aptitud contractual actual y de manera específica de determinados sujetos, atendida su especial calidad personal derivada de su fuero laboral administrativo para realizar*

¹³³ MATAALLANA CAMACHO Ernesto, *Manual de Contratación de la Administración Pública*, Bogotá, Editorial por la Universidad Externado de Colombia, 2016, pág. 185.

*actos jurídicos obligacionales con o en nombre de determinada entidad estatal o con su nivel de adscripción. (...) las inhabilidades restringen la capacidad contractual futura y por vía general, para contratar con la administración pública. (...)"*¹³⁴

Nos señala el autor en referencia que pese a que la ley 80 de 1993 constituye norma especial en la materia, ello no quiere decir que las inhabilidades e incompatibilidades establecidas en otras fuentes normativas que guarden pertinencia en la materia tratada, cuando indica:

*"(...) el estatuto contractual para regular el régimen de las causales de inhabilidad e incompatibilidad, no acudió al criterio de la consagración expresa y específica en su cuerpo normativo de todas y cada una de ellas, sino que remitió a las diferentes codificaciones que consagren dichas causales para completar su listado. Ello significa que no todas las causales de inhabilidad e incompatibilidad se encuentran previstas en la ley 80 de 1993, sino que el listado total deberá completarse rastreando las que sobre la materia consagre la Constitución y las diferentes leyes. (...)"*¹³⁵

Esta última afirmación demanda que el operador disciplinario que pretenda valorar la ocurrencia de un desconocimiento del régimen de inhabilidades e incompatibilidades por parte de un servidor instruido, deberá en primer lugar determinar si la conducta por la cual se da curso a tal procedimiento desconoce el mentado régimen, páralo cual no solo debe acudir a los contenidos en la Ley 80 de 1993, sino que deberá extender su valoración a todas aquellas fuentes

¹³⁴ RICO PUERTA Luis Alfonso, *Teoría General y Práctica de la Contratación Estatal*, Bogotá, Editorial Leyer, 2015, pág. 173.

¹³⁵ Ibidem.

normativas que puedan tener aplicación a fin de brindar certeza y legalidad a la actuación adelantada¹³⁶.

Respecto al manejo conceptual y fáctico que la jurisprudencia ha brindado a esta temática, puede consultarse entre otras sentencias, las siguientes.

Corte Constitucional

C-178/1996	C-221/1996
C-353/2009	C-489/1996

Consejo de Estado

2010-00110, del 9 de febrero de 2015.

¹³⁶ En concordancia con el siguiente planteamiento, “(...) aunque esa manera de elaborar un régimen de causales de inhabilidad e incompatibilidad en materia negocial estatal resulta mucho más cómoda para el legislador, también es más inconveniente para el operador jurídico, puesto que le resta certeza, al obligarlo en cada caso específico a indagar por todas y cada una de las causas constitucionales y legales de inhabilidad e incompatibilidad para finalmente determinar si en un proceso contractual alguno de los sujetos intervinientes se encuentra incurso en una de ellas... (...)” pág. 177.

4. ASUNTOS RELACIONADOS CON EL BIENESTAR GENERAL Y EL MEDIO AMBIENTE.

En razón a la naturaleza de los asuntos que se trataran en el presente numeral y a la indeterminación práctica que de los mismos puede generarse, se procede a su valoración desde una perspectiva general que nos permita la construcción de una serie de argumentos válidos y aplicables a cada aspecto temático valorado.

El primer asunto a revisar en el presente numeral es el relativo a las denuncias que tiene como eje central de su presentación la afectación al medio ambiente y el espacio público, las conductas que pueden generarse en relación a estos dos conceptos son de naturaleza tan variada que la mejor forma de cobijar las posibles afectaciones de las que pueden ser objeto, es precisando la definición de medio ambiente¹³⁷.

Para ello, se acude al texto de German Cifuentes, en el cual se dibuja los entornos de este concepto, tanto generales, como los esgrimidos por el derecho comprado y los que han primado en el medio colombiano. Parte la valoración del autor en cita indicando que:

“(...) Se entiende por medioambiente o medio ambiente al entorno que afecta y condiciona especialmente las circunstancias de vida de las

¹³⁷ La definición semántica y técnica de medio ambiente corresponde a “(...) Como sustantivo, la palabra «medio» procede del latín *medium* (forma neutra); como adjetivo, del latín *medius* (forma masculina). La palabra «ambiente» procede del latín *ambiens*, -*ambientis*, y ésta de *ambere*, “rodear”, “estar a ambos lados”. La expresión «medio ambiente» es parcialmente redundante porque los dos sustantivos tienen una acepción coincidente, que es precisamente la que tienen cuando van juntos, Para la Teoría general de sistemas, un ambiente es un complejo de factores externos que actúan sobre un sistema y determinan su curso y su forma de existencia. Un ambiente podría considerarse como un súper conjunto, en el cual el sistema dado es un subconjunto. Un ambiente puede tener uno o más parámetros, físicos o de otra naturaleza. El ambiente está constituido por una serie de factores que se pueden enunciar así: • Factores físicos (geografía física, geología, clima, contaminación) • Factores biológicos (población humana, flora, fauna, agua) • Factores socioeconómicos (ocupación laboral, urbanización, Desastres. (...)). Expuesta en el texto de CIFUENTES SANDOVAL German Eduardo, *El Medio Ambiente un Concepto jurídico indeterminado en Colombia*, en revista Justicia, Juris volumen 9 abril /septiembre 2008, pag.37 a 49.

*personas o la sociedad en su conjunto. Comprende el conjunto de valores naturales, sociales y culturales existentes en un lugar y un momento determinado, que influyen en la vida del hombre y en las generaciones venideras. Es decir, no se trata sólo del espacio en el que se desarrolla la vida sino que también abarca seres vivos, objetos, agua, suelo, aire y las relaciones entre ellos, así como elementos tan intangibles como la cultura. (...)*¹³⁸

En el sistema jurídico español que en muchas materias ha fungido como referente al nuestro, se entiende que el concepto de medio ambiente, parte de lo contenido en el artículo 45 de la Constitución de tal país, en esta disposición se le atribuye una naturaleza tripartita en la cual se le entiende en un primer momento como un ente objeto de derechos propios, y al mismo tiempo como un deber de la sociedad y Política de Estado, mandatos bastantes prolijos y amplios, pero que en la realidad presentan una alta complejidad en su realización.

En nuestro entorno, el concepto de medio ambiente, nos señala el autor en referencia “(...) aparece por primera vez en la legislación ambiental nacional en la ley 23 de 1.973. Así, su artículo 2º además de atribuirle un valor moral como patrimonio común de la humanidad, señala sus elementos constitutivos al decir que el ambiente estará formado por la atmósfera y los recursos naturales renovables. Puede observarse como dicha definición se refiere únicamente al factor natural que de acuerdo a lo ya expuesto conforma el ambiente, dejando de lado el factor social que integra el hombre y que como se explicará más adelante es destinatario de otro tipo de normatividad diferente a la ambiental. (...)”¹³⁹

El documento en referencia se precisan definiciones conexas que influyen en la construcción del concepto medio ambiente en el entorno colombiano, por ello se

¹³⁸ Ibidem.

¹³⁹ Ibidem.

considera importante referenciar alguna de ellas a fin de establecer el escenario respectivo, por ello es necesario sumar la definición del concepto atmosfera que nos la presenta de la siguiente manera:

“(...) La definición legal de atmósfera la encontramos en el Decreto 948 de 1995, 40 Art 2º según la cual aquella es “la capa gaseosa que rodea la tierra”. En cuanto a los recursos naturales renovables el Decreto 2811 de 197441 reconoce el valor del ambiente como patrimonio común y señala que la preservación del ambiente es una obligación pública y social, junto con la preservación y manejo de los recursos naturales renovables.(...)”¹⁴⁰

En el texto que nos sirve de guía en la presente oportunidad, se pretende construir una definición de medio ambiente jurídicamente eficiente, por lo cual estima pertinente referenciar la Ley 23 de 1973, norma en la que se trabajó el concepto de recursos naturales, el cual se encuentra intimado con el de medio ambiente, al hacer parte integral del mismo, después de resaltar una serie de fuentes normativa que han de tener alguna injerencia a la hora de delinear el concepto de medio ambiente, refirió un pronunciamiento de la jurisprudencia Constitucional que es determinante para tal fin, la Sentencia T-453 de 1998, en la que se señala:

“(...) El medio ambiente desde el punto de vista constitucional, involucra aspectos relacionados con el manejo, uso, aprovechamiento y conservación de los recursos naturales, el equilibrio de los ecosistemas, la protección de la diversidad biológica y cultural, el desarrollo sostenible, y la calidad de vida del hombre entendido como parte integrante de ese mundo natural, temas, que entre otros, han sido reconocidos ampliamente por nuestra Constitución Política en muchas normas que establecen claros mecanismos para proteger este derecho y exhortan a

¹⁴⁰ Ibidem.

las autoridades a diseñar estrategias para su garantía y su desarrollo.(...)”¹⁴¹

Bajo la anterior premisa conceptual la Corte Constitucional en el año 2015, esta vez una Sentencia de constitucionalidad, delinea tajantemente no solo el concepto de medio ambiente, sino su papel dentro de los fines que compete al Estado social de derecho que establece nuestra carta política, por esta razón se procede a valorar los principales argumentos señalados en tal proveído.

El alto Tribunal Constitucional, considera en primer lugar que es un deber del estado, promover y hacer efectiva la defensa del medio ambiente sano, accionar que entiende es un principio de la organización política misma, que se dimensiona en tres escenarios concomitantes y complementarios entre sí, es decir que el medio ambiente sano, es un bien jurídico autónomo, un derecho de rango Constitucional predicable de todo sujeto¹⁴² y de la naturaleza mismas, lo que finalmente ha de constituir una obligación de sociedad en pleno.¹⁴³

¹⁴¹ Corte Constitucional Sentencia T-453 de 1998.

¹⁴² “(...) El reconocimiento de la importancia de la “madre tierra” y sus componentes ha sido un proceso lento y difícil históricamente, careciendo de desarrollos significativos que les registren su valor por sí mismos. A través de los tiempos se han concebido principalmente como cosas al servicio del ser humano, quien puede disponer libremente de ellos y encontrar justificado su abuso. Colombia ha sido reconocida por la comunidad internacional como un país “megabiodiverso”, al constituir fuente de riquezas naturales invaluable sin par en el planeta, que amerita una protección especial bajo una corresponsabilidad universal. La jurisprudencia de esta Corporación ha insistido en que la Carta de 1991 instituyó nuevos parámetros en la relación persona y naturaleza, al conceder una importancia cardinal al medio ambiente sano en orden a su conservación y protección, lo cual ha llevado a catalogarla como una “Constitución ecológica o verde”. Así lo demuestran las numerosas disposiciones constitucionales (33), que han llevado a reconocerle un “interés superior”(...)” *ibidem*.

¹⁴³ “(...) Ha explicado la Corte que la defensa del medio ambiente sano constituye un objetivo de principio dentro de la actual estructura del Estado social de derecho. Bien jurídico Constitucional que presenta una triple dimensión, toda vez que: es un principio que irradia todo el orden jurídico correspondiendo al Estado proteger las riquezas naturales de la Nación; es un derecho Constitucional(fundamental y colectivo) exigible por todas las personas a través de diversas vías judiciales; y es una obligación en cabeza de las autoridades, la sociedad y los particulares, al implicar deberes calificados de protección. Además, la Constitución contempla el “saneamiento ambiental” como servicio público y propósito fundamental de la actividad estatal (arts. 49 y 366 superiores).(...)”*ibidem*.

A posteriori, recuerda la Corte que desde el año 2014, esa corporación ha referido los deberes que surgen en cabeza de la organización estatal frente a la promoción y protección del medio ambiente, demarcando una serie de actividades puntuales en tal sentido a saber: 1) proteger su diversidad e integridad, 2) salvaguardar las riquezas naturales de la Nación, 3) conservar las áreas de especial importancia ecológica, 4) fomentar la educación ambiental, 5) planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales para así garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución, 6) prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, 7) imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados al ambiente y 8) cooperar con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en las zonas de frontera.¹⁴⁴

Enfatiza el Juez Constitucional, que nuestra Carta Política consagra una obligación a cargo del pleno de la organización estatal, que no solo se limita a conservar y proteger los recursos naturales, sino que igual de importante que las anteriores debe prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, para lo cual tiene la potestad de imponer sanciones legales de diversa índole y de exigir la reparación de los daños causados.¹⁴⁵

¹⁴⁴“(…) En la Sentencia C-123 de 2014 la Corte refirió a los deberes que surgen para el Estado, a partir de la consagración del medio ambiente como principio y como derecho: “Mientras por una parte se reconoce el medio ambiente sano como un derecho del cual son titulares todas las personas -quienes a su vez están legitimadas para participar en las decisiones que puedan afectarlo y deben colaborar en su conservación-, por la otra se le impone al Estado los deberes correlativos de: 1) proteger su diversidad e integridad, 2) salvaguardar las riquezas naturales de la Nación, 3) conservar las áreas de especial importancia ecológica, 4) fomentar la educación ambiental, 5) planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales para así garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución, 6) prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, 7) imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados al ambiente y 8) cooperar con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en las zonas de frontera. (...)”ibídem.

¹⁴⁵“(…) La Constitución Política establece que es obligación del Estado no solo conservar y proteger los recursos naturales, sino también prevenir y controlar los factores de “deterioro ambiental”, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados. Justamente, la norma examinada en esta ocasión (art. 42, Ley 99 de 1993, define el daño ambiental como “el que afecte el normal funcionamiento de los ecosistemas o la renovabilidad de sus recursos y componentes. (...)”ibídem.

Tal como ocurre normalmente en disertación tan amplia como la que pretendió la Corte en el caso en referencia es normal que se acuda a pronunciamientos anteriores en los cuales se esbozaron aspectos que toman relevancia nuevamente cuando se pretende acentuar una posición en particular, es menester acudir a precedentes jurisprudenciales, en este caso se referencian los planteamiento esgrimidos en la Sentencia C-495 de 1996, en la que se resaltó que la Carta Política de 1991, “(...) *acogió en forma decidida y prioritaria un sistema normativo ecologista tendiente a “mitigar la tendencia inercial hacia una catástrofe nacional de proporciones irreversibles”. Destacó que fenómenos como el calentamiento de la tierra, la desertificación de los suelos, la limitación de los recursos hídricos, el exterminio de las especies y de los ecosistemas, la polución del aire, del mar, y de la atmósfera, etc., son factores y variables exteriores que fueron tenidas en cuenta por el Constituyente de 1991, al producir instrumentos jurídicos y políticos tendientes a la conservación y disfrute de un ambiente sano y una calidad de vida. (...)*”, este mandato de optimización que encierra la visión del constituyente y se traduce en una obligación del pleno social, es el que fundamenta el fin que debe tener toda actuación de públicos y privados para entenderse conforme con la protección del medio ambiente¹⁴⁶, que a todos nos corresponde.

Como bien se ha señalado la protección al medio ambiente involucra una diversidad de aspectos que se han desarrollado en prolíferos pronunciamientos

¹⁴⁶ La batería normativa en cuanto a la protección del medio ambiente están diversa que la misma Corte continua refiriendo ordenamientos que tiene aplicación en la materia, “(...) *La Sentencia T-080 de 2015 recabó recientemente que el daño ambiental es por lo general “permanente e irremediable y es por ello de la mayor importancia promover ante todo su conservación y prevención”. De ahí que los Estados se preocupen por aprobar instrumentos internacionales que permitan avanzar en la garantía y preservación efectiva de un ambiente sano, como: i) el Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono, 1987; ii) la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo de las Naciones Unidas de 1992; iii) la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático de 1992; iv) el Protocolo de Kyoto de las Naciones Unidas a la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático, 1997; v) la Cumbre del Milenio de las Naciones Unidas de 2000, donde los países se comprometen con una nueva alianza estableciendo ocho metas; el Objetivo 7 se denomina “Garantizar la Sostenibilidad del Medio Ambiente”; vi) el Acuerdo de Copenhague de 2009, que busca limitar la subida de la temperatura, reducir las emisiones y obtener la financiación para poner en marcha iniciativas en los países en desarrollo a fin de combatir el cambio climático; entre otros.(...)”, ibídem.*

jurisprudenciales, en los que se han tratados temas como la protección de la atmosfera¹⁴⁷, el manejo de los gases invernadero, la protección de los recursos hídricos¹⁴⁸, e incluso la afectación que genera al medio ambiente el derrame de hidrocarburos¹⁴⁹.

Como puede apreciarse los medios normativos y jurisprudenciales que demandan por la promoción y protección al medio ambiente, con todos los conceptos que se encierran en su interior, son bastante prolijos y diversos y estos hace que el operador disciplinario al momento de determinar si la conducta de un servidor a disciplinar que se relacione con afectaciones al medio ambiente, es o no relevante, debe determinar que la afectación no solamente sea cierta, sino que la misma este contemplada en algunas de las fuentes normativas o jurisprudenciales aplicables,

¹⁴⁷ “(...) Ahora bien, la Ley 23 de 1973] y el Decreto ley 2811 de 1974 establecen que la contaminación del aire, del agua y del suelo son factores que deterioran el ambiente (arts. 3º y 8º). En lo que se refiere a la protección de la atmósfera, mediante la Ley 164 de 1994 Colombia aprobó la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático (1992), donde los Estados partes expresan su preocupación por cuanto las actividades humanas han ido aumentando sustancialmente las concentraciones de gases y porque ese aumento intensifica el efecto invernadero natural, lo cual dará como resultado un calentamiento adicional de la superficie y la atmósfera de la tierra, que puede afectar adversamente a los ecosistemas naturales y a la humanidad entera. Por ello, los Estados se comprometieron a tomar medidas de mitigación del cambio climático, limitando sus emisiones antropógenas de gases de efecto invernadero y mejorando sus sumideros y depósitos de gases de efecto invernadero.(...)”, ibídem.

¹⁴⁸ “(...) En lo que respecta a la protección del recurso hídrico, la Sentencia C-094 de 2015 reseñó la Declaración de Estocolmo de 1972 y la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua desarrollada en Mar de Plata (1977). Hizo alusión a la Conferencia de Dublín en 1992, que recomendó a los Estados adoptar medidas para cumplir el principio según el cual “el agua dulce es un recurso finito y vulnerable, esencial para sostener la vida, el desarrollo y el medio ambiente” (1). Esta decisión agregó que los Estados han reconocido la relevancia de proteger los recursos naturales de la tierra, incluido el agua, mediante la planificación sistemática orientada a satisfacer las necesidades esenciales, y a promover una distribución eficiente y equitativa de los recursos hídricos, la garantía de los ecosistemas y el ciclo hidrológico. Destaca la necesidad de identificar y corregir las principales causas de desperdicio en la utilización del agua, y formular y mantener una política en relación con el uso, la ordenación y su conservación.(...)”, ibídem.

¹⁴⁹ “(...) En la Sentencia C-426 de 2000 se abordó el saneamiento ambiental por derrame de hidrocarburos, señalando que es una obligación de rango Constitucional a cargo del Estado, en desarrollo del deber de prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados. Ha de indicarse que un derrame de petróleo o marea negra por regla general ocasiona consecuencias nefastas para la vida marina, la biodiversidad y el ecosistema terrestre, que resultan persistentes en el tiempo, y conllevan finalmente riesgos en la seguridad alimentaria y fuentes de trabajo, particularmente de la población vulnerable, ello además de los costos que se generan por las labores de limpieza y restauración ambiental. En la sociedad contemporánea la comunidad internacional tiende a catalogar el derrame de petróleo como un crimen ecológico internacional, por lo que de ocasionarse por actos intencionales son merecedores del mayor reproche y condena social, al constituirse en un delito ambiental internacional que por sus implicaciones presenta un carácter pluriofensivo.(...)”, ibídem.

que tal afrente sea de naturaleza administrativa o penal, a lo cual deberá inmiscuir en la situación a la autoridad competente de valorar tal conducta desde las mentadas perspectivas.

Como bien se señaló al iniciar la reflexión del presente ítem, el término de afectación al medio ambiente es tan general que el mismo se debe particularizar casi que al extremo para poder dilucidar el tipo y grado de afectación, así como para determinar la pauta legal aplicable, y la sanción punitiva y/o resarcitoria a aplicar.

Igual situación se presenta cuando se pretende hacer referencia a la ocurrencia de conductas relativas a la afectación del espacio público, que sería lógico entender por estas. Como actuación inicial para comprender estos aspectos se acuden a las definiciones contenidas en la cartilla principios del espacio público, publicada por la organización de Estados Iberoamericanos para la educación, la ciencia y la cultura, recogiendo los criterios señalados en la Ley 9 de 1989 y en el Decreto 1504 de 1998¹⁵⁰ la que se indica que constituye en concepto espacio público:

“(...) El espacio público es el conjunto de inmuebles públicos y los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados destinados por naturaleza, usos o afectación a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden los límites de los intereses individuales de los habitantes. El espacio público es el lugar que hace posible el encuentro cotidiano entre personas, quienes mediante su acción crean su propia historia y cultura. Tiene su origen en

¹⁵⁰ “(...) Bajo este contexto, y exclusivamente para los fines del desarrollo urbano o territorial, la Ley 9ª de 1989 y el Decreto 1504 de 1998 definen el espacio público como el “conjunto de inmuebles públicos y los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados, destinados por su naturaleza, por su uso o afectación a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden, por tanto, los límites de los intereses individuales de los habitantes” (Artículos 5º y 2º, respectivamente). Según el Decreto 1504 de 1998, el espacio público está integrado por la suma de elementos constitutivos naturales, artificiales y complementarios.(...)”, documento CONPES 3718, publicado en la página web http://www.minambiente.gov.co/images/AsuntosambientalesySectorialyUrbana/pdf/Gestion_urbana/espacio_publico/CONPES_3718_de_2012_-_Pol%C3%ADtica_Nacional_de_Espacio_P%C3%BAblico.pdf

*Grecia con el Ágora, en Roma con el Foro; espacios que posteriormente pasaron al servicio de la comunidad. Estas eran las plazas de carácter cívico en donde se desarrollaba la vida social, política y económica. (...)*¹⁵¹

Esta definición es bastante amplia se contextualiza un poco cuando este mismo instrumento señala que comprende al espacio público:

*“(...) El espacio público comprende, entre otros, los siguientes aspectos:
· Los bienes de uso público, es decir aquellos inmuebles de dominio público cuyo uso pertenece a todos los habitantes del territorio nacional, destinados al uso o disfrute colectivo; Los elementos arquitectónicos, espaciales y naturales de los inmuebles de propiedad privada que por su naturaleza, uso o afectación satisfacen necesidades de uso público; Las áreas requeridas para la conformación del sistema de espacio público. (...)*¹⁵²

Bajo estos criterios y teniendo en cuenta los fines que nos compete ilustrar con el presente escrito, es válido que se afirme que el deber del funcionario del Estado respecto al espacio público, se integra tanto de un obrar positivo, como de uno negativo, entendiendo por este último el abstenerse de realizar actuaciones que afecten el derecho al uso de los elementos que integran dicho espacio por parte de las demás personas en general.

Este proceder es el que le compete observar al operador disciplinario, por cuanto es ahí en donde es posible encontrar el desconocimiento no solo de un deber funcional, sino del ordenamiento superior en el cual el uso del espacio público es

¹⁵¹ Ibídem.

¹⁵² Ibídem.

una garantía primaria dada al pleno de la sociedad, tal como lo instituye el artículo 82 de nuestra Constitución¹⁵³, al determinar que:

*“(...) Es deber del Estado velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular. Las entidades públicas participarán en la plusvalía que genere su acción urbanística y regularán la utilización del suelo y del espacio aéreo urbano en defensa del interés común. (...)”*¹⁵⁴

Como puede apreciarse al igual que lo que ocurre con el medio ambiente, la defensa del espacio público, así como su afectación, puede materializarse a través de múltiples conductas, que demandan su mediación con las normas que le reglamentan, facultan o sancionan las diversas conductas que sobre este espacio pueden darse.

En el presente ítem, también se incluyen unas conductas que tienen relación con el servicio de educación y con el servicio de salud, criterios que comparten la indeterminación que se predicó de las conductas anteriores, pero que a diferencia de ellos cuentan con un núcleo duro definido que forzosamente ha de encaminar la pertinencia y propiedad de las conductas que sobre estos servicios se generen.

En cuanto al servicio de educación, entendido este como el medio a través del cual se hace efectivo el derecho a la educación que es propio a toda persona, pero que cuenta con una especial protección cuando se habla de la educación básica, propia de las primeras etapas de la vida, un pronunciamiento jurisprudencial en que se recogen estos aspectos, lo integra la Sentencia T-743 de 2013, en ella se señala:

¹⁵³ Inferencia realizada a la luz de lo contenido en los artículos 1, 2 y 82 de la Constitución Política de Colombia

¹⁵⁴ Constitución Política de Colombia.

“(...) el artículo 67 de la Constitución reconoce en la educación una doble condición de derecho y de servicio público que busca garantizar el acceso de los ciudadanos al conocimiento, a la ciencia y a los demás bienes y valores culturales. La relevancia de esa función social explica que la norma superior le haya asignado a la familia, a la sociedad y al Estado una corresponsabilidad en la materialización de esas aspiraciones y que haya comprometido a este último con tareas concretas que abarcan, desde la regulación y el ejercicio del control y vigilancia del servicio educativo, hasta la garantía de su calidad, de su adecuado cubrimiento y la formación moral, física e intelectual de los estudiantes. En cuanto a servicio público, la educación exige del Estado unas actuaciones concretas, relacionadas con la garantía de su prestación eficiente y continua a todos los habitantes del territorio nacional, en cumplimiento de los principios de universalidad, solidaridad y redistribución de los recursos en la población económicamente vulnerable. En su dimensión de derecho, la educación tiene el carácter de fundamental, en atención al papel que cumple en la promoción del desarrollo humano y la erradicación de la pobreza y debido a su incidencia en la concreción de otras garantías fundamentales, como la dignidad humana, la igualdad de oportunidades, el mínimo vital, la libertad de escoger profesión u oficio y la participación política. (...)”¹⁵⁵

Se extrae de la cita anterior que el derecho a la educación necesita de una regulación eficiente, lo cual se acompaña con el establecimiento de medios de control y vigilancia de los entes y programas sobre los cuales se presta el servicio de educación, velando por su calidad y el adecuado cubrimiento de toda la población y es sobre la resultante de la conjunción de la referidas funciones que es posible que se prediquen omisión o extralimitación de funciones por parte del servidor

¹⁵⁵ Corte Constitucional Sentencia T-743 de 2013.

público, con las cuales desconoce el núcleo de tal derecho y por lo cual es dable que se predique la responsabilidad disciplinaria del servidor que incurrió en ellas, el dilucidar la trascendencia de estas conductas constituye en gran parte la labor a adelantar por parte del operador disciplinario sobre el particular.

En lo que respecta al servicio de salud, el proceder es similar por cuanto la labor a seguir es determinar el núcleo duro del derecho a la salud, para así determinar el deber que compete a la organización estatal sobre el particular y así mediar la trascendencia de la omisión o extralimitación del servidor público en cuanto a este servicio.

En la Sentencia T-121 de 2015, la Corte Constitucional demarca que el derecho a la salud tiene dos facetas distintas y complementarias, señala el alto tribunal que:

“(...) por una parte, se trata de un servicio público vigilado por el Estado; mientras que, por la otra, se configura en un derecho que ha sido reconocido por el legislador estatutario como fundamental, de lo que se predica, entre otras, su carácter de irrenunciable. Además de dicha condición, se desprende el acceso oportuno y de calidad a los servicios que se requieran para alcanzar el mejor nivel de salud posible. (...)”¹⁵⁶

Esta definición es complementada en la misma jurisprudencia cuando se refiere la integridad que debe enmarcar la prestación del servicio de salud, lo cual se fijó por el juez Constitucional en los siguientes términos:

“(...) El derecho a la salud implica el acceso oportuno, eficaz, de calidad y en igualdad de condiciones a todos los servicios, facilidades, establecimientos y bienes que se requieran para garantizarlo. De igual

¹⁵⁶ Corte Constitucional Sentencia T-121 de 2015.

manera, comprende la satisfacción de otros derechos vinculados con su realización efectiva, como ocurre con el saneamiento básico, el agua potable y la alimentación adecuada. Por ello, según el legislador estatutario, el sistema de salud: Es el conjunto articulado y armónico de principios y normas; políticas públicas; instituciones; competencias y procedimientos; facultades, obligaciones, derechos y deberes; financiamiento; controles; información y evaluación, que el Estado disponga para la garantía y materialización del derecho fundamental de la salud. (...)"¹⁵⁷

Como puede apreciarse el servicio de salud implica no solo el acceso eficaz y oportuno a los servicios de salud en condiciones óptimas y con calidad garantizada, a toda persona que lo requiera, sin ningún tipo de dilación o discriminación, factores a través de los cuales se exterioriza los deberes que le corresponden a la organización pública y por los cuales se puede medir la omisión o extralimitación funcional de los servidores encargados de materializar esta actividades y hace vivo el derecho a la salud, aspecto en el que se debe reparar a la hora de determinar el aspecto disciplinario que puede profesarse de tal proceder.

Aunque la nomenclatura del presente ítem parte de la enunciación del termino bienestar general esté es aún más indeterminado que los que nos han precedido por cuanto, el mismo hace referencia a todo los aspectos de la vida en sociedad de las personas y se relaciona con las distintas facetas que le compete adelantar a la organización estatal en nuestro medio, es decir que este término concomitantemente se relaciona con el Estado de derecho, la cláusula social y la cláusula democrática sobre las que erige el Estado social de derecho en la Constitución de 1991, por esta razón se procedió a hacer referencia a los elementos que pese a su complejidad y extensión se podrían particularizar como lo fue la

¹⁵⁷ Ibidem.

protección al medio ambiente y al espacio público, esbozando los lineamientos básicos sobre los cuales se entiende afectaciones al servicio de educación y de salud respectivamente .

Respecto al manejo conceptual y fáctico que la jurisprudencia ha brindado a esta temática, puede consultarse entre otras sentencias, las siguientes.

Corte Constitucional

C-339/2002	C-123/2014	C-449/2015	T-257/1996
C-211/2017	T-067/2017	T-692/2016	T-334/2015

Corte Suprema de Justicia

STC 4360-2018

5. ASUNTOS QUE AFECTAN GARANTÍAS CONSTITUCIONALES.

Aunque en una interpretación literal de cada uno de los ítems presentados en este escrito podrá entenderse como una afectación a las garantías constitucionales brindadas por nuestro sistema Constitucional a las personas en general, en este aparte final se clasificaron aquellas temáticas que cuentan con un referente Constitucional puntual, del cual delinear el impacto que estas tienen y por lo cual tales acciones pueden entenderse disciplinariamente relevantes.

En primer lugar encontramos el desconocimiento de los derechos humanos, lo cual en sí mismo, más que una afrenta disciplinaria, es una negación total del ordenamiento por lo que la ocurrencia de una conducta de tal nivel por parte de un servidor publica necesariamente ha de ser sancionada desde la órbita penal y disciplinaria pues su magnitud desborda desde toda perspectiva lo contenido en los artículos 34 y 35 del ley 734 de 2002, a los que tantas veces hemos acudido en el presente escrito.

Pero en donde se encuentra constitucionalmente hablando los derechos humanos en nuestro sistema constitucional, la pregunta aunque simple tiene una respuesta amplia que no solo atiende a un ejercicio de interpretación constitucional, sino que cuenta con referentes normativos expresos ejemplo de ello, la constituye la denominada columna teórica de nuestro ordenamiento, integrado por el artículo primero en el que la dignidad humana y el reconocimiento de los derechos inalienables de las personas son el punto de partida del ordenamiento, que se proyectan como base conceptual a la hora de fijar los fines esenciales del Estado (artículo segundo) y al desarrollar los que se han conocido como derechos fundamentales todos ellos enmarcados en los compromisos internacionales que hemos asumido como nación y como sociedad a través del derecho supranacional que nos vincula con la primacía y el respeto por los derechos humanos.

Como la afectación a los derechos humanos, se proyectan desde asuntos relativos con la vida misma, la participación social y política de las personas, la integridad física, las condiciones de empleo, los servicios públicos, entre otros muchos temas, los cuales en su mayoría tienen un referente pormenorizado en el ordenamiento ordinario, el cual termina siendo la pieza básica que permite al operador disciplinario descubrir si existió una afrenta a los derechos humanos, delineando el cómo y el porqué de tal conducta y la forma en que se debe dar tratamiento a la misma, toda vez que como bien se indicó esta se encuentra ligada a la aplicación práctica de pauta normativa en específico.

En cuanto a las afectaciones al derecho de petición, el cual es de rango constitucional, pues a si los establece el artículo 23 de la Constitución Política, es necesario recordar que el mismo fue objeto de disertación en el presente escrito cuando se trabajó en el numeral 2, conductas a estudiar los asuntos relacionados con la prestación del servicio público, por lo aquí simplemente nos basta con recordar los elementos que componen el núcleo duro de este derecho, que no es otro que obtener una respuesta en término y de fondo a la petición formulada a la administración.

Finalmente se encuentran aquellas conductas que se relaciona con la violación al régimen de carrera, el cual también tiene su referente Constitucional específico, que se encuentra establecido en artículo 125 de la Constitución Política, en el que se indica que los empleos en los órganos del Estado son de carrera, lo que demanda por la implantación de dicho sistema teniendo como base disposiciones como la Ley 909 de 2004, para el rigen general, permitiendo la construcción de normas concretas para la edificación de regímenes especiales.

Por estos argumentos es poco probable la ocurrencia de actos que provenientes de un servidor de la administración, puedan configurar una afectación real a estos derechos, esta afirmación no es óbice para que en caso de presentarse alguna

conducta que desconozca el régimen de carrera la mismas sea puesta en conocimiento de la jurisdicción contenciosa administrativa y si la ocurrencia de esta conlleva la realización de acciones que desconocen lo contenido en la Ley 734 de 2002, o cualquier norma que imponga un deber especial a un servidor público, entonces será obligatorio proceder su instrucción disciplinaria.

BIBLIOGRAFÍA.

AMAYA OLAYA Uriel Alberto, *Teoría de la Responsabilidad Fiscal*, Bogotá, Editorial Universidad Externado de Colombia, 2012.

BARROSO Roberto, *La Dignidad de la Persona Humana en el Derecho Constitucional Contemporáneo*, Bogotá, Editorial Universidad Externado de Colombia, 2014.

CABENELLAS DE TORRES Guillermo, *Diccionario de Ciencias Jurídicas*, Buenos Aires, Editorial Helistas, 2010.

CASTRO CUENCA Carlos, *Manual de Derecho Penal: parte especial tomo II*, Bogotá, Editado por la Universidad del Rosario, 2011.

CIFUENTES SANDOVAL German Eduardo, *El Medio Ambiente un Concepto jurídico indeterminado en Colombia*, en revista Justicia, Juris volumen 9 abril /septiembre 2008.

Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, Madrid, Editado por SLU Espasa libros, 23 ed. 2014.

MATALLANA CAMACHO Ernesto, *Manual de Contratación de la Administración Pública*, Bogotá, Editorial Universidad Externado de Colombia, 2016.

NARANJO MESA Vladimiro, *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*, Bogotá, Editorial Temis 2012.

REYES ECHANDIA Alfonso, *Derecho Penal*, Bogotá, Editorial Temis, 11 ed, 2017.

RICO PUERTA Luis Alfonso, *Teoría General y Práctica de la Contratación Estatal*, Bogotá, Editorial Leyer, 2015.

RODRÍGUEZ Libardo, *Derecho Administrativo General y Colombiano*, Bogotá, Editorial Temis, 19ed. 2015.

TYLER Tom, *La Obediencia del Derecho*, Bogotá, Editorial Siglo del Hombre, 2012.

WEBGRAFIA

CRUZ BANEY Oscar, *Defensa a la defensa y abogacía en México*, publicado en la página web, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3878/7.pdf>, consultada el 20 de mayo de 2018.

HIDALGO MURILLO José Daniel, *Querella y Derecho Penal en México*, publicado en la página web www.juridicas.unam.mx. <http://biblio.juridicas.unam-mx>.

QUISPE REMON Florabel, *El derecho al juez natural – como derecho humano – y los tribunales militares en Colombia*, , publicado en *Economía, revista en cultura de la legalidad* N° 5, Septiembre 2013 – marzo 2014, pp.116 -138. Consultado en el portal electrónico, <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/viewFile/2150/108>, .

Departamento Administrativo de la Función Pública, *Inhabilidades e Incompatibilidades de los Servidores Públicos, segunda versión*, publicada en la página web www.funcionpublica.gov.co/eva/admo/files/emprsas/zw1cmVzYv83ng=/imgproductos/1449935495-52ae9fdc6e64acaea160cbb58.c.pdf.

Documento CONPES 3718, publicado en la página web <http://www.minambiente.gov.co/images/AsuntosambientalesySectorialyUrbana/pdf/>

[Gestion urbana/espacio publico/CONPES 3718 de 2012 -
Pol%C3%ADtica Nacional de Espacio P%C3%BAblico.pdf](#)

Fondo de Bienestar Social de la Contraloría General de la República, tomado de la página web <https://www.fbscgr.gov.co/idcategoria=3803>

Directiva unificada N°1 Procuraduría General de la Nación, publicada en la página web <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=79874>

Concepto de la Contraloría General de la República número 80112EE15354, del año 2006.

NORMATIVIDAD.

Constitución Política de Colombia.

Ley 599 de 2000.

Ley 610 de 2000.

Ley 734 de 2002.

Ley 966 de 2005.

Ley 1010 de 2006.

Ley 1437 de 2011.

JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional.

C- 024 de 1994

C-380 de 1997

C-2001 de 2001

C- 200 de 2002

C-780 de 2007

C- 818 de 2011

C-125 de 2013

C-826 de 2013

C -194 de 2014

C- 794 de 2014

C-1049 de 2015

T-453 de 1998

T-238 de 2008

T-216 de 2013

T-743 de 2013

T-121 de 2015

T-011 de 2016.

Consejo de Estado

Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en el concepto 855 de 1996.

Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera radicación número: 25000-23-26-000-2001-01219-01(24639) de 2009.

Sala de lo Contencioso Administrativo Sentencia 1478 de 2006.

Sala de lo Contencioso Administrativo Sentencia 00296 de 2018.

Sala de lo Contencioso Administrativo Sentencia 00679 de 2018.

Sala de Consulta y Servicio Civil Concepto número 3 de diciembre de 2013.

Corte Suprema de Justicia

Sala de casación penal AP.4835-2016, radicación 47806 Acta 224.

Sala de casación Penal SP-1072018 (49799), 07/02/18