

**“LA PRESCRIPCIÓN COMO FORMA DE EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN
DISCIPLINARIA: Castigo para el Estado o garantía fundamental para el
investigado”**

YELIXSA XIOMARA SÁNCHEZ DÍAZ

NORAIDA CARDONA MONTOYA

INSTITUCION UNIVERSITARIA COLEGIOS DE COLOMBIA
COLEGIO JURÍDICO Y DE CIENCIAS SOCIALES
BOGOTA D.C.
2016

**“LA PRESCRIPCIÓN COMO FORMA DE EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN
DISCIPLINARIA: Castigo para el Estado o garantía fundamental para el
investigado”**

YELIXSA XIOMARA SÁNCHEZ DÍAZ

NORAIDA CARDONA MONTOYA

Trabajo de Grado para optar al
Título de Abogado

Director

Doctor SILVIO SAN MARTIN QUIÑONES RAMOS

INSTITUCION UNIVERSITARIA COLEGIOS DE COLOMBIA
COLEGIO JURÍDICO Y DE CIENCIAS SOCIALES
BOGOTA D.C.
2016

**“LA PRESCRIPCIÓN COMO FORMA DE EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN
DISCIPLINARIA: Castigo para el Estado o garantía fundamental para el
investigado”**

YELIXSA XIOMARA SÁNCHEZ DÍAZ

NORAIDA CARDONA MONTOYA

Trabajo de Grado para optar al
Título de Abogado

INSTITUCION UNIVDRSITARIA COLEGIOS DE COLOMBIA
COLEGIO JURÍDICO Y DE CIENCIAS SOCIALES
BOGOTA D.C.
2016

Fundador	Dr. JORGE ARANGO TAMAYA
Rector	Dr. ALBERTO CARVAJALINO SLAGHEKKE
Vicerrector	Dra. MARIA SOLEDAD ARANGO MEJIA
Secretario General	Dr. JAVIER BARRAGÁN ESPINOSA
Decano del Colegio Jurídico y de Ciencias Sociales	Dr. ANDRES FELIPE TRUJILLO
Secretario del Colegio Jurídico y de Ciencias Sociales	Dr. CARLOS FERNANDO AMAYA R
Director del Departamento De Investigaciones	Dr. JORGE AUGUSTO PINZON

Institución Universitaria Colegios de Colombia
Colegio Jurídico y de Ciencias Sociales
Julio de 2016

BOGOTA, D.C

Nota de aceptación:

Jurado

Jurado

Jurado

Bogotá, Julio de 2016

DEDICATORIA

YELIXSA XIOMARA SÁNCHEZ DÍAZ

A Dios, por darme la oportunidad de vivir y por estar conmigo en cada paso que doy, por fortalecer mi corazón e iluminar mi mente y por haber puesto en mi camino a aquellas personas que han sido mi soporte y compañía durante todo el período de estudio.

A mi esposo SILVIO. Gracias amor por tu paciencia y comprensión, preferiste sacrificar tu tiempo para que yo pudiera cumplir con el mío. Por tu bondad y dedicación me inspiraste a ser mejor para tí, ahora puedo decir que esta monografía lleva mucho de tí, gracias por estar siempre a mi lado.

A mis hijos Pedro Alfredo, Joann Sebastian, Adriana del Pilar; y a mi sobrina Annlly Paola, porque son mi mayor motivación para nunca rendirme en los estudios y poder llegar a ser un ejemplo para ustedes, gracias por el apoyo en las adversidades que se me presentaron y que me impulsan cada día a superarme en la carrera, para poder ofrecerles siempre lo mejor. No es fácil, eso lo sé, pues si no los tuviera, no habría logrado tantas cosas grandes, lo cual me hace estar orgullosa de ustedes.

NORAIDA CARDONA MONTOYA

Gracias a Dios, porque me ha permitido con inteligencia y sabiduría forjar mis logros que son el resultado de tu ayuda y orientación, pues tu amor y tu bondad no tienen fin.

De corazón, a mis padres, Gertrudis Montoya y Pedro Pablo Cardona (Q.E.P.D), que dejaron en mí un legado de valores como: la entrega, paciencia y dedicación, los cuales me sirvieron para sacar adelante éste trabajo.

A mi hijo Dylan Francisco, por estar incondicionalmente conmigo durante estos años y quien ha sido mi mayor motivación para nunca rendirme en los estudios y poder llegar a ser un ejemplo para él. Gracias a mi familia y a mi compañera de monografía Yelixsa, quiénes me han animado en este largo camino, soportando y comprendiendo con estoica paciencia, la dedicación que requiere la realización de ésta labor.

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	10
OBJETIVOS	13
Objetivos específicos	13
RESUMEN	14
 CAPÍTULO 1	
LA PRESCRIPCIÓN Y LA CADUCIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO	15
1.1 Origen, definición y características.....	15
1.2 Breve recorrido de la prescripción en algunas áreas del derecho Colombiano.....	18
1.3 Diferencia entre prescripción y caducidad	30
 CAPÍTULO 2	
LA ACCIÓN DISCIPLINARIA Y SU RELACIÓN CON EL CUMPLIMIENTO DE LOS FINES DEL ESTADO	35
2.1 Principios Rectores de la Ley Disciplinaria	35
2.2.2 Titularidad de la potestad disciplinaria	36
2.2.3 Principio de ilicitud sustancial	45
2.2.4 La función de la sanción disciplinaria	51
2.2.5 La función pública y la falta disciplinaria	54
 CAPITULO 3	
LA PRESCRIPCIÓN COMO FORMA DE EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN DISCIPLINARIA	59
3.1 Generalidades de la prescripción en materia disciplinaria	59
3.2 Posiciones Jurisprudenciales sobre la interrupción de la prescripción en materia disciplinaria	68
 CONCLUSIONES	83
BIBLIOGRAFÍA	87

INTRODUCCIÓN

La importancia del presente trabajo de investigación tiene relevancia en el derecho disciplinario, en punto a la interpretación y aplicación de la figura jurídica de prescripción como forma de extinción de la acción disciplinaria y su alcance en el mundo jurídico, a efectos de establecer si la misma es un castigo para el Estado o una garantía fundamental para el disciplinado.

Es importante reseñar, que durante los últimos seis (6) años, se ha venido presentando varias posiciones jurisprudenciales y doctrinarias que a nuestro criterio, han desconocido el derecho fundamental al debido proceso de los sujetos disciplinables, pues el Estado a través de sus órganos de control, ha buscado la forma de evitar que éste fenómeno de extinción de la acción disciplinaria, se interrumpa de manera anticipada a la finalización del proceso, es decir, antes de que pierdan la potestad para imponer sanciones disciplinarias.

Ésta posición va en contravía de los derechos fundamentales al debido proceso y en especial a los principios de legalidad y favorabilidad, pues no existe una norma que señale expresamente la interrupción de la prescripción, siendo éste fenómeno jurídico una forma de extinción de la acción disciplinaria, como una garantía fundamental para los disciplinados y a su vez un castigo al Estado, por su ineficiencia e ineficacia en el ejercicio de la acción disciplinaria.

Es importante señalar, que este trabajo de investigación se desarrollará en tres (3) ejes temáticos a saber:

El primer eje temático, está encaminado a contextualizar lo que son las figuras de la prescripción y la caducidad en el ordenamiento jurídico Colombiano, teniendo como elementos su origen, definición y características, así mismo la identificación de la prescripción en las diferentes áreas del derecho en nuestro país (Civil, Penal,

Laboral, Fiscal, Disciplinario y Contencioso Administrativo) y finalmente identificar las diferencias entre prescripción y caducidad y su interrupción.

El segundo eje temático, lo constituye la acción disciplinaria y su relación con el cumplimiento de los fines del Estado, teniendo como elementos de análisis algunos de sus principios rectores como son: la titularidad de la potestad disciplinaria, la ilicitud sustancial, la función de la sanción disciplinaria, la función pública y la falta disciplinaria.

El tercer eje temático, está conformado por la prescripción como forma de extinción de la acción disciplinaria, contando en su desarrollo con sus generalidades y las posiciones jurisprudenciales sobre la interrupción de la prescripción en materia disciplinaria (tomando como base las líneas jurisprudenciales que sobre el tema han proferido el Honorable Consejo de Estado y la Corte Constitucional, así como la posición doctrinaria de la Procuraduría General de la Nación).

Teniendo en cuenta los temas planteados, este trabajo de investigación ilustrará al lector bajo los parámetros de un método deductivo, lo que significa las figuras de la prescripción y la caducidad en nuestro ordenamiento jurídico Colombiano, su existencia y aplicabilidad en las diferentes áreas del Derecho y la posibilidad de su interrupción dentro de los trámites procesales, así mismo se mostrará lo que es la acción disciplinaria y su relación con el cumplimiento de los fines del Estado, tomando como base aquellos principios rectores que tienen incidencia directa con lo que constituye la función pública y la falta disciplinaria; finalmente se disertará sobre la forma de extinción de la acción disciplinaria, bajo la órbita de la figura de la prescripción de la acción disciplinaria y su interrupción anticipada (notificación del fallo de primera o única instancia) o como conclusión del agotamiento de la vía gubernativa (notificación del fallo de segunda instancia).

OBJETIVOS

Analizar la prescripción como forma de extinción de la acción disciplinaria desde una perspectiva histórica normativa, determinando los elementos que generan la diferenciación en cuanto a los distintos momentos evolutivos.

Objetivos específicos.

Determinar cuál es el momento procesal en donde la prescripción de la acción disciplinaria se interrumpe, indicándose si éste es la notificación del fallo de primera o única instancia, o si es el momento de notificación del fallo de segunda instancia y determinar cuál es el tratamiento.

Analizar los diferentes enfoques jurisprudenciales existentes, sobre el fenómeno de la interrupción de la acción disciplinaria.

Establecer las diferencias entre prescripción y caducidad en materia disciplinaria y el tratamiento que a cada una se le debe otorgar.

Determinar los eventos en los cuales se puede configurar la interrupción de la acción disciplinaria y cuál de ellos es el vigente.

Establecer cuál es el tratamiento que en relación con la prescripción en la acción disciplinaria corresponde otorgársele a las faltas instantáneas y a las permanentes o continuadas que se estuviesen investigando al momento de la entrada en vigencia de la Ley 1474 de 2011.

RESUMEN

El presente trabajo de investigación está dirigido a mostrar de manera práctica lo que constituye la figura jurídica de la prescripción de la acción disciplinaria y su interrupción dentro de la actuación procesal, identificando su conceptualización, interpretación y aplicación fijada en la Jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional y Consejo de Estado, así como la doctrina actualizada de nuestro país.

El estudio que aquí se desarrolla, permitirá a quien avoca su lectura, adoptar una posición dogmática y práctica, ya sea como sujeto disciplinable o como operador del mismo, máxime que para los primeros es un derecho mientras, para los segundos es una obligación en su acatamiento y aplicación, pues la prescripción de la acción disciplinaria no está sujeta a la petición de parte, sino que la misma es oficiosa.

CAPÍTULO 1

LA PRESCRIPCIÓN Y LA CADUCIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

Sea del caso señalar en primer lugar, que no es la intención generar expectativas en el lector al inicio de este documento, en que el objeto del mismo sea presentar un análisis, ni un estudio respecto a las instituciones de la prescripción, ni de la caducidad. Sin embargo, consideramos la necesidad de realizar a través de éste capítulo un bosquejo respecto a dichas figuras, en aras de ilustrar sobre su origen, definición, características y aplicación en algunas áreas del derecho colombiano, bajo el entendido de que la prescripción no es una institución exclusiva del derecho disciplinario, y además, que pese a parecer similares, no puede esta confundirse con la caducidad.

1.1 Origen, definición y características

El término prescripción proviene del latín praescrito que al derivarse del verbo praescribere, se compone de dos raíces, “prae” y “scribere”, que significa escribir antes o al principio. Dicha figura se origina en el Derecho Romano durante el período denominado “formulario”. Sobre el origen de esta institución, autores como Ortolán afirman lo siguiente:

“A medida que Roma fue evolucionando jurídicamente, el término “prescriptio” se fue aplicando también a la extinción de la acción reivindicatoria, que era afectada hondamente por una posesión de larga duración. Transcurridos algunos años apareció en la legislación romana una figura denominada “prescriptio longi temporales,” introducida por los Pretores en ellos se concedía a los poseedores con justo título y buena fé, una excepción oponible a la acción reivindicatoria, siempre y cuando quien la hiciera valer tuviese una posesión durante un término de diez años entre los presentes y veinte entre los ausentes, como se

siguió la costumbre de estatuir esta excepción antes o al principio de la “fórmula”, también se le denomina con el término “praescriptio” a semejanza de la excepción extintiva de la acción “temporales”, después y como consecuencia de la “Constitución Teodosiana”, desapareció la perpetuidad de las acciones derivadas del “Ius Civile”, al establecer dicha constitución que el plazo de la duración de la posesión sería de treinta años, sin hacer mención alguna de la buena fé o de justo título, con motivo de lo anterior, nació otra institución que fue la “praescriptio longissimi temporis.”¹

Nicolás Coviello ha definido la prescripción como “un medio por el cual a causa de la inactividad del titular del derecho prolongado por cierto tiempo, se extingue el derecho mismo.”²

Por otro lado, Gutiérrez y González, señalan que la prescripción es *“la facultad o el derecho que la ley establece a favor del deudor para excepcionarse válidamente y sin responsabilidad, de cumplir con su prestación, o para exigir a la autoridad competente la declaración de que ya no se le puede cobrar en forma coactiva la prestación, cuando ha transcurrido el plazo que otorga la ley para hacerlo efectivo su derecho.”*³

Así las cosas, se entiende la prescripción como una institución jurídica en virtud de la cual, se adquieren o se extinguen derechos. En términos generales, es concebida como una figura jurídica mediante la cual el transcurso del tiempo produce la consolidación de situaciones de hecho, permitiendo la extinción o adquisición de derechos.

Teniendo en cuenta que de manera inicial la prescripción es una figura de antecedentes civiles, su regulación deriva del derecho Francés, que al traducirse

¹Ortolán, Manuel. Explicación histórica de las instituciones del emperador Justiniano. Ed. Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, Argentina, 1960, pág. 120.

²Coviello, Nicolás. Doctrina General del Derecho Civil. Traducción de Felipe de Jesús Tena. Cuarta Edición. Ed. Hispano – Americana; México, 1949, pág. 491.

³Gutiérrez y González, Ernesto. Derecho de las obligaciones. Quinta Ed. Editorial Cajicá, México, 1978, pág. 798

al Código Civil Colombiano, es entendida como un mecanismo que genera efectos jurídicos derivados del transcurrir del tiempo. Por dicha razón corresponde hablar de dos clases de prescripción: La extintiva y la adquisitiva.

En el Código Civil Colombiano se regulan estas dos formas de prescripción como si se tratara de dos fenómenos jurídicos diferentes. La Prescripción Extintiva se encuentra prevista en los artículos 2535 a 2545 del Código Civil bajo la denominación “*de la Prescripción como medio de extinguir las acciones judiciales.*” Sobre ésta forma se ha surtido un debate interpretativo, pues autores como el citado Coviello, afirma que la prescripción extingue el derecho mismo y no tan solo la acción. Esto adquiere sustento claramente, en que no tiene sentido que persista la existencia de un derecho respecto del cual se ha perdido la oportunidad de hacerse exigible frente al aparato judicial.

Otros autores como los hermanos Mazcaud en su obra Lecciones de Derecho Civil, parte II, volumen 3, pág.431-432, sostienen que lo que prescribe es la acción más no la obligación. Bajo éste postulado, la prescripción le prohíbe al acreedor ejercer su derecho de mandar, pero continúa obligado al deudor, es decir que jurídicamente la obligación civil se extingue, más la obligación natural subsiste; ejemplo de esto se configura con una letra de cambio, pues a pesar de que prescriba el término para hacerla exigible frente a un Juez, moralmente el deudor sigue obligado frente al acreedor.”⁴

Sobre la Prescripción Extintiva, vale la pena anotar que de acuerdo a la Ley 791 del 2002 los términos de prescripción se redujeron a la mitad, al reformar el artículo 2536 del Código Civil, en 5 años para la acción ejecutiva y 10 años para la ordinaria.

⁴. González, Tafur Álvaro. Código Civil Anotado. Trigésima Primera Edición, Editorial Leyer, 2012, pág. 315.

En Derecho Civil, Comercial y Administrativo, la prescripción es el medio de adquirir un derecho o de liberarse de una obligación por el transcurso del tiempo que la ley determina y que varía según se trate de bienes muebles o inmuebles y según también que se posean o no de buena fe y con justo título.

A su vez, la prescripción se clasifica en Extintiva y Adquisitiva. A través de la extintiva cesa la oportunidad de hacer uso de las acciones legales por la inactividad del acreedor y por el transcurso del tiempo. Contrario a esto a través de la Adquisitiva, no se extingue el derecho ni una oportunidad, sino que se adquieren bienes por la posesión continuada en el tiempo y el cumplimiento de otra serie de requisitos establecidos en la Ley. Ésta última es también conocida como la Usucapión.

1.2 Breve recorrido de la prescripción en algunas áreas del derecho colombiano

Conforme a lo expuesto en el numeral anterior, podría pensarse que la prescripción es una figura de exclusiva aplicación y regulación Civil; sin embargo, podemos encontrar que dicha institución, ha sido regulada de igual manera por las diversas ramas del derecho en cuanto a su concepto y finalidad, pues no se puede dejar perpetua la posibilidad de que el interesado acuda a la administración de justicia a hacer exigibles sus derechos o reclamar sus acreencias, en tanto no se puede desgastar el aparato judicial en favor de los intereses particulares si el interesado no dispone de su intención para acceder al mismo.

Esto significa, que el aparato judicial pese a ser permanente, en tanto se deriva de la función pública por parte del Estado de garantizar el acceso a la justicia, tiene que ser accionado por los particulares, pues si ellos al ser los directamente interesados para hacer valer sus derechos no acuden de manera adecuada y dentro de los términos legales a las instancias judiciales, el Estado por sí solo no

está llamado a ir en búsqueda de quien se sienta afectado en sus intereses. Para tal fin, la ley en sus diversas ramas, ha establecido términos prudenciales para que se dé inicio a las acciones, so pena de que al dejarlo vencer, se extinga la posibilidad de demandar.

Sin embargo, y de manera previa a explicar cómo opera esta Institución en las diversas ramas del derecho, es necesario aclarar que en cuanto a la Prescripción Adquisitiva, no es concebida como tal como la imposibilidad de ejercer la acción, sino de adquirir un derecho por el transcurrir del tiempo, previo al cumplimiento de unos requisitos legales, lo que de antemano conlleva a que paralelamente se produzca la Prescripción Extintiva en cuanto al titular de un derecho que no ejecute durante un tiempo ciertas obligaciones y por ende por inactividad se lo termine trasladando a quien haga uso de la Prescripción Adquisitiva.

Ejemplo de esto, se da en el Proceso Declarativo de la Acción de Pertenencia, ya que mientras al propietario se le extingue el derecho por la inactividad de éste por un tiempo específico, el poseedor que demuestre que durante un lapso de 5 años con justo título y buena fe o 10 años sin justo título, ejerció actuaciones con ánimo de señor y dueño, pueda predicarse ante el juez como propietario del bien inmueble.

En materia civil, el Código Civil adoptado por la ley 57 de 1887, regula la prescripción de manera amplia, definiendo dicha institución en su artículo 2512 como *“(…) un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones o derechos ajenos, por haberse poseído las cosas y no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto tiempo y concurriendo los demás requisitos legales.”*⁵

De igual manera, el artículo 2518 ha desarrollado la Prescripción Adquisitiva, mediante la cual se menciona que a través de ésta, se gana el dominio de los

⁵Ley 57 de 1887, artículo 2512, Congreso de la República, Colombia

bienes corporales, raíces o muebles, que están en el comercio humano y que se han poseído en condiciones legales, es decir, las establecidas en la ley.

El artículo 2527 del Código Civil establece que la Prescripción Adquisitiva se clasifica en Ordinaria y Extraordinaria. Para la Prescripción Ordinaria (art. 2528 C.C.), se requiere de la posesión regular no interrumpida, que conforme al artículo 4° de la ley 791 de 2002, para bienes muebles es de 3 años y para los inmuebles es de 5 años.

Ahora bien, para la Prescripción Extraordinaria, por el contrario, el artículo 6° de la norma en mención establece que el tiempo para adquirir por prescripción es de 10 años.

Teniendo en cuenta que sobre ésta clase de Prescripción ya se efectuaron algunas precisiones al inicio de este capítulo, traeremos a colación algunas reflexiones que realiza la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, en su obra “Curso de capacitación para Jueces de la República”, refiriéndose a la Prescripción ordinaria, como la misma “usucapión” en la que se requiere que la posesión sea regular, es decir que proceda por justo título y que medie desde su inicio, la buena fé.”⁶

Para la Prescripción Ordinaria, por concurrir los dos elementos previamente citados (justo título y buena fé), los términos establecidos para que se configure la prescripción, se reduce a la mitad, pues al hablar de justo título se entiende que preexiste un documento que valide al menos una intención de transferencia de dominio, como por ejemplo una promesa de compraventa, respecto de la cual no se perfeccionó la correspondiente compraventa. La buena fé se concreta, en que

⁶Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Derecho Civil, Curso de capacitación para Jueces de la República, año 1989, pág. 121.

los actos de posesión no sean ilícitos, es decir que no provengan de la comisión de tipos penales.

Difiere lo anterior de la Prescripción Extraordinaria, que sin dejar de entenderse también como usucapión, solo requiere para su configuración, la posesión no interrumpida por un término de tiempo que duplique la Prescripción Ordinaria. Como bien se observa, ésta solo necesita que la posesión sea continua, sin que se requiera que esté acompañada de ninguna explotación económica, ni de justo título, ni de buena fé; razones por las cuales el legislador ha ampliado el término de la Prescripción Ordinaria.

Así las cosas, la Usucapión se fundamenta en la necesidad de proteger el cuidado, trabajo, administración y explotación de un bien, lo que representa que quien ejerza estos actos sin necesidad de ser propietario, se le reconozca como tal. Éste fundamento adquiere mayor sustento, en el principio constitucional de que la propiedad privada debe cumplir con una función social; es decir, que no solo debe prestar beneficio a su propietario, sino que su funcionalidad se debe reflejar en satisfacer intereses generales.

En este orden de ideas la Usucapión, adquiere un doble sentido ya que mientras por un lado protege al poseedor que ha sido reconocido públicamente como señor y dueño del bien, por el otro castiga al propietario negligente quitándole la propiedad.

Ahora bien, llama también especial interés la prescripción de la acción ejecutiva y de la acción ordinaria, que de acuerdo con el artículo 2536 del Código Civil la primera opera a los cinco (5) años, término durante el cual **si** no se hace exigible se convierte a acción ordinaria cuyo término de prescripción es de diez (10) años. Esto significa que por ejemplo, ante un acta de conciliación, que es bien sabido se constituye o presta mérito ejecutivo, de manera inicial se entiende que constituye

un derecho del que se tiene certeza solamente con la suscripción de ésta, pero si la misma no se hace exigible dentro de los cinco (5) años para la acción ejecutiva, le queda al acreedor un término adicional de cinco (5) años para probar el derecho a través de un proceso ordinario.

En materia penal, coexisten tanto la prescripción de la acción como de la sanción penal. En cuanto a la acción, el Código Penal Colombiano en su artículo 83, adicionado por la ley 1154 de 2007 y modificado por el artículo 1° de la ley 1309 de 2009, ha señalado que la acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, si fuere privativa de la libertad, sin que en ningún caso sea inferior a 5 años, ni que exceda de 20 años. Para ciertas conductas como el genocidio, desaparición forzada, tortura, homicidio de miembro de una organización sindical legalmente reconocida, homicidio de defensor de Derechos Humanos, homicidio de periodista y desplazamiento forzado, menciona un término de prescripción de 30 años, y precisa que para aquellas conductas que no tengan ***pena privativa de la libertad, la acción penal prescribirá en 5 años.***⁷ *(Cursiva y negrilla fuera del texto)*

Por otro lado, el artículo 88 del Código Penal se ha encargado de regular las diversas situaciones por las que se extingue la acción penal, dentro de las que se encuentra la muerte del condenado, el indulto, la amnistía impropia, **la prescripción**, la rehabilitación para las sanciones privativas de derechos cuando operen como accesorias y la exención de punibilidad en los casos previstos en la ley.

En este orden, el Código Penal en su artículo 88 establece que la pena privativa de la libertad prescribe en el mismo término fijado en la sentencia, sin que pueda

⁷ Ley 599 de 2000, artículo 83, Colombia, Congreso de la República, Diario Oficial No. 44097 del 24 de julio de 2000

ser inferior a 5 años, mismo lapso en el que prescriben las penas no privativas de la libertad.”⁸

Visto lo anterior, es necesario diferenciar la naturaleza de la prescripción de la acción disciplinaria respecto a la de la sanción penal, pues la primera se concreta en la pérdida de la posibilidad del Estado a través del organismo competente de dar inicio a la investigación y consecuentemente, de proferir la sentencia del caso, mientras que la prescripción de la sanción, se configura en razón a que el Estado, pese a haber impuesto una pena, no la hace efectiva, específicamente en lo que corresponde a penas privativas de la libertad, ya que una vez se verifique el término establecido en la Ley, aún si el Estado logra ubicar al penado, ya no lo puede aprehender.

En cuanto a la prescripción de la acción penal, entendemos que se disminuyen los perjuicios generados a la sociedad y a las víctimas por la ejecución del hecho punible, y hace que los fines de la misma sean inalcanzables. Así mismo, el término de la prescripción acaece por el transcurrir de un término equivalente al máximo de la pena, que como se dijo antes, no puede ser inferior a 5 años, ni superior a 20.

Para una mayor ilustración, se debe mencionar que el término de la prescripción inicia desde el momento en que se consuma el hecho, en los delitos de ejecución instantánea y desde la realización del último acto en los delitos permanentes y en la tentativa. También encontramos que en todas las formas punibles omisivas el término prescriptivo de la acción comienza a contar desde el instante en que cese la actuación legal del deber. De igual forma el término de prescripción para los casos de concurso, conexidad o acumulación de varios delitos en un solo proceso, corre independientemente para cada uno de ellos.

8 Ibídem artículo 88

Sobre el particular el profesor Pedro Alfonso Pabón Parra, en su obra “Manual de Derecho Penal Tomo I”, señala:

“(...). El nuevo contenido normativo, cuando se ha interrumpido la prescripción, está procurando adecuar este fenómeno extintivo a la sistemática y terminología del nuevo Código de Procedimiento Penal.

Se comprende entonces que el ejercicio de la acción penal por parte del Estado, en verdad comienza cuando se ha formulado la imputación, de tal manera que el inicio de aquélla debe indicar que se ha interrumpido la prescripción, puesto que el sistema acusatorio adoptado establece un breve término para formular acusación o, que se ha impuesto, en su defecto, la solicitud de preclusión (...)”⁹

En éste aparte podemos ahondar en la interrupción de la prescripción penal, la cual se interrumpe al formularse la imputación, pues con dicho acto procesal comienza a correr un nuevo término equivalente a la mitad del inicial, que ***no puede ser inferior a cinco (5) años, ni superior a diez (10).***

Encontramos de igual manera, que el procesado también puede renunciar a la prescripción, no obstante ésta renuncia no tendrá efectos, si transcurridos dos (2) años desde el cumplimiento del término extintivo no se ha proferido sentencia ejecutoriada, absolutoria o condenatoria; momento en el cual debe considerarse que se ha extinguido la acción mas no la pena, en razón a que aún no se ha proferido fallo condenatorio.

En cuestiones laborales privadas, el Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 388 ha fijado un término de prescripción para las acciones relacionadas con derechos laborales regulados en este mismo Estatuto, es de 3 años, contados desde el momento en que la respectiva obligación se haya hecho exigible. En lo que corresponde al sector público, la prescripción en materia laboral se encuentra

⁹ Pabón, Parra Pedro Alfonso, Manual de Derecho Penal, Tomo I, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley LTDA, 2013, pág. 689.

contenida en los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969 cuyo contenido es similar al de los artículos 488 y 489 del Código Sustantivo del Trabajo,

Por derechos laborales, de acuerdo a lo preceptuado por el Código Sustantivo del Trabajo, deben entenderse aquellos adquiridos con ocasión de una relación laboral, conforme a los requisitos de existencia y validez contenidos en el Código Sustantivo del Trabajo Tales como: subordinación, remuneración y jornada laboral.

Bajo los postulados laborales, la prescripción implica la pérdida para el trabajador de la posibilidad de ejercer sus derechos ante el **juez laboral**, y la cesación de las obligaciones por parte del empleador, ya que si el empleado deja vencer su oportunidad para reclamar, correlativamente al empleador no le cobija acción alguna que lo condene a responder.

Cuando hablamos de relación laboral, nos corresponde señalar que de ella se deriva el sueldo o salario, las vacaciones, las primas de servicios, las cesantías y las pensiones. Así las cosas y toda vez, que cada uno de estos componentes o factores que constituyen la relación laboral tienen unos momentos diferentes de exigibilidad, de igual manera, los tres años de prescripción se computan de manera diferente.

En materia laboral, la prescripción se interrumpe, de acuerdo con el artículo 89 del Código Sustantivo del Trabajo con el reclamo por escrito que el trabajador haga al empleador del derecho plenamente determinado.

Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia se ha referido en los siguientes términos:

“(…) Si según el artículo 488 del C.S. del T., el simple reclamo escrito del trabajador a su empleador sobre un derecho debidamente determinado, recibido por su destinatario, tiene la fuerza para interrumpir la prescripción por una sola vez, no se ve por qué la reclamación de una persona ante un centro de conciliación –autorizado para ello por la ley– sobre un derecho concreto y determinado cuya vulneración alega y de la cual es enterado su empleador, no tenga igualmente esa fuerza. El acta referida es un documento escrito, contiene un reclamo sobre un derecho concreto, el reclamo lo recibe la persona a la cual debe elevarse y finalmente no hay acuerdo contractual sobre el mismo, suscribiendo las partes el acta en señal de lo ventilado. Más claro, imposible”¹⁰.
(Subrayado fuera de texto)

Algunos doctrinantes se han encargado de analizar asuntos como la interrupción de la prescripción en materia laboral, en especial porque en esta área del derecho la prescripción se interrumpe con la simple reclamación escrita por parte del trabajador, ***situación que muy seguramente en la mayoría de los casos es desconocida***. Veamos entonces, la opinión de algunos de ellos.

“Del mismo modo no lo permite entender el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la seguridad social, por si fuera poco a pesar de las fuertes críticas que atienden el cómputo de la prescripción de acciones laborales a ello se le suma fuertes críticas también, que atienden el anterior artículo como objeto de debate, una de ellas atiende que el referido reclamo denominado “simple” en el anterior artículo, demuestra todo lo contrario en la práctica real, pues los jueces y magistrados, han configurado una interpretación un poco opuesta al anterior enunciado, exigiendo en tal escrito, la liquidación detallada, individualizada, clara y precisa de cada uno de los derechos o acreencias que se pretendan hacer valer, de manera que si una de estas es omitida, esa en particular no surtirá interrupción alguna, de manera que aquellas reclamaciones genéricas o abstractas no surte efecto alguno frente a la interrupción.

Esta disposición se considera atenta en cierta medida con los principios de primacía de la realidad pues son más bien pocos aquellos trabajadores que a cabalidad conocen de estas medidas y tasas de liquidaciones, por ende estas disposiciones, obstaculizan el debido y

¹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia del 24 de febrero de 2005, expediente 20.825, Magistrado Ponente, doctor Luis Javier Osorio López.

legítimo derecho a la reclamación de acreencias laborales por parte del trabajador, también se siente afectado el principio de “indubio pro operario” que señala la favorabilidad para el trabajador¹¹ en la aplicación e interpretación de normas (...).¹²

De otro lado se tiene que, en materia de responsabilidad fiscal, ésta se deriva de la Ley 42 de 1993, cuyo fin ha sido controlar a los servidores públicos y particulares que adelanten gestión fiscal, en aras de reducir el detrimento del patrimonio estatal. Toda vez que en esta norma no se estableció un término de prescripción ni de caducidad para el ejercicio de la acción fiscal, a través del artículo 9 de la Ley 610 del 15 de agosto del 2000, se reguló este aspecto estableciendo un término de 5 años, contados a partir del auto de apertura del proceso de Responsabilidad Fiscal. ”¹³

Respecto a esta forma de prescripción corresponde señalar que ésta solo opera desde el auto de apertura del proceso de Responsabilidad Fiscal y hasta el fallo. Bajo este esquema, su configuración es muy similar a la de la prescripción de la acción disciplinaria conforme al artículo 132 de la Ley 1474 del 2011, que adoptó dicha figura con un término que se computa desde la apertura de la investigación disciplinaria hasta el fallo definitivo.

De otra parte la mencionada norma consagra la figura de la caducidad en igual sentido que en materia de responsabilidad fiscal, en donde el término de caducidad se contabiliza desde la ocurrencia de la conducta y hasta la apertura de investigación disciplinaria; en ambos casos con un término de cinco (5) años.

¹¹ Gómez, Perdomo, Ignacio. Suspensión e interrupción de la prescripción laboral, Tomo 8, Universidad la Gran Colombia, Bogotá, 2004, pág. 151-152

¹² Gaviria Tobon, Estebany Chirán, Ortiz, José Mauricio. Análisis crítico al cómputo e interrupción de la prescripción de acciones laborales, conforme a proveídos constitucionales, diferentes legislaciones y derechos humanos laborales. Universidad de San Buenaventura, Seccional Cali, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Santiago de Cali, 2013, pág. 31 -32

¹³ Ley 610 del 15 de agosto de 2000, artículo 9°, Colombia, Congreso de la República, Diario Oficial No. 44133 del 18 de agosto de 2000

Vale aclarar, que mientras el fallo disciplinario tiene un alcance sancionatorio, el fallo fiscal por su lado tiene una finalidad resarcitoria, pues su finalidad es que los recursos que hayan salido del erario público sin debida justificación sean devueltos.

Por último, respecto a la **legislación Contenciosa Administrativa, no opera la figura de la Prescripción**, sino que para el ejercicio de los medios de control, se limita la posibilidad de acudir ante el Juez Administrativo, en tanto concurra la caducidad.

Así las cosas, la caducidad es entendida como una condición o recaudo procesal para promover las pretensiones Contenciosa Administrativa que fija la Ley. Por ejemplo para el medio de control de nulidad la norma no establece término de caducidad mientras que para el de nulidad y restablecimiento del derecho fija un término de 4 meses, y para la reparación directa, de 2 años contados desde la ocurrencia del hecho o la generación del daño.

Bajo éste entendido, ésta es una institución característica y aplicable en asuntos contenciosos administrativos, materia en la que los plazos de caducidad buscan garantizar la seguridad jurídica de las situaciones que se originan entre administrados y administración, ya que si bien los administrados pueden reclamar o defender sus derechos, deben hacerlo dentro de la oportunidad establecida en la ley. Así las cosas, si la demanda no se presenta en tiempo oportuno ya no se puede acudir ante la jurisdicción del Estado, por haberse configurado precisamente, la caducidad.

La sentencia C-832 del 2001, desarrolla este fenómeno procesal en los siguientes términos:

“La caducidad es una institución jurídico procesal a través de la cual, el legislador, en uso de su potestad de configuración normativa, limita en el tiempo el derecho que tiene toda persona de acceder a la jurisdicción con el fin de obtener pronta y cumplida justicia. Su fundamento se halla en la necesidad por parte del conglomerado social de obtener seguridad jurídica, para evitar la paralización del tráfico jurídico. En esta medida, la caducidad no concede derechos subjetivos, sino que por el contrario apunta a la protección de un interés general. La caducidad impide el ejercicio de la acción, por lo cual, cuando se ha configurado no puede iniciarse válidamente el proceso. Esta es una figura de orden público lo que explica su carácter irrenunciable, y la posibilidad de ser declarada de oficio por parte del juez, cuando se verifique su ocurrencia.”¹⁴

1.3 Diferencia entre Prescripción y Caducidad.

Ya habiendo definido en líneas precedentes la institución jurídica de la prescripción, en este aparte nos detendremos a identificar sus diferencias con la caducidad, en aras de mitigar las confusiones en cuanto a su concepto, aplicación y tratamiento. Sobre la caducidad el tratadista Hernán Fabio López Blanco en su obra “Procedimiento Civil General, Tomo I”, se ha referido a la caducidad en los siguientes términos:

“La Regulación de los efectos del tiempo en las relaciones jurídicas ha perfilado en los últimos decenios el concepto de caducidad, íntimamente relacionado con el de la Prescripción Instintiva, que debido a la confusión originada en sus lineamientos jurídicos ha sido objeto de los más disímiles tratamientos”¹⁵.

Ante todo, cabe anotar que el término caducidad es objeto de diversas interpretaciones y que son varios los significados que se le dan. De ahí que sea pertinente precisar su alcance. Desde una primera óptica, se entiende por caducidad, el fenómeno procesal que implica una sanción para el demandante descuidado y que tiene como consecuencia la terminación de la instancia. Así se

¹⁴ Corte Constitucional, Sentencia. C-832 del 2001, Magistrado Ponente, doctor Rodrigo Escobar Gil.

¹⁵ López, Blanco, Hernán Fabio. Procedimiento Civil. Tomo I General. Undécima Edición 2012, Pág. 525

produce el fenómeno que el actual Código de Procedimiento Civil llamaba perención y que en la anterior legislación (Ley 105 de 1931) recibía el nombre de Caducidad. Aún hoy muchos usan el término con esta significado.

El Consejo de Estado se ha encargado de diferenciar la prescripción y la caducidad, en cuanto a que con la primera se extingue el derecho, mientras que con la segunda se extingue la acción. Esto significa que mientras con la prescripción se pierde la posibilidad de disponer o hacer efectivo el derecho, con la caducidad se limita el ejercicio de la acción, es decir, la posibilidad de acudir ante el juez para reclamar el derecho.

Frente a esto, la Corporación se ha manifestado dentro de los siguientes términos:

“(...) Se debe tener en cuenta que la institución de la prescripción es diferente de la de caducidad. La caducidad se refiere a la extinción de la acción, mientras que la prescripción a la del derecho; la primera debe ser alegada, mientras que la caducidad opera ipso iure; la prescripción es renunciable, mientras que la caducidad no lo es, en ningún caso, y mientras que los términos de prescripción pueden ser suspendidos o interrumpidos, los de caducidad no son susceptibles de suspensión, salvo expresa norma legal, como es el caso de la conciliación prejudicial establecida en la Ley 640 de 2001.(...)”¹⁶

Ya habiendo definido las dos instituciones jurídicas en comento, y pudiéndose pensar de manera inicial que son sinónimas, hemos de detenernos en precisar sus diferencias, pues, pese a parecer similares, explicaremos que no lo son incluso porque la prescripción está instituida en algunas ramas del derecho, sin que en ellas se encuentre regulada la caducidad. En otras por el contrario, se regula la caducidad, más no la prescripción, y en otras como el derecho disciplinario y el fiscal, se encuentran reguladas las dos.

¹⁶ Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 27 de mayo de 2004, Magistrado Ponente, doctor Willman Quintero González, Ref.: 19001 23 31 000 2002 0513 01(24371)

Retomemos a López Blanco,¹⁷ quien realiza un claro análisis de las situaciones que diferencian y que se asemejan respecto a las instituciones ya mencionadas.

Indica que la caducidad y la prescripción son figuras íntimamente relacionadas pero distintas, al menos en el tratamiento legal colombiano. Veamos sus características, para establecer las diferencias básicas entre las dos figuras:

1. *“En primer término, la Caducidad produce la extinción de la acción afirmada en cada caso concreto, (nota común a las dos instituciones) y del derecho a impedir que se logre su declaratoria oficiosa por no presentación oportuna de la petición necesaria para su reconocimiento.*
2. *La Caducidad no es susceptible de renuncia, pues transcurrido el tiempo automáticamente genera todos sus efectos. De ahí que aún el posible favorecido con la eficacia de la Caducidad quisiera no tenerla en cuenta, el Juez de todas maneras la declara oficiosamente, la prescripción extintiva, por el contrario, puede ser renunciada, pero solo una vez que se haya producido, pues como se vio, se renuncia es al derecho que adquiere el prescribiente.*
3. *La Caducidad, cuando se trata de computar el término respectivo, no se fija en la noción de exigibilidad de la obligación, como si ocurre respecto a la prescripción, sino en la ocurrencia del hecho previsto en la Ley o contrato, para que empiece el inexorable curso del plazo. Como bien lo dice la Corte, “La consagra la Ley en forma objetiva para la realización de un acto jurídico o un hecho, de suerte que el plazo prefijado solo indica el límite del tiempo dentro del cual puede válidamente expresarse la voluntad inclinada a producir el efecto de derecho previsto.”¹⁸*

De acuerdo a lo anterior, tenemos que la caducidad no admite la suspensión del término que corre en forma perentoria, posibilidad que también se presenta respecto de la prescripción. Se diferencian en que la prescripción es susceptible

¹⁷ López, Blanco, Hernán Fabio, Op. cit, pág. 530

¹⁸ López, Blanco, Hernán Fabio. Op. Cit, pág. 530

de interrupción natural y civil, en tanto que la caducidad solamente puede interrumpirse civilmente mediante la presentación de una demanda.

A manera de conclusión, podemos afirmar que la prescripción no requiere de las mismas exigencias de la de la caducidad; pues en primer lugar, en todas las áreas del derecho no opera paralelamente la caducidad y la prescripción, por ejemplo, en materia civil, hay prescripción más no caducidad, como también sucede en derecho penal y laboral. Esto obedece a que la prescripción es una forma de extinguir o adquirir derechos, mientras que la caducidad implica la imposibilidad de accionar el aparato judicial o administrativo, como ya se ha explicado respecto al

C.P.A.C.A, que al referirse a los medios de control obvia la prescripción, pero sin embargo regula para algunos medios de control términos máximos para demandar que corresponden a la caducidad.

En términos generales, los términos de prescripción y caducidad a los que nos hemos referido en este capítulo se sintetizan en el siguiente gráfico:

GRÁFICO 1.

Términos de Prescripción y Caducidad en algunas áreas del derecho colombiano

Términos de prescripción y caducidad en algunas áreas del derecho colombiano: Área del derecho	Normas reguladoras	Término de prescripción			Término de caducidad	Características
Derecho Civil	Artículos 2512-2539 C.C., modificada por la Ley 791 de 2002	P. Ordinaria	B. muebles	3 años	N.A.	-La prescripción debe ser alegada por la parte interesada. - la prescripción se divide en ordinaria y extraordinaria. - Prescribe tanto la acción ejecutiva como la ordinaria.
			B. Inmuebles	5 años		
		P. Extraordinaria	10 años			
		P. Acción Ejecutiva	5 años			
		P. Acción Ordinaria	10 años			
Derecho Penal	Artículos, 83, 88, 89 y 98 del Código Penal	P. de la Acción	Término igual al máximo de la pena fijada en la ley		N.A	
		P. de la sanción penal (P. extintiva)	Pena privativa de la libertad	Término fijado para ella		
			No privativa de la libertad	5 años		
Derecho Laboral	Código Sustantivo del Trabajo, artículo 488	3 años				-Opera la prescripción en acciones laborales desde que la obligación se haya hecho exigible
Derecho Fiscal	Ley 610 de 2000, artículo 9°	5 años			5 años	-Se cuenta el término de caducidad desde la ocurrencia del hecho generador del daño hasta el auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal, y la prescripción desde este auto hasta providencia en firme
Derecho Disciplinario	Ley 734 de 2002, artículo 30, modificado por el artículo 132 de la ley 1474 de 2011	5 años			5 años	-Se cuenta el término de caducidad desde la ocurrencia del hecho generador de la falta hasta el auto de apertura de investigación y la prescripción desde este auto hasta el fallo de primera instancia
Derecho Contencioso Administrativo	Ley 1437 de 2011	N.A.	MEDIO DE CONTROL		TÉRMINO DE CADUCIDAD	-Se indican los términos de caducidad que consideramos más comunes para una mayor ilustración
			Nulidad por inconstitucionalidad		No hay	
			Simple nulidad		No hay	
			Nulidad y restablecimiento del derecho		4 meses	
			Nulidad electoral		30 días	
			Reparación Directa		2 años	
			Contractual		2 años	

Fuente: Elaboración propia

CAPÍTULO 2.

LA ACCIÓN DISCIPLINARIA Y SU RELACIÓN CON EL CUMPLIMIENTO DE LOS FINES DEL ESTADO

2.1. PRINCIPIOS RECTORES DE LA LEY DISCIPLINARIA

Los principios rectores de la ley disciplinaria se encuentran contenidos en los artículos 1° al 21 de la Ley 734 de 2002. Estos son:

- *Titularidad de la potestad disciplinaria (art. 1°)*
- *Titularidad de la acción disciplinaria (art. 2°)*
- *Poder disciplinario preferente(art. 3°)*
- *Legalidad(art. 4°)*
- *Ilícitud sustancial(art. 5°)*
- *Debido Proceso(art. 6°)*
- *Efecto general inmediato de las normas procesales(art. 7°)*
- *Reconocimiento de la dignidad humana(art. 8°)*
- *Presunción de inocencia(art. 9°)*
- *Gratuidad de la actuación disciplinaria(art. 10°)*
- *Ejecutoriedad (art. 11°)*
- *Celeridad de la actuación disciplinaria(art. 12°)*
- *Culpabilidad (art. 13°)*
- *Favorabilidad(art. 14°)*
- *Igualdad ante la Ley disciplinaria (art. 15°)*
- *Función de la sanción disciplinaria (art. 16°)*
- *Derecho a la defensa (art. 17°)*
- *Proporcionalidad(art. 18°)*

- *Motivación (art. 19°)*
- *Interpretación de la Ley disciplinaria (art. 20°)*
- *Aplicación de principios e integración normativa(art. 21°)*

A continuación, explicaremos algunos de los Principios Rectores, los cuales representan mayor importancia para el tema objeto de estudio.

2.1.1 Titularidad de la potestad disciplinaria. Éste se encuentra consagrado en el artículo 1° de la Ley 734 del 2002 que establece:

“El Estado es el Titular de la Potestad Disciplinaria.”

De esta norma se deduce que la Procuraduría General de la Nación y las Oficinas de Control Disciplinario Interno de las Entidades del Estado son quienes representan al mismo, en el ejercicio de su potestad disciplinaria y son los llamados a conocer los asuntos disciplinarios de los servidores públicos de cada una de sus dependencias. Así las cosas, la potestad disciplinaria, se ejerce y se concreta, mediante el accionar del proceso disciplinario y recae sobre destinatarios de la misma, que en principio son todos los servidores públicos.

En ese orden de ideas debemos traer a colación algunos autores que se han referido al principio en cuestión:

García de Enterría y Fernández han señalado sobre el concepto de potestad, que:

“(...) ella no se genera en relación jurídica alguna, ni en pacto, negocios jurídicos o actos o hechos singulares, sino que procede directamente del ordenamiento”

(...)

“Las potestades son también imprescriptibles, aunque su ejercicio puede estar sometido a caducidad o decadencia. Las potestades son, en fin, inagotables idénticas a través de su ejercicio, que más que consumirlas la confirma. Son también insusceptibles de modificación por el titular, solo la Ley, en que tiene su origen, pueden alterarlas o extinguirlas.”¹⁹

Por su parte, Renato Alessi afirma que:

“El poder disciplinario es aquel que corresponde a la administración pública para castigar con determinadas sanciones el comportamiento de quienes estén obligados a la administración por relaciones en las que concurra una relación de supremacía especial que se ejerza sobre los mismos, cuando el referido comportamiento perjudique el debido cumplimiento de la relación administrativa principal.”²⁰

Rafael Bielsa por su parte manifiesta que:

“El poder disciplinario no es exclusivo del régimen de derecho público, ni es necesario que esté constituido en la Ley, ni siquiera autorizado por ella; aunque en principio debe estarlo.”

(...)

El principio que sirve de base al poder disciplinario no es puramente jurídico. Es un buen precepto de la ciencia de la administración, el de que está en todos sus actos, debe revelar un “substratum moral.”²¹

Bartolomé Fiorine afirma que:

“La potestad disciplinaria se distingue como la actividad de la custodia y buen orden de la función y organización de la Administración Pública sobre sus agentes, correspondiendo su reglamentación al derecho disciplinario.”²²

¹⁹ García de Enterría y Fernández, Curso de derecho Administrativo, Tomo II, Madrid, Civitas, 1986, pág. 160.

²⁰ Alessi, Renato. Instituciones de Derecho Administrativo, Barcelona, 1970, trad. Buenaventura Pellisé, T. I., pág. 231.

²¹ Bielsa, Rafael. Derecho Administrativo, T. III. Buenos Aires, 1964, pág. 357.

Julio E. Prat, indica que:

*“El poder disciplinario consiste en la facultad de la administración de aplicar sanciones mediante la observancia de un procedimiento especialmente establecido a éstos efectos, con el objeto de mantener el orden y el correcto funcionamiento del servicio de su cargo. Es un poder de principio, sin necesidad de texto expreso que lo atribuya.”*²³

Gustavo Humberto Rodríguez, manifiesta que la potestad disciplinaria es:

*“La capacidad que tiene la Administración o cualquier otra rama del Poder Público que actúe en función Administrativa de exigir obediencia y disciplina en el ejercicio de la función administradora, investigando las faltas administrativas e imponiendo las sanciones igualmente administrativas a los funcionarios infractores.”*²⁴

Por otro lado, Miguel González Rodríguez, afirma que:

*“La potestad disciplinaria es el poder o potestad que tiene la Administración para exigir a los funcionarios el cumplimiento estricto de sus deberes y eventualmente sancionar a quienes cometan faltas, en orden a asegurar el correcto funcionamiento de los servicios a su cargo.”*²⁵

Finalmente, Ernesto Saa Velasco manifiesta que:

*“El poder disciplinario es el imperio sancionador de la naturaleza política que tiene a su disposición el Estado contra los funcionarios y agentes que observen “mala conducta” o deficiencias en el desenvolvimiento de las funciones públicas.”*²⁶

Reflexionando sobre el pensamiento de los autores en cita, vemos que la potestad disciplinaria del Estado no solo se concreta en investigar y sancionar a servidores

²² Fiorini, Bartolomé. Manual de Derecho Administrativo, T. I., Buenos Aires pág. 600.

²³ Prat, Julio E. Derecho Administrativo, T. I., Montevideo, 1977, pág. 154.

²⁴ Rodríguez, Gustavo Humberto, Derecho Administrativo Disciplinario. Ediciones Librería de Profesional, Bogotá, 1989, pág. 12.

²⁵ González Rodríguez, Miguel, La Función Pública de Colombia. Ediciones Rosaristas, Bogotá, 1985, pág. 126.

²⁶ Saa Velasco, Ernesto. Teoría Constitucional Colombiana. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Santa Fe de Bogotá, 1995, pág. 387.

o exservidores públicos infractores, ni que dicha atribución sea exclusiva de las entidades públicas, pues es una facultad que se enmarca dentro de los diferentes contextos sociales, como necesidad de velar por el adecuado funcionamiento de cualquier institución.

Tomando como principal institución social a la familia, podemos asemejar la potestad disciplinaria del Estado, con la que ostenta el padre o madre (o quien ejerza la respectiva autoridad), respecto a sus hijos (as) y demás miembros de la familia que se encuentren bajo su tutoría. El padre o madre se encarga de establecer reglas morales y de comportamiento, que de ser violentadas por cualquier miembro, pone en riesgo la estabilidad del núcleo familiar.

Por ejemplo, si los padres destinan una suma específica para sufragar los costos de la educación universitaria de sus hijos, y uno de ellos reprueba materias o el semestre, está incumpliendo con sus obligaciones, y consecuentemente, limita a su familia en la posibilidad de hacer uso de dicho dinero, en otras necesidades que representen mejores condiciones de vida.

Frente a esta situación, corresponde a los padres entrar a evaluar la conducta reprochable de su hijo y proceder a impartir un castigo, tendiente a que dicha situación mejore o no se vuelva a presentar. Así las cosas, entrarán a evaluar la gravedad de la conducta y sobre ésta, impartirán la sanción, de manera tal que si la falta reincide, la valoración variará y la sanción también, pues pasará de ser un simple regaño (llamado de atención), y tal vez se le puede quitar por un tiempo las salidas de fin de semana, pero si la falta vuelve a suceder, se le impondrá un castigo más fuerte, y si con esto no entiende las consecuencias de sus actos, los padres deberán adoptar medidas radicales, como retirarlo de la universidad e imponerle la obligación de trabajar.

En la escuela, el maestro y los directivos actúan de manera similar. Por ejemplo, ante la falta de atención, o mala conducta de un estudiante, se efectuará de manera inicial un llamado de atención y una anotación en su observador. Si la falta persiste, se le puede sancionar por un tiempo, y si reincide, puede llegar hasta la expulsión del establecimiento educativo.

En la empresa privada, la potestad disciplinaria opera en igual sentido, salvo que los términos y el procedimiento para retirar a un empleado son extremadamente breves y se adelanta con la finalidad exclusiva de que se configura la causal para justificar la terminación del contrato, al punto que al considerarse que este procedimiento no ostentaba garantías reales de la preservación al debido proceso y al derecho a la defensa, la Corte Constitucional se vio en la necesidad de reglar sobre éste en los siguientes términos:

*“En aras de garantizar y hacer efectivo las garantías consagradas en la Constitución Política, la jurisprudencia ha sostenido que es “indispensable que los entes de carácter privado fijen unas formas o parámetros mínimos que delimiten el uso de este poder y que permitan al conglomerado conocer las condiciones en que puede o ha de desarrollarse su relación con éstos. Es aquí donde encuentra justificación la existencia y la exigencia que se hace de los llamados reglamentos, manuales de convivencia, estatutos, etc., en los cuales se fijan esos mínimos que garantizan los derechos al debido proceso y a la defensa de los individuos que hacen parte del ente correspondiente”. De igual forma, se ha especificado que en los reglamentos a los que se alude “es necesario que cada una de las etapas procesales estén previamente definidas, pues, de lo contrario, la imposición de sanciones queda sujeta a la voluntad y arbitrio de quiénes tienen la función de solucionar los conflictos de los implicados”. Además, ha agregado que tales procedimientos deben asegurar al menos: la comunicación formal de la apertura del proceso disciplinario a la persona a quien se le imputan las conductas posibles de sanción; la formulación de los cargos imputados, que puede ser verbal o escrita, siempre y cuando en ella consten de manera clara y precisa las conductas, las faltas disciplinarias a que esas conductas dan lugar y la calificación provisional de las conductas como faltas disciplinarias; **el traslado al imputado de todas y cada una de las pruebas que fundamentan los cargos formulados; la indicación de un término durante el cual el acusado pueda formular***

sus descargos, controvertir las pruebas en su contra y allegar las que considere necesarias para sustentar sus descargos; el pronunciamiento definitivo de las autoridades competentes mediante un acto motivado y congruente; la imposición de una sanción proporcional a los hechos que la motivaron; y la posibilidad de que el encartado pueda controvertir, mediante los recursos pertinentes, todas y cada una de las decisiones.”²⁷ (El subrayado es propio).

Así las cosas, la potestad disciplinaria que cobija a los servidores y ex servidores públicos del Estado colombiano, no se encuentra alejada de un proceder social legitimado por la ley y bajo el ejercicio de un estricto procedimiento, que busca además de propiciar por el efectivo cumplimiento de los fines del Estado, vigilar y controlar a quienes gozan de la dignidad de desempeñarse como servidores públicos, para que dentro del marco de sus funciones cumplan adecuadamente con las obligaciones impuestas por la Constitución, la ley y los manuales de funciones, máxime porque dentro de la órbita de las competencias de muchos de ellos, se encuentra el manejo, ejecución y distribución de los recursos públicos.

De acuerdo a esto, la potestad de investigar y enjuiciar a los servidores públicos infractores no corresponde a ninguna persona, entidad u organismo diferente al Estado, ya que por su naturaleza al desempeñarse como funcionarios del Estado, corresponde a éste, como a buen padre de familia, disciplinar a sus hijos para que no desvíen su rumbo.

Bajo éstos postulados, el Estado no pierde la facultad disciplinaria contra sus funcionarios, ya que puede ejercerse por la Procuraduría, por las Personerías o por las oficinas de asuntos disciplinarios de cada entidad pública, pudiéndose ejercer incluso el poder preferente respecto a estas últimas por parte de la primera, o incluso, ante la eventualidad de que una de estas pierda la competencia por cualquiera de las causales señaladas en la ley, como por ejemplo cuando

²⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-593 del 20 de agosto de 2014, Magistrado Ponente, doctor Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Expediente D-10032.

procede la recusación, o cuando vence el término para resolver la revocatoria directa, pueda asumir el conocimiento de la investigación, otro funcionario público.

Resulta pertinente traer a colación algunos aportes doctrinales de autores colombianos, caso como en el cual, Jairo Enrique Bulla Romero en su obra *“Manual de Derecho Disciplinario 4a Edición”*, al referirse a las potestades disciplinarias ha resaltado la siguiente apreciación del profesor Vladimiro Naranjo:

“Estado es un conglomerado social, política y jurídicamente constituido, asentado en un territorio determinado, sometido a una autoridad que se ejerce a través de sus propios órganos, y cuya soberanía es reconocida por otros estados.”²⁸

De Vladimiro Naranjo, surge que el Estado tiene como fundamento, no solamente el orden social, sino también el de tipo jurídico que es el que le da garantías a las decisiones que a su interior se tomen, respecto del conglomerado social que haga parte del mismo.

En cuanto al tratadista Iván Velásquez Gómez, lo ha referenciado en los siguientes términos:

“(…) El derecho sancionador disciplinario independiente de quien es el destinatario o de cual sea el operador, es una reserva potestad del Estado. La situación especial de los “aforados disciplinarios” es una manifestación clara y expresa que el Estado aplica sus disposiciones reglamentarias y sancionatorias a los más altos funcionarios estatales, para que sus faltas no queden impunes y la sociedad tenga la tranquilidad que por más alto que sea el funcionario que pueda incurrir en cualquiera de las faltas disciplinarias, su ejercicio y poder debe ser aplicado, sin consideración del cargo.”²⁹

28 Bulla Romero, Jairo Enrique, *Manual de Derecho Disciplinario 4º Edición*, Ediciones Nueva Jurídica, 2014 pág. 112.

29 Op. Cit. Pág. 113.

Nada más que ciertas estas apreciaciones, ya que reiterando que el Estado ostenta la potestad disciplinaria contra sus servidores y ex servidores públicos, de acuerdo a la afirmación de Vladimiro Naranjo, su autoridad se debe ejercer a través de sus propios órganos, y conforme a las reflexiones de Velásquez Gómez, podemos entender que la Ley disciplinaria colombiana se encuentra establecida para que el mismo Estado se encargue a través de sus instituciones de administrar justicia en este campo, sin importar la dignidad y la jerarquía del cargo.

Bajo estos preceptos, encontramos que la ley 734 de 2002 en su artículo 25, establece que son destinatarios de la ley disciplinaria, *“los servidores públicos aunque se encuentren retirados del servicio y los particulares contemplados en el artículo 53 del Libro Tercero de éste código.”*, norma ésta que no admite distingo alguno entre servidores públicos, y permite sobreentender que su campo de aplicación se extiende a todos los que hayan sido nombrados a través de acto administrativo (resolución o decreto), que hayan tomado la debida posesión de su cargo y que sus funciones y remuneración estén fijados en la Ley o en el manual de funciones de la entidad.

En este orden de ideas, consideramos que la ley disciplinaria colombiana se hace extensiva tanto a funcionarios de carrera administrativa, como provisionales, temporales, servidores de elección popular y miembros de las corporaciones públicas, de libre nombramiento y remoción, y excepcionalmente (por la naturaleza de las funciones que desempeñan), a los trabajadores oficiales y a particulares que desarrollen actividades públicas.

Sobre la materia la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

(...)

“El derecho disciplinario regula el ejercicio de la potestad disciplinaria del Estado, esto es, “la facultad que hace parte del poder sancionador del Estado, en virtud de la cual aquel está legitimado para tipificar las faltas disciplinarias en que pueden incurrir los servidores

públicos y los particulares que cumplen funciones públicas y las sanciones correspondientes”. El sustento de la imputación disciplinaria radica en la necesidad de hacer efectivos tanto los principios de la función administrativa, señalados en el artículo 209 constitucional: moralidad, eficiencia, celeridad, igualdad, economía, imparcialidad y publicidad, como los fines estatales a que apuntan aquellos, los cuales, a su vez, determinan el ejercicio de la función pública.

(...).

La potestad disciplinaria se encuentra regida por los principios que regulan el poder sancionatorio del Estado, y su aplicación supone la estricta observancia de las bases que regulan el derecho sancionador, tales como el principio de legalidad, reserva de ley y tipicidad, “con las matizaciones impuestas por su específica naturaleza”. Siendo el derecho disciplinario una de las manifestaciones del ius puniendi, como derecho administrativo sancionatorio, el ejercicio del poder sancionador del Estado exige la garantía del debido proceso en tales actuaciones administrativas, tal como lo ordena el artículo 29 superior.”³⁰

2.1.2 Principio de la ilicitud sustancial. Este se encuentra consagrado dentro de la Ley 734 de 2002 en su artículo 5° de la siguiente manera:

“Art. 5. La falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna.”

Este principio rector nos lleva a determinar que se entiende por “*quebrantamiento del deber*” por parte de los funcionarios en el desempeño de sus funciones y que se requiere para que se constituya falta disciplinaria, cuando éstos no cumplen con los del Estado.

En primer lugar, consideramos pertinente traer a colación dos reconocidos juristas que han estudiado y desarrollado este principio, como lo son Jaime Mejía Ossman y Silvio San Martín Quiñones Ramos, quienes han sido referidos por la abogada Yuri Constanza Ramírez Díaz, en su tesis para optar por su título de

³⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-401 del 3 de julio de 2013, Magistrado Ponente, doctor Mauricio González Cuervo, Expediente D-9373.

Magister en Derecho Administrativo en la Universidad del Rosario, lo precisan de la siguiente manera:

*“(...) la ilicitud sustancial es aplicable desde el punto de vista de la antijuridicidad material, por cuanto la valoración de la conducta debe ser observada como tal en la efectividad de la lesión o puesta en peligro de la administración pública, para que el comportamiento sea típicamente antijurídico, de no ser así, no habría determinación en las faltas disciplinarias, pues estas muchas veces no guardan relación con el deber funcional. Lo anterior implica que el elemento material es al que apunta dicha postura, en cuanto que la afectación al **deber funcional no es formal.**”³¹ (Negrilla fuera del texto).*

Una segunda postura sostenida por los tratadistas Carlos Arturo Gómez Pavajeau, Rosa Pineda de Martínez, Jeannethe Navas de Rico y Jairo Enrique Solano Sierra, se refiere a:

“(...) entiende la ilicitud sustancial como afectación a los deberes funcionales, pero sin equipararla con la antijuridicidad material.

De esta manera, basta la sola infracción de los deberes contentivos en la carta política, las leyes, los reglamentos, los contratos de trabajo, los manuales de funciones, entre otros, para que se configure el injusto disciplinario. Al respecto la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, manifestó que los tipos disciplinarios son tipos de “infracción de deberes” que se caracterizan por ser de sujetos activos calificados, no admitir la tentativa, y por ser tipos de mera conducta, es decir que no es necesario un resultado dañoso, basta con la simple infracción a los deberes para que se configure dicha conducta.

Ahora bien, no basta con el solo incumplimiento de un deber, sino que se quebrante el deber funcional, “(...) para entender sustancialmente quebrantado el deber se requiere que la conducta enjuiciada haya desconocido no solo el ropaje jurídico del deber, sino también la razón de ser que el mismo tiene en un estado social y democrático de derecho,” cuyo fundamento se encuentra por supuesto en la Carta Política y demás estatutos

³¹ Ramírez, Díaz, Yuri Constanza, Tesis realizada para optar por el título de Magister en Derecho Administrativo. Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, 2015, pág. 25.

anteriormente enunciados, bajo esta concepción existiría un margen de error en los operadores disciplinarios al tratar de encuadrar las conductas de los funcionarios públicos en una falta disciplinaria, en atención a esta afectación al deber funcional”³².

La Corte Constitucional también se ha pronunciado sobre el principio objeto de estudio así:

“(…) Referente a la ilicitud sustancial, el señor Procurador estima que dicha norma se ajusta al marco constitucional del derecho disciplinario y desarrolla la naturaleza jurídica de éste, al construir el ilícito disciplinario a partir de la noción del deber funcional en el que el resultado material de la conducta no es esencial para estructurar la falta disciplinaria, sino el desconocimiento del deber que altera el correcto funcionamiento del Estado, por ende la ilicitud sustancial a pesar de no comprender el resultado material no impide la estructuración de la falta disciplinaria.

(…)

En este sentido afirma que el concepto de ilicitud sustancial contenido en el artículo 5 de la Ley 734 de 2002 acusado no desconoce el debido proceso como lo afirma el actor, pues cuando dicho artículo prescribe que la falta disciplinaria será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna, no hace otra cosa que desarrollar la naturaleza del derecho disciplinario dirigida a encauzar la conducta de quienes cumplen funciones públicas mediante la imposición de deberes, por lo que el resultado material de la conducta no es esencial para que se estructure la falta disciplinaria. Explica al respecto que en el derecho disciplinario los conceptos de tipicidad y antijurídica sustancial se encuentran unidos, y que los tipos disciplinarios son de mera conducta y no de resultado como lo entiende el demandante. Agrega que en este campo solo por excepción se alude en materia disciplinaria a un resultado material separable de la conducta.”³³

La misma corporación se ha pronunciado sobre el principio de la ilicitud sustancial en Sentencia de Tutela, donde habla de la ilicitud sustancial, como sigue:

³² Ibídem, Pág. 26

³³ Corte Constitucional, Sentencia C-948 del 6 de noviembre de 2002, Magistrado Ponente, doctor Álvaro Tafur Galvis, Expedientes D-3937 y D-3944.

“(...) La regla de derecho que se analiza pierde de vista que la suma de actos irrelevantes, desde el punto de vista de la ilicitud sustancial disciplinaria, es también irrelevante y que por ello con la sola reiteración de actos de esa índole no puede promoverse investigación disciplinaria alguna. Hacerlo implicaría generar un espacio para que al servidor se le reproche una falta disciplinaria a sabiendas de que en su obrar no concurre el presupuesto material de todo ilícito de esa naturaleza. Entonces, como no se satisface el presupuesto sustancial de la imputación disciplinaria, la Corte retirará del ordenamiento jurídico el inciso tercero del artículo 51 de la Ley 734 de 2002”³⁴

Sobre el particular debemos precisar que no se debe predicar la reprochabilidad de la conducta, es decir no se puede hablar de antijuridicidad sin la existencia de elementos probatorios suficientes que permitan deducir la ocurrencia de la misma. Tampoco se puede predicar la afectación del deber funcional en tanto no exista la conducta indebida o ilícita, por lo que tampoco puede entenderse que exista una alteración o cumplimiento de los fines del Estado, sin que se encuentre debida fundamentación de que la falta contrarié el orden jurídico.

Que la falta sea antijurídica, implica que con la ocurrencia de la conducta reprochable se incumplan las funciones o la prestación del servicio, y que además, en virtud de la misma no concorra un causal de exclusión de responsabilidad, pues de darse una de estas, pese a la concurrencia de la falta, el investigado no podría predicarse responsable ni podría resultar sancionado.

Ahora bien, de la estructura del artículo 5° de la ley 734 de 2002, podríamos concebir de manera inicial una irregularidad en su estructuración, ya que al hablar de que “la falta será antijurídica”, podríamos pensar que el legislador incurrió en una redundancia legislativa en tanto el hecho de que se hable de “falta”,

³⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-735 del 5 de agosto de 2004, Magistrado Ponente, doctora Clara Inés Vargas Hernández.

automáticamente nos llevaría a entender que la conducta es antijurídica, es decir, que es contraria al ordenamiento jurídico.

Sin embargo, al leer con detenimiento la estructura de la norma, encontramos que pese a que la conducta reprochable claramente se estructure como “falta”, no se puede concebir la antijuridicidad sino hasta que la conducta lesiva afecte el deber funcional sin justificación alguna.

Esto significa que pueden darse algunas circunstancias que evidentemente constituyan una falta, como por ejemplo una deuda económica entre compañeros de trabajo, sin embargo, toda vez que dicha conducta no afecta la funcionalidad de los cargos que desempeña cada uno de ellos, ni el del servicio público que presta la entidad a la que pertenecen, no se puede predicar que esta falta sea antijurídica respecto a la connotación disciplinaria.

Tampoco se puede afirmar que exista antijuridicidad, pese a que efectivamente se haya dado una falta, si respecto a esta se configura una causal de exclusión de responsabilidad, las cuales se encuentran determinadas en el artículo 28 de la ley 734 de 2002 así:

“Artículo 28. *Causales de exclusión de la responsabilidad disciplinaria. Está exento de responsabilidad disciplinaria quien realice la conducta:*

1. *Por fuerza mayor o caso fortuito.*
2. *En estricto cumplimiento de un deber constitucional o legal de mayor importancia que el sacrificado.*
3. *En cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales.*
4. *Por salvar un derecho propio o ajeno al cual deba ceder el cumplimiento del deber, en razón de la necesidad, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad.*
5. *Por insuperable coacción ajena o miedo insuperable.*
6. *Con la convicción errada e invencible de que su conducta no constituye falta disciplinaria.*

7. *En situación de inimputabilidad. En tales eventos se dará inmediata aplicación, por el competente, a los mecanismos administrativos que permitan el reconocimiento de las inhabilidades sobrevinientes.”*

Ejemplo de esto se puede dar cuando un guardia de seguridad vinculado a la planta de personal de una entidad pública, deja de cumplir su deber de cuidado sobre los bienes de la entidad, y abandona su cargo temporalmente por atender a una persona que estaba sufriendo un paro cardíaco en las instalaciones o por fuera de la entidad. En este evento se configura la causal establecida en el numeral 4 del artículo en mención, lo que nos lleva a entender que a pesar de que en efecto, el guardia de seguridad infringió la norma disciplinaria, lo cobija una causal de exclusión de responsabilidad establecida en la ley, y por ende no se puede predicar la existencia de antijuridicidad, lo que automáticamente lo libera de responsabilidad.

2.1.3 La función de la sanción disciplinaria

En cuanto a la función de la sanción disciplinaria, el artículo 16 de la Ley 734 del 2002 lo desarrolla así:

“Artículo 16. Función de la sanción disciplinaria. La sanción disciplinaria tiene función preventiva y correctiva, para garantizar la efectividad de los principios y fines previstos en la Constitución, la ley y los tratados internacionales, que se deben observar en el ejercicio de la función pública.”

Este principio rector refleja una finalidad preventiva y correctiva que corresponde cumplir la sanción en materia disciplinaria, toda vez que debe garantizar a la sociedad y al Estado que los principios y fines previamente establecidos en la Constitución, en los Tratados Internacionales y en las Leyes, sean amparados y protegidos frente a quienes los infrinjan, bajo las modalidades de culpa establecidas en la ley disciplinaria como lo son la culpa y el dolo.

De esta manera, quien desconozca o infrinja esos preceptos, dará lugar a que en su contra se impongan sanciones cuyo fin sea enmendar al agravio impetrado al servicio público, aplicando un correctivo ejemplarizante; es decir, que con esta se reduzca la posibilidad de que se vuelva a incurrir en una conducta similar, so pena de ser acreedor de nuevas sanciones.

Sobre el particular, el tratadista **JAIRO ENRIQUE BULLA ROMERO** ha sostenido:

“(…) La finalidad de la función que cumple la sanción en materia disciplinaria y la define como una función preventiva y correctiva que garantiza a la sociedad y al Estado mismo que los principios y fines previamente establecidos en la Carta Política, en los tratados internacionales legalmente suscritos y ratificados por nuestro país y las leyes, sean una realidad efectivamente amparados y protegidos frente a quienes osen desconocerlos, violarlos o vulnerarlos a título de dolo o culpa”³⁵.

De igual manera, la Corte Constitucional ha manifestado:

“(…) 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”.

De lo señalado por la Corte se analiza que las sanciones disciplinarias tienen como finalidad esencial el que el funcionario público actúe con base a los intereses del Estado y la sociedad, e interponga por encima de cualquier consideración los fines del Estado dentro de los presupuestos de una funcionalidad eficiente, eficaz, y apropiada a las necesidades de la comunidad; y en sentido las sanciones no solamente son necesarias, sino legítimas.

³⁵Pabón Parra, Pedro Alfonso, Manual de Derecho Disciplinario, 4ª Edición, Revisada-Actualizada y Ampliada Regímenes Disciplinarios de Profesiones Artes y Oficios, pág. 139.

De igual manera, a través de la función correctiva lo que se busca es que luego de ser impuesta una sanción en contra de un funcionario o ex funcionario infractor, una vez se ejecute y cumpla, se corrija su comportamiento para no volver a incurrir en faltas que den lugar a una nueva sanción disciplinaria, ya que si nos encontramos ante una sanción inicial de anotación a la hoja de vida, producto de una falta calificada como leve, ante la eventualidad de que se reitere la comisión de la conducta, la falta será calificada de manera diferente y la sanción será más gravosa.

De acuerdo a estos postulados, la Corte Constitucional además de explicar con claridad los fines de la sanción disciplinaria, nos lleva a entender que pese a que en primer lugar lo que se persigue es velar por el debido cumplimiento de los fines estatales, también busca corregir a quienes contraríen los postulados imperantes de la función pública, llegando incluso a retirarlos del servicio, si su actuar compromete de manera grave la realización de los mismos. Es decir, no se puede limitar a prevenir, pues luego de que se constituya una conducta lesiva para el Estado a través de cualquiera de sus entidades, lo pertinente es aplicar sanciones en la búsqueda de reparar el daño o la alteración causada.

De igual manera, a través de la función correctiva lo que se busca es que luego de ser impuesta una sanción en contra de un funcionario o exfuncionario infractor, una vez se ejecute y cumpla, se corrija su comportamiento para no volver a incurrir en faltas que den lugar a una nueva sanción disciplinaria, ya que si nos encontramos ante una sanción inicial de anotación a la hoja de vida, producto de una falta calificada como leve, ante la eventualidad de que se reitere la comisión de la conducta, la falta será calificada de manera diferente y la sanción será más gravosa.

Para dar mayor claridad a estas ideas, hemos considerado pertinente traer a colación el numeral 2° del artículo 38 de la ley 734 de 2002 que establece lo siguiente:

“Artículo 38. Otras inhabilidades. También constituyen inhabilidades para desempeñar cargos públicos, a partir de la ejecutoria del fallo, las siguientes:

(..) 2. Haber sido sancionado disciplinariamente tres o más veces en los últimos cinco (5) años por faltas graves o leves dolosas o por ambas. Esta inhabilidad tendrá una duración de tres años contados a partir de la ejecutoria de la última sanción.” (El subrayado es propio).

Conforme a esta norma, el legislador ha sido estricto al determinar que si una persona ha sido sancionada disciplinariamente 3 o más veces en los últimos 5 años, por faltas graves o leves dolosas o por ambas, estará inhabilitado por 3 años a partir de la ejecutoria de la última sanción para desempeñar cargos públicos.

Esta norma lo que pretende es sancionar con la imposibilidad de ejercer cualquier cargo público, a quienes reiteradamente se les ha sancionado disciplinariamente, al considerar que si bien las sanciones iniciales no cumplieron con su finalidad de corregir y prevenir el acaecimiento de nuevas conductas antijurídicas, esta última sanción que se extiende a una inhabilidad, debe cumplir con el cometido.

Y precisamente se refiere el legislador a faltas graves en tanto estas son sancionadas con suspensión e inhabilidad especial cuando estas se cometan con dolo, así como las leves dolosas son castigadas con multa. No se extiende el legislador a las faltas gravísimas, pues al tratar de aquellas cometidas con culpa gravísima o con dolo, conllevan automáticamente, la destitución y la inhabilidad general que oscila entre 10 a 20 años, según criterio del operador disciplinario.

De manera tal que respecto a estas últimas, no se requiere imponer la inhabilidad mencionada de 3 años, ya que la sanción impuesta abarca una temporalidad más amplia que ésta para el ejercicio de funciones públicas.

2.2 La Función Pública y la Falta Disciplinaria

La Ley 734 del 2002 en su artículo 22 establece:

***“Artículo 22.** Garantía de la función pública. El sujeto disciplinable, para salvaguardar la moralidad pública, transparencia, objetividad, legalidad, honradez, lealtad, igualdad, imparcialidad, celeridad, publicidad, economía, neutralidad, eficacia y eficiencia que debe observar en el desempeño de su empleo, cargo o función, ejercerá los derechos, cumplirá los deberes, respetará las prohibiciones y estará sometido al régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflictos de intereses, establecidos en la Constitución Política y en las leyes”*

De acuerdo a esta norma, la función pública involucra el conjunto de tareas y de actividades que deben cumplir diferentes órganos del Estado, con el fin de desarrollar sus funciones y cumplir sus diferentes cometidos, asegurando de este modo, el cumplimiento de sus fines. Así mismo, ésta se orienta hacia la atención y satisfacción de los intereses generales de la comunidad, en aras de asegurar el correcto y eficiente funcionamiento, debiendo realizarse bajo unos parámetros de conducta en los que predomine el cumplimiento de algunos principios como la igualdad, la moralidad, la eficacia, la economía y la imparcialidad, entre otros.

Por otro lado, en cuanto a la falta disciplinaria, la Ley 734 del 2002 en su artículo 23 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, 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”.

Sobre esto podemos afirmar, que se incursiona en la falta disciplinaria y se da lugar consecuentemente a la imposición de la sanción correspondiente, cuando se incumple cualquiera de las conductas o comportamientos establecidos en la Constitución Política, en la Ley y en los manuales de funciones, enmarcados dentro del incumplimiento de deberes, prohibiciones, incompatibilidades, conflicto de intereses y extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, etc., sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad contempladas en el artículo 28 de la Ley 734 de 2002.

El siguiente aparte jurisprudencial, nos ilustra al respecto.

“(…) La prohibición legal de la conducta delictiva tiene por fin la defensa de la sociedad, mientras que la falta disciplinaria busca proteger el desempeño del servidor público, con miras al cumplimiento de la función pública en la definición de las faltas disciplinarias, entran en juego, elementos propios de la función pública que interesan especialmente por su contenido político-institucional; sitúan al superior jerárquico en condiciones de evaluar con mayor flexibilidad, y de acuerdo con criterios que permiten un amplio margen de apreciación.”³⁶

Por su parte, la sentencia C-948 de 2002, plantea lo siguiente:

“(…) De las consideraciones anteriores se desprende entonces que las normas disciplinarias tienen un complemento normativo compuesto por disposiciones que contienen prohibiciones, mandatos y deberes, al cual debe remitirse al operador disciplinario para imponer las sanciones correspondientes, circunstancia que sin vulnerar los derechos de los procesados permite una mayor adaptación del derecho disciplinario a sus objetivos. Así mismo cabe concluir que la infracción disciplinaria siempre supone la

³⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-472 del 29 de septiembre de 1994, Magistrado Ponente, doctor Fabio Moron Díaz, Expediente D-562.

*existencia de un deber cuyo olvido, incumplimiento o desconocimiento genera la respuesta represiva del Estado y que dado que el propósito último del régimen disciplinario es la protección de la correcta marcha de la Administración Pública, es necesario garantizar de manera efectiva la observancia juiciosa de los deberes de servicio asignados a los funcionarios del Estado mediante la sanción de cualquier omisión o extralimitación en su cumplimiento, por lo que la negligencia, la imprudencia, la falta de cuidado y la impericia pueden ser sancionados en este campo en cuanto impliquen la vulneración de los deberes funcionales de quienes cumplen funciones públicas.*³⁷

En este orden de ideas, podemos afirmar que toda vez que la potestad disciplinaria radica en el Estado a través de los organismos que ejercen como operadores disciplinarios, no queda duda que la misma ley le concede a estos los términos procesales óptimos y suficientes para que agoten oportunamente el ejercicio de su actuar. Superar éstos, sería ir en contra de la misma estructura normativa de la ley disciplinaria y atentar de manera directa contra los principios fundamentales del debido proceso y del derecho a la defensa, pues continuar con una investigación sobre la cual ya ha acaecido los términos procesales establecidos para adelantarla sería superar y perpetuar los términos iniciales establecidos por la misma ley, que en el caso de la disciplinaria ya sabemos que bajo la vigencia de la Ley 734 del 2002 es de cinco (5) años para que se produzca la prescripción.

Debemos aclarar que bajo lo establecido por la Ley 1474 del 2011, que a través de su artículo 132 modificó el artículo 30 de la ley 734 de 2002, varió el término de prescripción e incorporó la caducidad de la siguiente manera:

“Artículo 132: La acción disciplinaria caducará si transcurridos cinco (5) años desde la ocurrencia de la falta, no se ha proferido auto de apertura de investigación disciplinaria. Este término empezará a contarse para las faltas instantáneas desde el día de su

³⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-948 del 9 de noviembre de 2002, Magistrado Ponente, doctor Álvaro Tafur Galvis, Expediente D-3937 y D-3944.

consumación, para las de carácter permanente o continuado desde la realización del último hecho o acto y para las emisivas cuando haya cesado el deber de actuar.

La acción disciplinaria prescribirá en cinco (5) años contados a partir del auto de apertura de la acción disciplinaria. Cuando fueren varias las conductas juzgadas en un mismo proceso la prescripción se cumple independientemente para cada una de ellas.

Parágrafo. *Los términos prescriptivos aquí previstos quedan sujetos a lo establecido a los tratados internacionales que Colombia ratifique.”*

Cuando nos referimos a la transgresión del derecho a la defensa y la violación al debido proceso, encontramos que ante la eventualidad de que el operador disciplinario continúe con procesos sobre los cuales ya se configuraron los cinco (5) años para su prescripción, se estaría premiando al operador disciplinario por un actuar que desde el inicio es negligente, ya que si contó con los tiempos suficientes para adelantar la investigación disciplinaria, el investigado no puede estar sometido perpetuamente a su querer. Ésta es la naturaleza de ser de éste trabajo investigativo, pues muchos operadores disciplinarios pese a ser conscientes de que la prescripción opera de oficio y no necesita que sea solicitada por el investigado, omite en declararla, pudiendo emitir fallos sancionatorios que carecen de toda validez jurídica por la concurrencia de la prescripción.

Ahora bien, frente a los investigados resulta atentatorio a menos que dispongan de una defensa técnica, es decir de un abogado que lo defienda debidamente, ya que puede ignorar en primer lugar que existe esta institución consagrada dentro del ordenamiento jurídico como mecanismo de extinción de la acción disciplinaria, y en segundo lugar, que la misma es de cinco (5) años, viéndose de esta manera perjudicado ante la falta de diligencia del operador jurídico, ya que éste finalmente, al conocer y disponer de los términos establecidos en la ley, es quien debe adelantar la investigación, fallar oportunamente, y si no lo hace, decretar la prescripción.

La otra problemática que surge, es por la diferencia o disparidad de criterios doctrinales y jurisprudenciales que en el siguiente capítulo procederemos a analizar. Algunos autores y magistrados tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, sostienen que la prescripción se interrumpe con el fallo de primera instancia, mientras que otros aducen que la prescripción se interrumpe únicamente con el fallo debidamente ejecutoriado, es decir, el de segunda instancia cuando se haya hecho uso del recurso de apelación en contra del de primera instancia, o del de primera instancia cuando contra este no se haya interpuesto recurso.

Bajo estos postulados, encontramos que la configuración de la prescripción dentro de la investigación disciplinaria, finalmente se concreta en una sanción en contra del operador disciplinario, quien por su negligencia permite que esta acaezca, frustrando de esta manera, el cumplimiento de los fines y de los objetivos propios de la acción disciplinaria, que consisten específicamente en velar porque el servicio público se preste con efectividad y diligencia, atentando de igual manera con el cumplimiento de los fines del Estado.

Así las cosas, dejar que una investigación disciplinaria prescriba, es tanto como dejar un delito en la impunidad.

CAPÍTULO 3

LA PRESCRIPCIÓN COMO FORMA DE EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN DISCIPLINARIA

3.1 GENERALIDADES DE LA PRESCRIPCIÓN EN MATERIAL DISCIPLINARIA

La prescripción de la acción disciplinaria como fenómeno jurídico de terminación del proceso disciplinario, en donde el Estado pierde la potestad para ejercerla, ha tenido en los últimos cinco (5) años, cambios radicales y profundos que han traído consecuencias lesivas en los sujetos procesales y los jueces disciplinarios, al presentarse una disparidad de criterios en cuanto al momento de interrupción de la misma, ya que han surgido diferentes y contradictorias posiciones jurisprudenciales.

De igual manera, con la entrada en vigencia de la ley 1474 de 2011, especialmente en lo relacionado con la caducidad y la prescripción, respecto de la aplicación del principio de favorabilidad contenida en dicha normatividad, importa analizar el tratamiento que se le debe impetrar a las faltas instantáneas y a las permanentes o continuadas que se estuviesen investigado al momento de la entrada en vigencia de la mencionada norma.

Como se mencionó en el primer capítulo de este documento, a través de la prescripción se adquieren o extinguen derechos al haberse agotado el término establecido en la ley, mientras que la caducidad por el contrario, es entendida como aquella figura a través de la cual se extingue el derecho a la acción por el transcurrir del tiempo.

La Confederación Colombiana de Cámaras de Comercio, en el concepto jurídico No. 48288 del 16 de diciembre de 2005, al referirse a la prescripción en materia

disciplinaria específicamente, trae a colación algunos apartes de la sentencia C-556 de 2001, en los que se refiere a dicha institución procesal de la siguiente manera:

“(....) la definió como un “instituto jurídico liberador”, que opera por el transcurso del tiempo y cuya consecuencia, no es otra, que la pérdida de la facultad sancionatoria por parte del Estado. En este sentido el Alto Tribunal, advirtió: “La prescripción de la acción es un instituto de orden público, por virtud del cual el Estado cesa su potestad punitiva- ius puniendi- por el cumplimiento del término señalado por la ley. (...) “La prescripción de la acción es un instituto jurídico liberador, en virtud del cual por el transcurso del tiempo se extingue la acción o cesa el derecho del Estado a imponer una sanción. Este fenómeno tiene operancia en materia disciplinaria, cuando la Administración o la Procuraduría General de la Nación, dejan vencer el plazo señalado por el legislador, -5 años-, sin haber adelantado y concluido el proceso respectivo, con decisión de mérito. El vencimiento de dicho lapso implica para dichas entidades la pérdida de la potestad de imponer sanciones, es decir, que una vez cumplido dicho período sin que se haya dictado y ejecutoriado providencia que le ponga fin a la actuación disciplinaria, no se podrá ejercitar la acción disciplinaria en contra del beneficiario con la prescripción.”³⁸

Frente a lo anterior corresponde analizar dos situaciones: La primera consiste en la naturaleza y finalidad de la acción disciplinaria como institución preventiva, sancionatoria y resarcitoria, respecto al cumplimiento de los fines y objetivos de la administración pública. La segunda, se enmarca en el análisis de la prescripción como mecanismo que inversamente a la naturaleza de la acción disciplinaria, sanciona al Estado por las negligencias de los operadores disciplinarios ya sea por morosidad, o por inactividad al no imponer una sanción ejemplar al funcionario investigado, dentro del término otorgado por la ley, bajo el entendido de que el investigado no puede estar sometido perpetuamente a una actuación en su contra en la que no se le defina su situación jurídica.

³⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-556 del 31 de mayo de 2001, Magistrado Ponente, Álvaro Tafur Galvis, Expediente.D-3259

Así las cosas, el legislador ha definido la prescripción en materia disciplinaria como una forma de extinción de la acción, en tanto así lo establece el artículo 29 de la ley 734 de 2002:

“ARTÍCULO 29. *Causales de extinción de la acción disciplinaria. Son causales de extinción de la acción disciplinaria las siguientes:*

1. *La muerte del investigado*
2. *La prescripción de la acción disciplinaria*”.

Sobre el particular, el tratadista *Jairo Enrique Bulla Romero* ha desarrollado el tema de la prescripción al interior del derecho disciplinario de la siguiente manera:

“La prescripción de la acción, es el fenómeno jurídico que ocurre cuando pasados cinco (5) años, el Estado no ha declarado responsable a un investigado. Es una figura jurídica que sanciona moralmente a la administración de justicia por negligente, por morosa, por inactiva. La prescripción, es a favor del investigado.

*La figura jurídica de la “prescripción” que presenta el siguiente artículo 30 fue modificado por la Ley 1474 de 2011, al incluir la figura de la “caducidad”, como lo analizaremos en seguida. La prescripción como quedó dicho es una manera de generar impunidad por la inactividad de la administración y ella debe ser investigada de oficio porque es un incumplimiento de los deberes que trata el artículo 34 del C.D.U., norma que es concordante con el artículo 48 ibídem en el numeral 40.”*³⁹

Del planteamiento del tratadista Bulla, la prescripción tiene como limitante un tiempo determinado por ley, es decir, es ella la que señala el tiempo para que prescriba el derecho, y a la que debe ajustarse la decisión judicial y opera como una sanción moral contra la administración.

³⁹Bulla, Romero, Jairo Enrique, Manual del Derecho Disciplinario, cuarta edición, 2014. Ed. Nueva Jurídica, pág. 175-179.

De lo hasta ahora expuesto, la prescripción en materia disciplinaria tiene las siguientes características:

- Temporalidad, sujeta a un período de 5 años de inactividad del Estado
- Constituye una forma de extinción de la acción
- Sanciona al Estado con ocasión de la inactividad o negligencia del operador disciplinario
- Opera a favor del investigado
- La configuración de la prescripción genera de oficio, la apertura de una investigación en contra del operador disciplinario que la ocasionó.

En el mismo sentido, la Corte Constitucional en la citada Sentencia C-556 del 31 de mayo del 2001, se ha referido a esta figura como un *“instituto jurídico liberador,”*⁴⁰ mediante la cual el Estado pierde la posibilidad de imponer una sanción al dejar vencer el plazo establecido por el legislador de 5 años, luego del cual no es posible ejercitar la acción disciplinaria en contra del investigado, aduciendo que el fin de la prescripción de la acción disciplinaria se encuentra ligado al derecho del procesado a que se le defina su situación jurídica, posición que compartimos ya que si bien el legislador le concede al Estado un término suficiente para cumplir con sus funciones en esta materia, mal haría el responsable del proceso en extenderse a tiempos indefinidos; ya que si ello fuese así, se le estaría violando el derecho al investigado a disponer de una justicia pronta y eficiente.

Entre tanto, del artículo 132 de la ley 1474 de 2011, que modificó el artículo 30 de la ley 734 de 2002, a través del cual se reguló la figura de la caducidad de la acción disciplinaria, si dentro de los 5 años después de ocurrida la falta no se da apertura la investigación disciplinaria, de ella se tiene que, respecto a la prescripción, si bien es cierto permanece dentro del régimen disciplinario como

⁴⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-556 del 31 de mayo del 2001, Magistrado Ponente, doctor Álvaro Tafur Galvis.

forma de extinción de la acción, continuando con el mismo término de 5 años establecido en la ley 734 de 2002, la norma, ley 1474 de 2011, cambia el momento a partir del cual inicia este cómputo, desde la apertura de la investigación disciplinaria, pero continuando con el vacío de no mencionar en qué momento se interrumpe la misma.

De esta manera, la situación actual de la prescripción y la caducidad en el régimen disciplinario colombiano se sintetiza en el siguiente gráfico:

GRÁFICO 2: Términos de prescripción y caducidad en la ley disciplinaria.

FUENTE NORMATIVA	CADUCIDAD			PRESCRIPCIÓN		
Ley 734 de 2002	No opera			5 años	Desde	Hasta
					Faltas instantáneas: Desde el día de su consumación	No indica
					Faltas permanentes o continuadas: Desde la realización del último acto	No indica
Ley 1474 de 2011 Entró en vigencia el 12 de julio de 2011	5 años	Desde	Hasta	5 años	Desde	Hasta
		La ocurrencia de la falta	Si no se dicta auto de apertura de investigación		Auto de apertura de investigación disciplinaria	No indica
		F. instantáneas: Desde el día de su consumación				
		Faltas permanentes o continuadas: Desde la realización del último acto				
		Faltas omisivas: Cuando haya cesado el deber de actuar				

Fuente: Elaboración propia

Sobre lo anterior, es necesario precisar que toda vez que la ley 1474 de 2011 entró en vigencia a partir del 12 de julio de dicho año, las conductas que se dieran antes de esta fecha, sobre las que corresponda investigar disciplinariamente, deben ser adelantadas bajo las normas sustanciales y procedimentales contenidas en la ley 734 de 2002, razón por la cual, no se aplicaría el término de la caducidad sino únicamente el de la prescripción. De manera posterior al 12 de julio de 2011,

todos los hechos objeto de investigación disciplinaria disponen incluso hasta de 10 años para que sean sancionados, al tenor del artículo 132 de la ley 1474 de 2011.

Ahora bien, el gran debate para los intérpretes y aplicadores de la norma disciplinaria se ha concentrado en determinar el momento en que concurre el término establecido de 5 años de prescripción, para precisar consecuentemente cuando se interrumpe, en aras de velar por el cumplimiento de los derechos de los procesados.

En esta sentencia, la Corte Constitucional declaró la inexecutable de la norma en cita, tras advertir que el referido término de 5 años es suficiente para adelantar en su totalidad la investigación disciplinaria, por lo que no se encuentra justificación para que la prescripción se prorrogue por 6 meses más para los casos en que se haya notificado el fallo de primera instancia. Así lo ha indicado la Corte:

“(…) Según el párrafo demandado, si el fallo de primera instancia se ha notificado al procesado, el término prescriptivo se prorroga por seis meses más, lo cual quiere decir, que si a un empleado estatal a quien se le ha iniciado investigación disciplinaria en la que se ha dictado providencia de primera instancia, la cual le ha sido debidamente notificada, el lapso de prescripción de la acción será de 5 años y seis meses, mientras que para los demás empleados, esto es, a quienes no se les haya notificado la providencia de primera instancia, el término prescriptivo es tan sólo de cinco años. Discriminación a todas luces contraria al Estatuto Máximo, pues si el Estado no ejercita el derecho que tiene de adelantar y fallar la investigación disciplinaria en el tiempo fijado por el legislador, ya sea por desinterés, desidia o negligencia no puede el empleado público sufrir las consecuencias que de tales hechos se derivan, sino la misma Administración por incuria, incapacidad o ineficiencia.(…)”⁴¹

Con base en las anteriores consideraciones, la Corte decidió la inexecutable de la citada norma, al considerar que la misma vulneraba el derecho fundamental a la igualdad, toda vez que unos procesos serían de cinco (5) años, mientras que otros

⁴¹ Corte Constitucional, Sentencia C-244 del 30 de mayo de 1996, Magistrado Ponente, doctor Carlos Gaviria Díaz, Expediente D-1058.

serían de cinco años y seis meses, siendo tal situación irrazonable e injustificada, pues se estaría premiando la incapacidad del Estado para ejercer la potestad disciplinaria, trasladándosele la inercia del Operador Disciplinaria al sujeto disciplinable.

Bajo los postulados de la Corte Constitucional, se entendería que durante la vigencia de esta norma, la prescripción de la acción disciplinaria se consideraba interrumpida cuando quedase debidamente notificado el fallo de primera instancia, lo que significaba que no era suficiente que el fallo se expidiera dentro del término indicado, sino que se requería inevitablemente, su notificación.

Con posterioridad a la vigencia de la Ley 200 de 1995, el legislador expidió la antes referida Ley 734 del 5 de febrero de 2002, identificada como “Código Disciplinario Único”, en donde se estableció como formas de extinción de la acción disciplinaria, la muerte del investigado y la prescripción de la acción disciplinaria, ésta última consagrada en el artículo 30, que reza:

*“**Artículo 30.** Términos de prescripción de la acción disciplinaria. La acción disciplinaria prescribe en cinco años, contados para las faltas instantáneas desde el día de su consumación y para las de carácter permanente o continuado desde la realización del último acto.*

En el término de doce años, para las faltas señaladas en los numerales 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10 del artículo 48 [y las del artículo 55 de este código]. (Texto en corchetes declarado INEXEQUIBLE, mediante sentencia C-948/02).

Cuando fueren varias las conductas juzgadas en un solo proceso, la prescripción de las acciones se cumple independientemente para cada una de ellas.

Parágrafo. *Los términos prescriptivos aquí previstos quedan sujetos a lo establecido en los tratados internacionales que Colombia ratifique.*⁴²

El artículo transcrito consagró dos (2) términos de prescripción de la acción disciplinaria, el primero de cinco (5) años, para faltas generales; mientras que el segundo fue de doce (12) años, para las faltas disciplinarias contenidas en los numerales 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10 del artículo 48 y el artículo 55 de la Ley 734 de 2002; sin embargo, la última norma mencionada fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-948 de noviembre 6 de 2002, con ponencia del Magistrado Álvaro Tafur Gálvis, al considerar entre otras cosas que:

“Existe pues, de manera evidente un tratamiento diferente por parte del Legislador para unas mismas conductas, frente a las cuales la acción disciplinaria tendrá un término de prescripción diverso según se incurra en ellas por parte de los servidores públicos o por parte de los particulares sometidos al régimen especial establecido en el título I del Libro III de la Ley 734 de 2002.

*(...) La Corte debe precisar que esta declaratoria de inexecutable no puede interpretarse, en el sentido de dejar sin término de prescripción la acción disciplinaria en relación con los particulares que cumplen funciones públicas. Cabe recordar que el artículo 30 Ibidem es una norma comprendida en la parte general de la Ley y por lo tanto aplicable a todos los destinatarios de la misma, (artículo 25 Ibidem), y que en la medida en que no resulta posible aplicar la regla especial en materia de prescripción de la acción disciplinaria prevista en el inciso segundo de dicho artículo, la regla aplicable es la regla general prevista en su primer inciso, es decir el término de prescripción de 5 años que en él se establece. (...)*⁴³

Continuando con el análisis de la prescripción en materia disciplinaria, tenemos que el doctrinante Jaime Mejía Ossman, ha definido dicha figura de la siguiente manera:

⁴² Ley 734 de 200, artículo 30, Colombia, Congreso de la República, Diario Oficial 44699 del 5 de febrero de 2002

⁴³ Corte Constitucional, Sentencia C-948 del 6 de noviembre de 2002, Magistrado Ponente, doctor Álvaro Tafur Gálvis, Expedientes. D-3937 y D-3944.

“(…) Podemos decir que la prescripción es el derecho que tienen los investigados a librarse de la investigación y de la correspondiente sanción administrativa disciplinaria, por haber transcurrido el plazo de cinco (5) o doce (12) años sin que la administración, a través del disciplinante, hubiese concluido la investigación iniciada. La prescripción se estructura en los derechos subjetivos de naturaleza sustancial del disciplinado, de donde nuevamente se concluye que las sanciones prescriben y las acciones caducan. (…)”⁴⁴

Al decir de Jaime Mejía, la prescripción es un derecho de los investigados, y como tal estos quedan protegidos de la facultad que tiene el Estado de investigarlos, si pasado el término de la prescripción, no se ha procedido en esta dirección; en la vía de la investigación, operando entonces la sanción moral contra el Estado que pierde la facultad para investigar y sancionar.

De igual forma, la diferencia de la caducidad así:

“(…) La caducidad en las variadas posiciones doctrinarias y jurisprudenciales, está atada al término de plazo extintivo en sus modalidades de perentorio e improrrogable: el que, vencido, la produce sin necesidad de actividad alguna ni del disciplinante ni del disciplinado. De esta premisa parte la primera diferencia, pues existe caducidad cuando no se ha ejercitado un derecho dentro de un término que ha sido seleccionado por la ley disciplinaria para su ejercicio (contestar pliego de cargos dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación o de la des fijación del edicto – artículo 166 de la Ley 734 de febrero 5 de 2002 -) y existe prescripción cuando se extingue la acción por el abandono de quien la inició.

En la caducidad se tiene en cuenta el hecho objetivo de la falta de ejercicio de la acción dentro de los términos señalados en la ley disciplinaria, mientras que en la prescripción se considera la razón subjetiva del no ejercicio del derecho, que puede traducirse en actos negligentes u omisivos del disciplinante. (…) Las acciones caducan y las sanciones prescriben. (…)”⁴⁵

⁴⁴ Mejía Ossman Jaime, “Código Disciplinario Único”. Ediciones Doctrina y Ley Ltda... Págs. 147-148, Bogotá 2003.

⁴⁵ Ibídem. Págs. 147-148

Mientras que con respecto a la caducidad, es el transcurrir del tiempo el que provoca que la acción, no la sanción, caduque, y en este sentido su alcance responde a un hecho objetivo.

3.2 Posiciones jurisprudenciales sobre la interrupción de la prescripción en materia disciplinaria.

Una primera teoría sostiene que la ley 734 de 2002 en su artículo 30, como ya se mencionó en líneas anteriores, omitió consagrar la posibilidad de una interrupción de la acción disciplinaria, como la había traído la Ley 200 de 1995 en su artículo 34 parágrafo 1º; existiendo por el Consejo de Estado, una línea jurisprudencial permanente, bajo el entendido de que la acción disciplinaria prescribía si la Administración no lograba notificar en debida forma el fallo definitivo, es decir, el que resolvía los recursos de la vía gubernativa, posición que dejó sentada en varias jurisprudencias. Veamos:

*“Siendo consecuentes con las anteriores reflexiones para determinar el momento de interrupción de la prescripción de la acción disciplinaria, aparentemente, se llegaría a pensar que con la sola imposición de la firma del funcionario que expide la providencia, el término de prescripción se interrumpe. **NO OBSTANTE, LA SALA CONSIDERA QUE ADEMÁS DE LA SUSCRIPCIÓN DE LA PROVIDENCIA DEBE ENTENDERSE QUE ES NECESARIO QUE AQUÉLLA SE NOTIFIQUE PARA QUE SURTA PLENOS EFECTOS JURÍDICOS.**”*

*(...) En definitiva, los cinco años de prescripción de la acción disciplinaria se empieza a contabilizar para las faltas instantáneas desde el día de la consumación y, desde la realización del último acto, en las de carácter permanente o continuado; **Y SE INTERRUMPE CON LA DEBIDA NOTIFICACIÓN AL DISCIPLINADO DE LA PROVIDENCIA QUE DEFINA LA SITUACIÓN JURÍDICA.**(...)”⁴⁶ (subrayado fuera de texto)*

⁴⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, Sentencia del 19 de julio de 2007, Magistrado Ponente, doctor Alejandro Ordóñez Maldonado, Ref. 440012331000200200689 02, Número Interno: 9508.

La citada postura tiene su génesis en otras decisiones jurisprudenciales de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, entre ellas la sentencia de 23 de mayo de 2002, en la que se precisó que dentro del término de cinco (5) años que establece la ley para la prescripción de la acción disciplinaria, la autoridad competente tenía no solo que tramitar la acción, sino que además debía imponer la sanción, lo que significa que los recursos interpuestos debían estar resueltos en los términos establecidos en los artículos 44 y 45 del Código Contencioso Administrativo.

La Sentencia citada resolvió un recurso de apelación interpuesto contra la que dictó el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, el 20 de junio de 1997, que denegó las pretensiones de la demanda del Brigadier General Álvaro Hernán Velandia Hurtado, tendientes a que se declarara la nulidad de las providencias mediante las cuales la Procuraduría Delegada para los Derechos Humanos lo destituyó del cargo de Comandante del Comando Operativo de Inteligencia y Contrainteligencia del Batallón Charry Solano, por el conocimiento y aprobación de la retención, desaparición y posterior homicidio de la señora Nidya Erika Bautista.

En aquella oportunidad dicha Sala de lo Contencioso observó que en el Fallo de Primera Instancia el Tribunal consideró que no había operado la prescripción, por cuanto el comportamiento omisivo del Coronel Velandia fue indefinido en el tiempo, tesis que esta Sala no compartió por considerar inaceptable el criterio de la imprescriptibilidad y la posibilidad de que las faltas disciplinarias pudiesen ser investigadas en cualquier tiempo; en cambio sí manifestó estar de acuerdo con la afirmación de la Procuraduría, consistente en: *“(...) por tratarse de una conducta de ejecución permanente, que implicaba un constante o prolongado ocultamiento de la víctima y genera una situación de incertidumbre sobre su paradero, sólo en la medida en que la persona apareciera viva o muerta empieza a contarse término alguno de prescripción”*, razón por la cual,

aun cuando la desaparición forzada de Nydia Bautista se produjo el 30 de agosto de 1987, sólo cuando se identificó su cadáver, el 26 de julio de 1990, comenzó a contar el término de prescripción de la facultad sancionatoria. Al respecto dicha Sala manifestó:

*“(…) En el caso de análisis, como ya se relató, la decisión era de única instancia pero estaba sujeta a recurso de reposición y **debió concluirse la actuación antes del 26 de julio de 1995.***

*El asunto se definió en tiempo por la Resolución N° 13 de 5 de julio de 1995 pero esta fue recurrida y la decisión del recurso se **tomó por Resolución N° 16 de 19 de julio de 1995, todavía en tiempo, pero como no se notificó en debida forma,** los interesados interpusieron acción de tutela, en protección de su derecho constitucional fundamental al debido proceso, que les fue favorable, **razón por la cual la sentencia sólo quedó ejecutoriada el 25 de agosto de 1995, vencido el término de prescripción.** (…).⁴⁷
(Destacado fuera de texto).*

Significa lo anterior que la Resolución No. 16 de 19 de julio de 1995 quedó ejecutoriada por fuera del período quinquenal de prescripción y en consecuencia, cuando la Procuraduría Delegada impuso al actor la sanción de destitución había perdido competencia para sancionarlo.

Posteriormente apareció la tesis del Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en relación con la prescripción de la acción sancionatoria, cuando contra la sentencia referida en el aparte precedente, la Procuraduría General de la Nación [Entidad demandada], interpuso recurso extraordinario de súplica, el cual ***fue resuelto*** por la Sala Transitoria de Decisión Segunda “B”, confirmando la sentencia del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, y señaló que al “...**Afirmar que la administración, además de estar en el deber de decidir y de notificar dentro del término de cinco años a partir del acto constitutivo de la**

⁴⁷ Consejo de Estado sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 23 de mayo de 2002, Magistrado Ponente, doctor Jesús María Lemos Bustamante, Expediente N°. 17112.

falta la actuación administrativa sancionatoria también está obligada dentro de ese lapso a resolver los recursos de la vía gubernativa incluso a notificar el acto que resuelve el último recurso, es agregarle a la norma que consagra el término para ejercer la potestad sancionatoria disciplinaria una exigencia que no contempla y permite, finalmente, dejar en manos del investigado, a su arbitrio, la determinación de cuándo se ‘impone’ la sanción, porque en muchas ocasiones es del administrado de quien dependen las incidencias del trámite de notificación de las providencias.

En este orden de ideas, en el sub examine es evidente que el fallo suplicado interpretó de forma errónea el artículo 12 de la Ley 25 de 1974 con las modificaciones que le introdujo el artículo 6 de la ley 13 de 1984, porque le otorgó un equivocado entendimiento **al considerar el alcance del término de prescripción de la acción administrativa disciplinaria hasta comprendida la notificación del acto administrativo que resuelve el último recurso de la vía gubernativa.** Por el contrario, imponer la sanción disciplinaria dentro del término de cinco (5) años contados a partir del último acto constitutivo de la falta, significa que, como máximo, dentro de dicho plazo debe la autoridad pública expedir y notificar el acto administrativo principal, **es decir, el acto primigenio que resuelve y que pone fin a la actuación administrativa disciplinaria**⁴⁸ (Subrayado y negrillas fuera del texto).

Posteriormente, mediante providencia del 19 de mayo de 2011, la misma Sala de Conjuces resolvió un incidente de nulidad formulado por el Ministerio de Defensa Nacional quien adujo no haber sido notificado como parte interesada en el proceso de tutela; el proveído citado negó “la prosperidad de las nulidades propuestas”.

Por Auto de 27 de marzo de 2012, proferido en Sala Unitaria de la Sección Cuarta, decidió de oficio declarar la nulidad de todas las actuaciones surtidas en la Acción de Tutela que se viene comentando, a partir del auto admisorio proferido el 6 de

⁴⁸ Sentencia de 29 de septiembre de 2009, Magistrado Ponente, doctora Susana Buitrago Valencia, Radicación número: 11001-03-15-000-2003-00442-01(S)

julio de 2010, por la Sección Segunda, Subsección 'A', Sala de Conjuces y en consecuencia ordenó rehacer el trámite del proceso de tutela, previa notificación al Representante Legal del Ministerio de Defensa Nacional, así como a todas las personas naturales o jurídicas que puedan resultar afectadas con el resultado de la misma.

Contra la última de las decisiones referidas, el señor Álvaro Hernán Velandia Hurtado impugnó la decisión, que fue decidida por la Sección Cuarta mediante Auto de 2 de agosto del año en curso, en el sentido de confirmar el auto de 27 de marzo de 2012 y devolver el expediente a la Sección Segunda, Subsección 'A', Sala de Conjuces del Consejo de Estado, para lo de su competencia.

Finalmente la Sala Contenciosa, Sección Segunda, Subsección 'A', Sala de Conjuces, mediante Sentencia de 17 de abril de 2013, tuteló los derechos fundamentales del actor al debido proceso y derecho de defensa, para lo cual revocó la Sentencia de 29 de septiembre de 2009, proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, que resolvió el recurso extraordinario de súplica dentro del expediente 2003-00442-01, actor: Álvaro Hernán Velandia Hurtado; y en lugar dispuso dejar en firme la Sentencia de 23 de mayo de 2002, proferida por la Sección Segunda, Subsección 'B', teniendo en cuenta la siguiente fundamentación:

1. *“La sola notificación del Fallo Disciplinario de Única Instancia sin la observancia de lo previsto en el Código Contencioso Administrativo en lo relativo al agotamiento de la vía gubernativa y firmeza de los actos, constituye una vía de hecho por defecto material por desconocimiento del debido proceso.*

2. *Afirmar que a partir de la notificación de la decisión inicial [Fallo de Única Instancia de 29 de septiembre de 2009] a través de la cual se impuso una sanción disciplinaria recurrible, es que debe contabilizarse el término de prescripción contradice lo previsto en el artículo 6° de la Ley 13 de 1984 en concordancia con los artículos 26 y 27 del Decreto*

3404 de 1983, 64 del C.C.A.

3. Lo anterior, porque dentro de los procedimientos administrativos, la presentación del recurso [en el presente caso de reposición] impide la ejecutoria y obligatoriedad del acto, pues tal reposición no podría concederse en efecto devolutivo en vía gubernativa.

4. En esas condiciones, no es aceptable que la simple notificación de la decisión primigenia recurrible en proceso de ejecutoria, desvirtué la presunción de inocencia de la que goza el disciplinado y con ello, se interrumpa la prescripción.

5. Por lo anterior no puede declararse impuesta la sanción disciplinaria y terminado el proceso disciplinario, antes de que éste realmente concluya con la plenitud de las formalidades legalmente establecidas para su trámite. (...).⁴⁹

Del anterior recuento, se concluye que la Jurisprudencia vigente en materia de prescripción de la acción administrativa disciplinaria, es la contenida en la Sentencia proferida el 23 de mayo de 2002, por la Sección Segunda, Subsección 'B' del Consejo de Estado, según la cual, dentro del término prescriptivo establecido por la ley, la autoridad competente debe concluir la actuación administrativa expidiendo y notificando el acto que resuelve los recursos interpuestos contra la decisión principal que impone la sanción disciplinaria al investigado, con los cuales se agotaría la vía gubernativa.

En este orden de ideas, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, mediante providencia del veintisiete (27) de febrero de dos mil catorce (2014), concluyó:

“(...) Al ser la anterior decisión el precedente jurisprudencial vigente en relación con el cómputo del término de prescripción de la acción disciplinaria, la Sala resolverá el cargo con fundamento en la Sentencia de 19 de abril de 2013, previamente citada.

⁴⁹ Sala Contenciosa, Sección Segunda, Subsección 'A', Sala de Conjueces, Sentencia de 17 de abril de 2013, Magistrado Ponente, doctor, Conjuez Álvaro Escobar Henríquez. Actor: Álvaro Hernán Velandia Hurtado.

*Así las cosas, como la conducta reprochada al señor Patiño Velasco no es de carácter instantáneo, sino que corresponde a una falta continuada, dado que estuvo desempeñando un cargo sin tener la competencia para ello, específicamente, hasta el 25 de octubre de 2001⁵⁰, y como el Jefe del Grupo de Notificaciones del Nivel Central de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales **notificó el Fallo de Segunda Instancia el 23 de octubre de 2006**, se concluye que no han transcurrido los 5 años que la Ley le confiere al Estado para investigar las faltas que por acción u omisión cometan los servidores públicos; por ende, este cargo no está llamado a prosperar. (...)*⁵¹ (negritas fuera del texto).

Ahora bien, a partir del 12 de julio de 2011, entró en vigencia la Ley 1474 “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”, la que modificó el contenido del artículo 30 del Código Disciplinario Único, aplicable solo a partir de la aludida fecha. Veamos:

“Artículo 132. Caducidad y Prescripción de la acción disciplinaria. El artículo 30 de la Ley 734 de 2002, quedará así:

La acción disciplinaria caducará si transcurridos cinco (5) años desde la ocurrencia de la falta, no se ha proferido auto de apertura de investigación disciplinaria. Este término empezará a contarse para las faltas instantáneas desde el día de su consumación, para las de carácter permanente o continuado desde la realización del último hecho o acto y para las omisivas cuando haya cesado el deber de actuar.

La acción disciplinaria prescribirá en cinco (5) años contados a partir del auto de apertura de la acción disciplinaria. Cuando fueren varias las conductas juzgadas en un mismo proceso la prescripción se cumple independientemente para cada una de ellas.

⁵⁰ Fecha en que culminaba la incapacidad; Certificado visible a folio 88.

⁵¹ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, Consejera Ponente, doctora, Bertha Lucia Ramírez de Páez (E), N°.11001-03-25-000-2012-00888-00(2728-12), Actor: Albeiro Freddy Patiño Velasco.

PARÁGRAFO. *Los términos prescriptivos aquí previstos quedan sujetos a lo establecido a los tratados internacionales que Colombia ratifique.*⁵²

El artículo 132 de la ley 1474 lleva a concluir que la caducidad, en materia disciplinaria, es un instituto jurídico en virtud del cual se limita en el tiempo el derecho que tiene el Estado para dar inicio a la acción disciplinaria, de manera que al amparo de esta mandato legal cualquier decisión sancionatoria contra funcionario público sería ilegal.

Ahora bien, como institutos jurídicos liberadores de la responsabilidad, deberá entenderse que contienen un derecho sustantivo a favor del disciplinado, pues lo benefician de la garantía constitucional que le asiste a todo ciudadano para que se le defina su situación jurídica en un plazo razonable, pues no puede quedar sujeto perennemente a la posibilidad de que se le cuestione por su proceder o a la imputación que se ha proferido en su contra.

En este orden de ideas, si la caducidad y la prescripción comportan garantías sustantivas para el disciplinado, mal puede considerarse que las disposiciones que las modifican en la ley 1474 de 2011, puedan ser de efecto general inmediato, como ocurre con las normas procesales (artículo 7° del Código Disciplinario Único).

En consecuencia, los procesos disciplinarios que al 12 de julio de 2011, se encontraban en curso, y aún aquellos que no se hubieren iniciado para dicha fecha, pero se refieran a hechos acaecidos antes de ella, deberán tramitarse conforme a la norma original de la ley 734 de 2002, es decir, sin que el artículo 132 de la ley 1474 los afecte.

⁵² Ley 734 del 2002, artículo 30, Colombia, Congreso de la República, Diario Oficial 44699 del 5 de febrero de 2002

Por otra parte, siendo coherentes con el inciso primero del artículo 132 de la ley 1474, debe entenderse que la apertura de la acción disciplinaria se da con el auto de apertura de investigación. Con dicha providencia se formaliza la existencia de la investigación, dándole al investigado la calidad de tal; de allí deriva el deber del Estado de decidir el mérito de la actuación procesal con celeridad, como correlato necesario del derecho del investigado a no permanecer sub iudice indefinidamente.

Ahora bien, el término de prescripción que desde dicha providencia se contabiliza (cinco años), se interrumpe con la expedición del fallo definitivo, que no es otro que el de segunda instancia.

Para reafirmar ésta posición, se ha conocido sobre el fenómeno prescriptivo y firmeza del fallo de segunda instancia, la decisión adoptada por la Honorable Corte Constitucional, en la sentencia de tutela T-282 A del 12 de abril de 2012, con Ponencia del Honorable Magistrado Luis Ernesto Vargas Silva, en donde al tratar este mismo tema, en uno de sus apartes, señaló:

“(…) Con relación al segundo tema, el marco jurídico vinculante es el artículo 187 del C.P.P, el cual presupone que para que ciertas providencias tengan efectos jurídicos deben ser notificadas, entre ellas las sentencias de fondo. El “término de prescripción de la acción penal previsto en el inciso 2° del artículo 86 del Código Penal, no se extingue por la imposición de la pena mediante una decisión en firme y ejecutoriada, sino hasta que dicha providencia sea efectivamente notificada. Ahora bien, si de acuerdo con lo expuesto, la notificación de la sanción penal es la que extingue la prescripción de la acción del inciso 2° del artículo 86 del Código Penal y no la decisión en firme y ejecutoriada”⁵³. Por ello, esta Corporación fijó como ratio decidendi que “una vez efectuada la notificación personal o realizada la notificación por edicto (en caso de no ser posible la primera), se entiende que los sujetos procesales conocieron la decisión judicial, y a partir de ese momento se extingue el término de prescripción de la acción y empieza a contar la prescripción de la pena”.

⁵³Corte Constitucional, Sentencia C-641 de 2002 Magistrado Ponente, doctor, Rodrigo Escobar Gil.

*En suma, el término de la prescripción de la acción disciplinaria se cumplirá en 5 años, interregno que comenzará a contarse para las faltas permanentes desde el último acto de perfeccionamiento de la conducta, mientras que para las instantáneas al momento de la consumación de la falta. Adicionalmente, **LA FIGURA EXTINTIVA DE LA ACCIÓN NO CUENTA CON UN EVENTO DE INTERRUPCIÓN**, por lo tanto, **SOLO PUEDE EVITARSE SU CONFIGURACIÓN CUANDO SE NOTIFIQUE DE FORMA PERSONAL O POR EDICTO LA SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA EN EL PROCESO DISCIPLINARIO**. (...)»⁵⁴ (el subrayado, las mayúsculas sostenidas y negrillas fuera del texto).*

Sumado a la anterior jurisprudencia Constitucional (de aplicación preferente a la de cualesquier otra alta corte), nos permitimos transcribir la parte considerativa de la sentencia proferida por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, del 10 de octubre de 2012, dentro del radicado No. 660011102000200700117 03 - Registro proyecto: 31-08-2012 - Magistrado Ponente: Dr. HENRY VILLARRAGA OLIVEROS -Aprobado en Sala Según Acta No. 087 de la misma fecha, en donde en un caso similar al que aquí nos ocupa, decidió:

*“(...) **Es en virtud del principio de publicidad en el trámite de las actuaciones disciplinarias y en aras de preservar y garantizar el derecho a la defensa del disciplinado, acogiendo lo preceptuado en el fallo C- 1076 de 2002⁵⁵ que no sea admisible que una vez se profirió la decisión de segunda instancia, quedando en firme está el 22 de marzo de esta anualidad, solo hasta el 17 de abril de hogaño se haya notificado por edicto, tiempo para el cual efectivamente la acción disciplinaria había prescrito, si se tiene en cuenta que los hechos por los cuales se investigaba al funcionario ocurrieron el 31 de marzo de 2007.**”*

Teniendo en cuenta los presupuestos anteriormente señalados, es procedente, revocar la providencia de primera instancia, para declarar la prescripción de la acción disciplinaria alegada por el apelante, pues este término, no se extingue con la ejecutoria de la sentencia, sino hasta

⁵⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-282 A del 12 de abril de 2012. Magistrado Ponente, doctor, Luis Ernesto Vargas Silva.

⁵⁵ C-1076 de 2002” De tal suerte que, a juicio de la Corte, en materia disciplinaria se aplica también la regla según la cual las decisiones de segunda instancia mediante las cuales se resuelven los recursos de apelación y queja quedan ejecutoriadas no con la simple suscripción de la misma sino con su notificación. Magistrado Ponente, doctora, Clara Inés Vargas Hernández, Diciembre 5 de 2002.

que la misma sea notificada.⁵⁶(...). (Subrayado y negrillas fuera del texto).

De lo transcrito se concluye que, una vez efectuada la notificación personal o realizada la notificación por edicto (en caso de no ser posible la primera), se entiende que los sujetos procesales conocieron la decisión judicial, y a partir de ese momento se extingue el término de prescripción de la acción y empieza a contar la prescripción de la pena.

Estos fragmentos jurisprudenciales son claramente un ejemplo de que el fenómeno de la prescripción de la acción disciplinaria, se interrumpe con la notificación del fallo de segunda instancia y no de la notificación del fallo de primera o única instancia, lo que adquiere plena lógica, pues el término otorgado por la ley, es suficiente para que el operador disciplinario logre adelantar en debida forma el procedimiento, si se respeta a cabalidad los términos establecidos para acatar cada etapa y se profieren los fallos de primera y segunda instancia oportunamente.

La problemática en cuanto a la interrupción de la prescripción se incrementa en cuanto a pesar de que en la sentencia del Consejo de Estado del 29 de septiembre de 2009 se unifica el tratamiento que debería otorgarse a la figura de la prescripción y a la interrupción de la misma en materia disciplinaria, indicando que se concreta al momento de la expedición del fallo de primera o única instancia debidamente notificado, se observa que de esta manera se han dado posiciones contrarias, llamando la atención que siendo que una de ellas corresponde a un fallo de naturaleza constitucional, jurisdicción que previamente habían desarrollado el tema, a un fallo de la Sala Contenciosa, Sección Segunda, Subsección 'A', Sala de Conjueces, del 17 de abril de 2013, que tuteló los

⁵⁶ C-1076 de 2002 de tal suerte que, a juicio de la Corte, en materia disciplinaria se aplica también la regla según la cual las decisiones de segunda instancia mediante las cuales se resuelven los recursos de apelación y queja quedan ejecutoriadas no con la simple suscripción de la misma sino con su notificación.”

derechos fundamentales del actor al debido proceso y derecho de defensa, revocando la mencionada sentencia de 29 de septiembre de 2009.

A través de ésta, se dio plena vigencia como precedente jurisprudencial a la sentencia proferida el 23 de mayo de 2002, por la Sección Segunda, Subsección 'B' del Consejo de Estado, expediente 17112, Actor: Álvaro Hernán Velandia Hurtado, posición ratificada por el Consejo de Estado del 27 de febrero de 2014, bajo el radicado No. 11001-03-25-000-2012-00888-00(2728-12), C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez (E).

Sin embargo, en el 2014 el Consejo de Estado en sentencia del 13 de febrero de 2014 bajo el radicado No. (0328-12), C.P. Alfonso Vargas Rincón ratifica la primera posición; circunstancia esta que obliga a un estudio y análisis detallado del tema en aras de determinar cuál de las hipótesis es la correcta bajo el estudio conexo de las garantías constitucionales fundamentales al debido proceso y al derecho a la defensa.

Esto, aunado con la modificación impuesta al artículo 30 de la ley 734 de 2002 por parte de la ley 1474 de 2011 que además de sujetar el cómputo del término de la prescripción de la acción disciplinaria a la expedición del auto de apertura de la acción disciplinaria, es decir, de la investigación disciplinaria propiamente dicha más no de la indagación preliminar, trae consigo la novedad de la caducidad, término este también de cinco (5) años, computado desde la fecha de ocurrencia de los hechos (aplicación diferente para faltas instantáneas y faltas permanentes o continuadas), hasta cuando se profiera auto de apertura de investigación disciplinaria, lo que nos conduce a indagarnos si con la modificación impuesta por esta norma, se implementa la caducidad como una forma de encubrir la ampliación del término de prescripción, concediéndole al operador jurídico la posibilidad de dilatar en forma injustificada su accionar, pensando incluso que se revivió en cierta forma el parágrafo primero de la ley 200 de 1995 en una forma

excesiva.

Sobre esto, es necesario traer a colación los planteamientos esbozados por la Procuraduría Auxiliar para asuntos disciplinarios, en concepto No.C-135-2011 del 6 de octubre de 2011 que en lo referente a la acción disciplinaria y a las figuras de la prescripción y la caducidad reguladas por la ley 1474 de 2011 ha señalado lo siguiente:

“(...) Siendo coherentes con el inciso primero del artículo 132 de la ley 1474, debe entenderse que la apertura de la acción disciplinaria se da con el auto de apertura de investigación. Con dicha providencia se formaliza la existencia de la investigación, dándole al investigado la calidad de tal; de allí deriva el deber del Estado de decidir el mérito de la actuación procesal con celeridad, como correlato necesario del derecho del investigado a no permanecer sub iúdice indefinidamente.

Ahora bien, el término de prescripción que desde dicha providencia se contabiliza (cinco años), se interrumpe con la expedición del fallo definitivo. (...).”⁵⁷

Por último, debemos señalar que otro interrogante que se debe absolver en el desarrollo de esta investigación corresponde a la aplicación del principio de favorabilidad en materia disciplinaria en cuando a la entrada en vigencia de la ley 1434 de 2011, especialmente en el tratamiento que a la prescripción corresponde.

El principio de favorabilidad se encuentra regulado por el artículo 14 de la ley 1474 de 2011 así:

“Artículo 14. Favorabilidad. *En materia disciplinaria la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Este*

⁵⁷Procuraduría Auxiliar para asuntos disciplinarios, Concepto No.C-135-2011 del 6 de octubre de 2011

*principio rige también para quien esté cumpliendo la sanción, salvo lo dispuesto en la Carta Política.*⁵⁸

Sobre el particular, conviene señalar algunos conceptos de la Procuraduría General de la Nación, en los cuales el ente de control precisa:

“(…) En este orden de ideas, si la caducidad y la prescripción comportan garantías sustantivas para el disciplinado, mal puede considerarse que las disposiciones que las modifican en la ley 1437 de 2011, pueden ser de efecto general inmediato, como ocurre con las normas procesales (artículo 7° del C.D.D.)

*En consecuencia, estima esta Procuraduría Auxiliar que los procesos disciplinarios que el 12 de julio se encontraban en curso, y aún aquellos que no se hubieren iniciado para dicha fecha, pero se refieran a hechos acaecidos antes de ella, deberán tramitarse conforme a la norma original de la Ley 734 de 2002, es decir, sin que el artículo 132 de la ley 734 los afecte. (…)*⁵⁹

Para finalizar, tenemos que los renombrados posicionamientos jurisprudenciales marcan una pauta que obliga a los operadores disciplinarios a actuar con diligencia y cuidado en aras de salvaguardar los intereses de la sociedad y aplicar de manera ejemplar las sanciones del caso, o resolver de manera favorable al investigado su situación. En otras palabras, al actuar diligentemente, se garantiza el cumplimiento de los objetivos tanto de la acción como de la sanción disciplinaria. Contrario a esto, no hacerlo, representa que contra el operador disciplinario se devuelva la acción disciplinaria y su actuar omisivo se constituye como falta en su contra. Ante ésta eventualidad, quien terminaría respondiendo disciplinariamente por la conducta investigada sobre la que opera la prescripción, sería el mismo operador disciplinario.

⁵⁸Ley 734 del 2002, artículo 30, Colombia, Congreso de la República, Diario Oficial 44699 del 5 de febrero de 2002

⁵⁹Procuraduría Auxiliar para asuntos disciplinarios, Concepto No.C-135-2011 del 6 de octubre de 2011

CONCLUSIONES.

De conformidad con el desarrollo del tema y el contexto analizado del mismo, y al amparo de los objetivos planteados, se concluye la evidente diferencia entre caducidad y prescripción; pues, mientras la primera representa una sanción a actos negligentes de quien activa el aparato judicial y procede no atendiendo en las oportunidades procesales establecidas por ley sus obligaciones profesionales, por lo cual la ley ha determinado que se le extingue la acción; la segunda se materializa en la extinción del derecho, de allí que la caducidad disponga de elementos funcionales o que operen en términos de la prescripción extintiva.

Ahora bien, la prescripción no solamente opera en materia civil, sino que también tiene aplicación en las diversas ramas del derecho, lo cual le ha dado mayor trascendencia a esta figura; aunque con excepción en asuntos contenciosos administrativos, en donde se encuentra limitado a efectos de los medios de control, en cuyo caso se hace necesario que sea un Juez de la Republica quien determine la misma; de manera que en otras ramas del derecho, como por ejemplo en materia penal, en virtud de la ley 1309 de 2009, dicha figura adquiere vigencia a efectos de la pena privativa de la libertad, limitada ella entre un mínimo de cinco (5) y veinte (20) años, con excepción de conductas tipificadas contra los derechos humanos, en cuyo caso la prescripción llega a los treinta (30) años; pero para su interrupción en asuntos penales, el término prescriptivo debe empezar a contarse a partir del momento en que se hace la imputación del delito; a su vez, en materia laboral, la prescripción tiene tratamiento diferente, ya que el término prescriptivo es de 3 años, contados desde el momento en que la respectiva obligación se haya hecho exigible, el cual se interrumpe cuando el trabajador haya elevado algún reclamo, por escrito, al empleador.

A su vez, en el escenario del control fiscal, de conformidad con lo establecido por la Ley 610 de 2000, el término prescriptivo es de 5 años, contados a partir del auto de apertura del proceso de Responsabilidad Fiscal; mientras que en materia disciplinaria, en los términos del artículo 132 de la Ley 1474 del 2011, tal figura empieza a computarse a partir del momento en que se decreta la apertura de la investigación disciplinaria hasta el fallo definitivo.

Como puede apreciarse, la prescripción presenta diversos momentos procesales respecto de su interrupción, lo cual marca un tratamiento sustancial diferencial entre una y otra rama del derecho, resaltándose así que en materia disciplinaria la prescripción empieza a computarse, como se ha dicho, a partir del momento en que se decreta la apertura de la investigación disciplinaria hasta el fallo definitivo; y en este contexto existe pronunciamiento jurisprudencial, que ha guardado el mismo alcance interpretativo que le hemos dado a la interrupción de la prescripción, que es la que se ha demostrado y anotado anteriormente.

De otro lado, teniendo en cuenta la modificación que trae la Ley 1474 del 2011 en relación con la Ley 734 del 2002, es preciso señalar que la implementación de la caducidad y la modificación a la prescripción, nos llevan a concluir, que un comportamiento objeto de ésta clase de actuaciones puede tener una duración, in extenso, de casi diez (10) años, pues el legislador estableció un término de cinco (5) años para que no opere su caducidad (partiendo de la ocurrencia de la conducta y hasta la apertura de la investigación disciplinaria) y un término de cinco (5) años, para el fenómeno prescriptivo, contados desde la fecha de apertura de la Investigación disciplinaria y hasta antes del fallo definitivo, que no es otro que el de segunda instancia.

Como un aporte a nuestro trabajo de investigación en punto de la problemática analizada consideramos pertinente la necesidad de sugerir al señor Procurador General de la Nación, en su defecto al Ministerio de Justicia o algunos de los

miembros del Congreso de la República (Senadores o Representantes) la presentación de un proyecto de Ley que ponga fin a la ambigüedad existente con el siguiente texto:

Primera Propuesta:

PROYECTO DE LEY N° ----- DE 2016, SENADO

“Por medio de la cual se adiciona una norma a la Ley 1474 de 2011”

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

DECRETA:

Artículo 1°. Adicionase al artículo 132 de la Ley 1474 de 12 de julio del 2011 el siguiente inciso Tercero:

“La prescripción de la acción disciplinaria se interrumpirá con la notificación formal y material del fallo de segunda instancia.

Artículo 2°. La presente Ley rige a partir de su publicación y deroga las demás disposiciones que le sean contrarias.

Segunda Propuesta:

PROYECTO DE LEY N° ----- DE 2016, SENADO

“Por medio de la cual se adiciona una norma a la Ley 1474 de 2011”

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

DECRETA:

Artículo 1°. Adiciónese al artículo 132 de la Ley 1474 de 12 de julio del 2011 el siguiente inciso Tercero:

“No puede declararse impuesta la sanción disciplinaria y terminado el proceso, hasta que éste concluya, con la plenitud de las formalidades legales, es decir hasta que se resuelva y notifique el fallo de segunda instancia.”

Artículo 2°. La presente Ley rige a partir de su publicación y deroga las demás disposiciones que le sean contrarias.

BIBLIOGRAFÍA

Normatividad:

Constitución:

Constitución Política de Colombia de 1991.

Decretos:

Decreto 3135 de 1968.

Decreto 1848 de 1969.

Leyes:

Ley 57 de 1887 (Código Civil).

Ley 105 de 1931.

Ley 2663 del 5 de agosto de 1950 (Código Sustantivo del Trabajo).

Ley 42 de 1993.

Ley 200 de 1995 (Código Disciplinario Único).

Ley 599 de 2000.

Ley 610 de 2000.

Ley 734 de 2002 (Código Disciplinario Único).

Ley 791 de 2002.

Ley 1154 de 2007.

Ley 1309 de 2009.

Ley 1437 de 2011.

Ley 1474 de 2011.

Textos Consultados:

Alessi, Renato. Instituciones de Derecho Administrativo, Barcelona, 1970, trad. Buenaventura Pellisé, T. I. pág. 231

Bielsa, Rafael. Derecho Administrativo, T. III. Buenos Aires, 1964. Editorial La Ley.

Blog Sánchez, Bermejo, David, Explicando leyes a todos los públicos, Publicación del 15 de diciembre de 2012.

Bulla Romero, Jairo Enrique, Manual de Derecho Disciplinario 4º Edición, ediciones nueva Jurídica, 2014Bogotá.

Colombia. Código Penal-Ley 599 de 2000. Bogotá, D.C., Edit 31, Leyer, 2014.

Colombia. Código Disciplinario Unico-Ley 734 de 2002. Bogotá, D.C., Edit 4, Leyer, 2014.

Colombia. Código Disciplinario Unico-Ley 1474 de 2011. Bogotá, D.C., Edit 3, Leyer, 2012.

Coviello, Nicolás. Doctrina General del Derecho Civil. Traducción de Felipe de Jesús Tena. Cuarta Edición. Ed. Hispano – Americana; México, 1949.

Fiorini, Bartolomé. Manual de Derecho Administrativo, T. I., Buenos Aires.

García de Enterría y Fernández, Curso de derecho Administrativo, Tomo II, Madrid, Civitas, 1986.

Gómez Perdomo, Ignacio, Suspensión e interrupción de la prescripción laboral, Tomo 8, Universidad la Gran Colombia, Bogotá, 2004.

González, Tafur Álvaro. Código Civil Anotado. Trigésima Primera Edición, Editorial. LEYER. Bogotá D.C. 2012.

Gaviria Tobon, Esteban y Ortiz Chirán, José Mauricio, Análisis crítico al cómputo e interrupción de la prescripción de acciones laborales, conforme a proveidos Constitucionales, diferentes legislaciones y derechos humanos laborales, Universidad de San Buenaventura, Seccional Cali, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas Santiago de Cali, 2013.

González Rodríguez, Miguel. La Función Pública de Colombia. Ediciones Rosaristas, Bogotá, 1985.

Gutiérrez y González, Ernesto. Derecho de las Obligaciones. Quinta Ed. Editorial Cajicá; Puebla, México, 1978.

Prat, Julio E. Derecho Administrativo, T.I., Montevideo, 1997.

Pabón Parra, Pedro Alfonso, Manual de Derecho Disciplinario, 4º Edición, Revisada- actualizada y ampliada Regímenes Disciplinarios de Profesiones Artes y Oficios.

Lares Martínez, Eloy, Manual de Derecho Administrativo, 3ª edición Caracas, 1975.

López, Blanco, Hernán Fabio. Procedimiento Civil. Tomo I General.

Manual de Derecho Disciplinario 4º Edición Jairo Enrique Bulla Romero, Ediciones Nueva Jurídica 2014.

Manual de Derecho Disciplinario, 4ª Edición, Revisada-Actualizada y Ampliada Regímenes Disciplinarios de Profesiones Artes y Oficios.

Ortolán, Manuel. Explicación histórica de las instituciones del emperador Justiniano. Ed. Bibliográfica Omeba; Buenos Aires, Argentina, 1960.

Prat, Julio E. Derecho Administrativo, T. I., Montevideo, 1977.

Pabón Parra, Pedro Alfonso, Manual de Derecho Penal, Tomo I, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2013.

Rodríguez, Gustavo Humberto. Derecho Administrativo Disciplinario. Ediciones Librería de Profesional, Bogotá, 1989.

Ramírez Díaz, Yuri Constanza, tesis realizada para optar por el título de Magister en Derecho Administrativo. Universidad del rosario, Facultad de Jurisprudencia 2015.

Saa Velasco, Ernesto. Teoría Constitucional Colombiana. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Santa Fe de Bogotá, 1995.

Tesis sobre Derecho Administrativo realizada por Yuri Constanza Ramírez Díaz, para optar por su título de Magister en Derecho Administrativo. Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia.

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA:

Corte Constitucional. Sentencia C- 556 del 31 de mayo de 2001, Magistrado Ponente, doctor, Álvaro Tafur Galvis, Expediente. D-3259.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, Radicación 30249, Bogotá D.C., mayo 28 de 2002. Magistrado ponente, doctor, Javier Zapata Ortiz.

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL:

Corte Constitucional, Sentencia C-427 de 29 de septiembre de 1994, Magistrado Ponente, doctor, Fabio Morón Díaz, Expediente N°. D-562.

Corte Constitucional, Sentencia C-472 del 29 de septiembre de 1994, Magistrado Ponente, doctor, Fabio Morón Díaz, Expediente No. D-562

Corte Constitucional, Sentencia C-083 de 1995, Magistrado Ponente, doctor, Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional, Sentencia C-244 del 30 de mayo de 1996, Magistrado Ponente, doctor, Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional, Sentencia del 11 de marzo de 1999, Magistrado Ponente, doctor, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Sección Segunda, Expediente 14394-1794 de 1998.

Corte Constitucional, Sentencia C-832 del 2001, Magistrado Ponente, doctor, Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional, Sentencia C-556 del 31 de mayo de 2001, Magistrado Ponente, doctor, Álvaro Tafur Galvis, Expediente D-3259.

Corte Constitucional, Sentencia C-713 de 2001, Magistrado Ponente, doctora, Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional Sentencia C- 641 del 2002, Magistrado Ponente, doctor, Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional, Sentencia C-948 del 6 de noviembre de 2002, Magistrado Ponente, doctor, Álvaro Tafur Galvis, Expedientes D-3937 y D-3944.

Corte Constitucional, Sentencia C-1076 del 5 de diciembre del 2002, Magistrado Ponente, doctora, Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional, Sentencia C-125 de 2003, Magistrado Ponente, doctor, Marco Gerardo Monroy Cabra,

Corte Constitucional, Sentencia T-735 del 5 de agosto del 2004, Magistrada Ponente, doctora, Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional, Sentencia de tutela T-282 A, 12 de abril de 2012, Magistrado Ponente, doctor, Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional, Sentencia C-401 del 3 de julio del 2013, Magistrado Ponente, doctor, Mauricio González Cuervo, Expediente D-9373.

Corte Constitucional, Sentencia C- 593 del 20 de agosto de 2014, Magistrado Ponente, doctor, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Expediente D-10032.

JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO:

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección “B”, Magistrado Ponente, doctor, Alejandro Ordóñez Maldonado, Ref.: 440012331000200200689 02, N° Interno 9508, 19 de julio de 2007.

Sentencia del 29 de septiembre del 2009, Magistrado Ponente, doctora, Susana Buitrago Valencia, radicado N°. 11001-0315-000-2003-00442-01 (S). Actor: Álvaro Hernán Hurtado.

Radicado 54001110200020080053400 del 8 de Noviembre de 2010, Magistrado Ponente, doctora, Julia Emma Garzón de Gómez, 11001010200020110273200 del 8 de febrero de 2012.

Radicado 11001010200020110194500 del 5 de julio de 2012, Magistrado Ponente, doctor, Angelino Lizcano Rivera. Magistrado Ponente, doctor, Jorge Armando Otálora Gómez.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, Magistrado Ponente, doctor, Bertha Lucia Ramírez de Páez (E), Radicación No.11001-03-25-000-2012-00888-00(2728-12), Providencia del (27) de febrero de 2014 y Fallo de Segunda Instancia de octubre 23 de 2006.

DOCTRINA DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN:

Procuraduría General de la Nación, Directiva N° 016, 30 de noviembre de 2011.

Procuraduría Auxiliar para asuntos disciplinarios, oficio 003720 de 2012, PAD. C-126 del 23 de abril de 2012, Dr. Rafael José Durán Mantilla.