

DERECHO DISCIPLINARIO – Autonomía / PROCESO DISCIPLINARIO – Diferencia proceso penal

Tanto la jurisprudencia constitucional como la de esta Corporación ha dejado claro que si bien los diferentes regímenes punitivos comparten elementos comunes, cada una de ellos tiene su peculiaridad, en especial, el penal y el disciplinario, dado que la misma conducta puede ser sancionada en estos ámbitos sin que haya violación al principio *non bis in idem*. En armonía con lo expuesto, la conclusión no puede ser otra diferente a la independencia del proceso disciplinario del penal, eso sí con la advertencia que comparten entre otros aspectos, los principios rectores de tipicidad y legalidad, integrando el debido proceso, dado que como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional el principio de legalidad: (i) otorga certidumbre normativa sobre la conducta y la sanción a imponer; (ii) exige que el texto predeterminado tenga fundamento directamente en la ley, sin que sea posible transferir tal facultad al Gobierno o a las autoridades administrativas, por ser una competencia privativa del legislador (iii) constituye una salvaguarda de la seguridad jurídica de los ciudadanos; (iv) protege la libertad individual; (v) controla la arbitrariedad judicial y administrativa; y (vi) asegura la igualdad de todas las personas ante el poder punitivo y sancionador del Estado.

DERECHO DISCIPLINARIO – Dolo y Culpa / OPERADOR DISCIPLINARIO – Determinar quien actuó de manera imprudente o quien con la intención positiva de lesionar / LEY DISCIPLINARIA – Finalidad de prevención y buena marcha de la gestión pública

Como se dijo en el aserto de las diferencias, en materia penal al igual que en el campo disciplinario, la sanción por la comisión de una conducta reprochable sólo tiene lugar por acciones dolosas o culposas y la determinación de esa conducta depende de la naturaleza misma del comportamiento, es decir, de su subjetividad, lo que irrestrictamente impone la proscripción de la responsabilidad objetiva. En ese sentido le corresponde al Operador Disciplinario determinar quien actuó de manera imprudente o quien lo hizo con la intención positiva de lesionar. En materia disciplinaria es reconocido que la regla general sancionatoria es la culpa, cuyo sistema como ya se dijo, se ha denominado de los números abiertos o *numerus apertus*, *contrariu sensu* a aquel de números cerrados o *clausus* del derecho penal. Y es que aquí vale la pena recordar que la transportabilidad de los principios del derecho penal no es plena, sino que admite excepciones y atenuaciones. En efecto, la ley disciplinaria tiene como finalidad específica la prevención y buena marcha de la gestión pública, así como la garantía del cumplimiento de los fines y funciones del Estado en relación con las conductas de los servidores públicos que los afecten o pongan en peligro. El derecho penal, por su parte, no establece prohibiciones ni formula mandatos, y castiga a quien ha incurrido en la conducta descrita en el tipo, pero no contiene preceptos deónticos, preventivos o cautelares que persigan el funcionamiento pacífico de la dinámica de la sociedad a la cual se aplican, como si lo es en el derecho disciplinario. Deviene afirmar, que el dolo o la culpa en materia disciplinaria parte del artículo 122 Constitucional, cuando el funcionario asume sus funciones y se compromete solemnemente a cumplir con la Constitución, la ley y los reglamentos que rige

la función que va a desempeñar. Lo anterior implica, que el servidor público puede exonerarse de responsabilidad demostrando que ha incurrido en la situación vulneradora en contra de su querer o intención, escenario que obliga al operador a demostrar a través de indicios externos que su voluntad no estaba dirigida a atender las normas.

FUGA DE PRESOS – Conducta dolosa / CONDUCTA DOLOSA – Ontología de la falta

La Procuraduría en 1ª instancia, señaló que la conducta fue dolosa toda vez que el Director Ramos Fontalvo, sabía que el interno se había fugado antes del mismo centro carcelario, lo que obligaba a tomar medidas especiales de seguridad y más el día de la fuga porque había más afluencia de personal foráneo y no lo hizo, y era su responsabilidad como jefe de ese establecimiento. A su vez la 2ª instancia confirmó el análisis del a quo, no obstante el disciplinado allegó para demostrar su diligencia y gestión varios oficios en donde solicitaba a la secretaría de gobierno aumento de personal de guardia y adquisición de armas de fuego, con la tesis de que esos requerimientos eran propios de su ejercicio cotidiano y no era una actividad especial con relación al interno Jhon Fredy Rojas Marín sobre el cual no ejerció ninguna actividad específica, conforme se evidencio de las pruebas.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

Bogotá D. C. veintiséis (26) de septiembre de dos mil doce (2012)

Radicación número: 11001-03-25-000-2010-00127-00(0977-10)

Actor: GABRIEL ENRIQUE RAMOS FONTALVO

Demandado: NACIÓN-PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACION

Decide la Sala la acción de nulidad y restablecimiento del derecho de única instancia formulada por **GABRIEL ENRIQUE RAMOS FONTALVO** contra la **NACIÓN-PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN**.

I. ANTECEDENTES

La actora por conducto de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, instauró demanda contra la Nación – Procuraduría General de la Nación, para que se declare la nulidad parcial del acto administrativo integrado por las decisiones proferidas el 8 de mayo de 2007 y 24 de julio de 2008, emitidas por el Viceprocurador y el Procurador General de la Nación respectivamente, que le impusieron destitución e inhabilidad general por 11 años para el ejercicio de funciones públicas.

A título de restablecimiento del derecho solicitó el reintegro a cualquier cargo y el pago de los daños, perjuicios y costas del proceso generadas por la sanción impuesta y por el tiempo no laborado, dando cumplimiento a los términos del artículo 176 del C.C.A.

1. Soporte Fáctico.

Como **hechos** de la acción señaló:

Que se desempeñó como Jefe del Departamento de la Cárcel Distrital para Varones del Distrito Industrial y Portuario de Barranquilla, desde su posesión el 22 de enero de 2004 en un horario de 8 a 12 A.m. y 2 a 6 P.m.

Que una vez empezó a organizar el centro carcelario se generó un clima de tensión entre los guardianes que concedían privilegios y los reclusos que los gozaban, entre ellos, Jhon Freddy Rojas Marín a quien no conocía, pero que salía conforme se lo permitían los guardianes Omar Florez Ortiz, Emiro de Moya Martínez y Ramiro Peñaloza, tanto que un día se fue y no volvió, por lo que tuvieron que buscarlo y a la fuerza reingresarlo, hecho que el actor no conocía dado que llevaba 30 días en su cargo. Ante estas situaciones,

le pidió al Alcalde Distrital más guardianes pero le fue negada la petición por falta de recursos.

Que el 8 de marzo recibió la orden del Juzgado Penal del Circuito Especializado de trasladar al interno Freddy Rojas Marín, de la cárcel Distrital para varones a la Modelo con apoyo del Inpec, por lo que solicitó su colaboración, pero como no se pudo trasladar el miércoles se dejó para el jueves, con la desafortunada noticia de que este recluso se había volado al medio día, en el tiempo de su almuerzo. Ante tal situación, le pidió explicaciones al comandante de guardia y al guardián, pero como ellas no le satisficieron, denunció este hecho ante la fiscalía, en donde se produjo resolución de acusación contra unos funcionarios pero no en su contra.

Que la Viceprocuraduría abrió investigación colectiva, sin que fueran valoradas las pruebas documentales que él aportó y las que solicitó, y que simplemente arrió los testimonios de los guardianes citados, que casualmente eran los que concedían los permisos sin autorización de ninguna autoridad y estaban de turno el día de la fuga.

Finalmente aseveró, que su conducta no puede ser calificada como dolosa porque no incurrió en conducta omisiva, toda vez, que él había solicitado antes de la fuga de Jhon Freddy Rojas Marín, incremento de la planta de guardianes y si ello no fue posible, no fue por su laxitud.

2. Normas violadas y concepto de violación.

2.1 Constitución Nacional artículos 1, 2, y 90.

Código Contencioso Administrativo, Arts. 77, 85 y del 206 al 214

Ley 153 de 1887, artículos 4, 5, y 8.

El concepto lo desarrolla desde el cargo de violación al debido

proceso.

3. Contestación de la demanda.

Se opuso a las pretensiones de la demanda. Afirmó, que de la lectura de la misma se encuentra que no se alega ninguna causal de las señaladas en el artículo 84 del C.C.A. y por el contrario se pretende revivir la instancia.

De otro lado señaló, que no es posible justificar la conducta del disciplinado porque la fuga se dio en las horas de almuerzo, limitando las responsabilidades a solicitar o a denunciar la falta de apoyo logístico. Que había antecedentes sobre este recluso y por eso su conducta es una flagrante omisión del deber de funcionario público.

Finalmente, advirtió que no se puede aplicar el concepto de dolo y culpa propios del código civil, porque las reglas del disciplinario son sui generis y lo mismo puede predicarse de la autonomía del régimen disciplinario respecto del penal.

4. Alegatos

4.1 Del demandante y el demandado

No hubo pronunciamiento en esta etapa procesal

4.2. Concepto del Ministerio Público

Consideró que las pretensiones deben ser denegadas. Recordó para tal efecto la jurisprudencia de esta Corporación en cuanto a la competencia y lo mismo hizo en lo relativo al precedente que diferenció la acción disciplinaria de la penal, para concluir, que la imposición de la sanción de destitución e inhabilidad

obedeció a los preceptos normativos contenidos en el Código Disciplinario.

5. Trámite procesal

Por medio del auto de 17 de marzo de 2010, el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito Judicial de Barranquilla declaró la nulidad de lo actuado y remitió a esta Corporación por competencia funcional el asunto que se tramita (fls.379-380 del c.p). Por asignación de reparto, este Despacho admitió la demanda y negó la suspensión provisional mediante auto de 04 de noviembre de 2010 (fl. 94-95).

Agotado el trámite procesal y al no observar causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir previas las siguientes,

II. CONSIDERACIONES.

1. Competencia

El presente asunto es competencia en única instancia del Consejo de Estado¹, porque se controvierte una sanción disciplinaria administrativa consistente en la destitución del cargo e inhabilidad general por 11 años, expedida por una autoridad nacional, como es, la Procuraduría General de la Nación.

2. Acto demandado:

Es un acto complejo conformado por las decisiones proferidas el 8 de mayo de 2007 y 24 de julio de 2008 por el Viceprocurador y el Procurador General de la Nación respectivamente, que le impusieron a Gabriel Ramos Fontalvo, una sanción de destitución e inhabilidad general por 11 años para el

¹ La Sección Segunda, en auto del 18 de mayo de 2011, expediente NI.0145-10, Actor: Anastasio Avendaño Tangarife., Consejero Ponente Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, asumió la competencia para conocer de las sanciones disciplinarias administrativas relacionadas con el retiro temporal o

ejercicio de funciones públicas.

Previo a plantear el problema jurídico la Sala recordará el marco de la competencia de esta jurisdicción en el control disciplinario.

3. Competencia de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa en materia disciplinaria.

La Sala ha demarcado el alcance de la competencia disciplinaria en materia judicial con la afirmación de que la revisión de legalidad de estas decisiones dadas las prerrogativas procesales propias de ese procedimiento, no debe repetir el debate agotado ante la autoridad administrativa competente. Dicho de otra manera, el juicio que se abre con la acción de nulidad y restablecimiento, no es una simple extensión del trámite disciplinario, sino que es funcionalmente distinto; pues el control de legalidad y constitucionalidad de los actos de la administración que la Constitución ha confiado a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, implica una especialidad y depuración del debate, pues dicho control no puede convertirse en un nuevo examen de la prueba, ni de la interpretación como si se tratara de una tercera instancia².

En ese sentido, corresponde entonces a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, entre otras cosas, verificar que la prueba recaudada en el trámite disciplinario se haya ajustado a las garantías constitucionales primordiales, es decir, la acción de nulidad resulta ser un momento propicio para la exclusión de la prueba, a condición de que esta sea manifiestamente ilícita o producida con violación al debido proceso o de las garantías fundamentales, o sea, aquella en cuya práctica se han trasgredido los principios rectores de esa actividad imprescindible para el ejercicio del derecho de defensa³.

definitivo del servicio, esto es, de las destituciones y suspensiones en el ejercicio del cargo, cuando éstas provengan de una autoridad del orden nacional.

² Entre otros, Rad # 2274-08; 0032-2010 M.P. Gustavo E. Gómez A; 0083-2010, 2429-08 M.P. Víctor Hernando Alvarado.

³ Rad No. 1384-06 M.P. Víctor Hernando Alvarado.

De otro lado, es pertinente el análisis de legalidad, cuando en dicho proceso se ven comprometidos derechos de rango constitucional, como el debido proceso y la presunción de inocencia, entre otros y cuando la decisión es arbitraria y desproporcionada.

En conclusión, a la jurisdicción le corresponde proteger al ciudadano de la desmesura, de la iniquidad, de la ilegalidad que se pudieran plasmar en las decisiones disciplinarias de la administración.

4. De los cargos planteados.

4.1. En materia disciplinaria: se hizo la siguiente imputación de naturaleza fáctica, jurídica y de calificación de la falta, como se deriva del fallo de 1ª instancia (fl. 237 cdno ppal).

*“El doctor **RAMOS MONTALVO**, jefe del Departamento Cárcel Distrital, a partir del 22 de enero de 2004, permitió y facilitó la fuga del interno JHON FREDY ROJAS MARÍN, en razón a que no adoptó las medidas de seguridad necesarias para evitar la evasión.*

Conducta que constituye falta gravísima al tenor del artículo 48, párrafo 4º, literales a) y c).

La conducta fue endilgada a título de dolo...”

4.2. En materia judicial.

El actor no plantea un cargo propiamente dicho contra las decisiones disciplinarias, sino que expone algunos argumentos que tocan en su sentir con la omisión del Operador Disciplinario de compulsar o remitir copias de la investigación sobre el delito de fuga de preso en que él pudo incurrir, cuando era su deber en aras de defender el orden jurídico y el interés general, lo que dio lugar a una sanción disciplinaria y no a una penal, evidenciando una abierta violación del debido proceso y de contera al principio de legalidad y de otro lado, cuestionó la calificación de la conducta como dolosa, cuando el dolo no se puede presumir y el Código Penal en su artículo 450, contempla una modalidad culposa en la fuga de un detenido o condenado.

Ante tal pretensión debe recordar la Sala, que el planteamiento de un cargo exige una verdadera carga argumentativa que lleve a una confrontación entre los actos demandados y las disposiciones legales o constitucionales supuestamente vulneradas, para que a su vez el juez pueda resolver si efectivamente se incurrió en una causal de nulidad de las previstas en el artículo 84 del antiguo Código Contencioso Administrativo o del 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

5. Problema jurídico.

No obstante lo advertido, la Sala resolverá el cuestionamiento planteado para evitar la sentencia inhibitoria, y definirá si hay violación al debido proceso toda vez que no se tuvo en cuenta el derecho penal en lo que hace referencia al delito de fuga de preso, para lo cual se reiterará la independencia del derecho disciplinario sobre otras disciplinas punitivas; y de otro lado, si la calificación del dolo en materia penal o civil influye sobre la disciplinaria.

5.2.1. De la autonomía del derecho disciplinario.

Tanto la jurisprudencia constitucional como la de esta Corporación ha dejado claro que si bien los diferentes regímenes punitivos⁴ comparten elementos comunes, cada una de ellos tiene su peculiaridad, en especial, el penal y el disciplinario, dado que la misma conducta puede ser sancionada en estos ámbitos sin que haya violación al principio *non bis in idem*.

En ese sentido, la sentencia C- 244 de 1996 hizo una importante claridad cuando los mismos hechos se conocen por la autoridad penal y disciplinaria:

“Así las cosas, cuando se adelanta un proceso disciplinario y uno penal contra una misma persona, por unos mismos hechos, no se puede afirmar válidamente que exista identidad de objeto ni identidad de causa, pues la finalidad de cada uno de tales procesos es distinta, los bienes

⁴ Penal, contravencional, disciplinario, correccional, fiscal y de punición por indignidad política.

jurídicamente tutelados también son diferentes, al igual que el interés jurídico que se protege. En efecto, en cada uno de esos procesos se evalúa la conducta del implicado frente a unas normas de contenido y alcance propios. En el proceso disciplinario contra servidores estatales se juzga el comportamiento de éstos frente a normas administrativas de carácter ético destinadas a proteger la eficiencia, eficacia y moralidad de la administración pública; en el proceso penal las normas buscan preservar bienes sociales más amplios.

“Si bien es cierto que entre la acción penal y la disciplinaria existen ciertas similitudes puesto que las dos emanan de la potestad punitiva del Estado, se originan en la violación de normas que consagran conductas ilegales, buscan determinar la responsabilidad del imputado y demostrada ésta imponer la sanción respectiva, siguiendo los procedimientos previamente establecidos por el legislador, no es menos cierto que ellas no se identifican, ya que la acción disciplinaria se produce dentro de la relación de subordinación que existe entre el funcionario y la Administración en el ámbito de la función pública y se origina en el incumplimiento de un deber o de una prohibición, la omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones, la violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, etc., y su finalidad es la de garantizar el buen funcionamiento, moralidad y prestigio del organismo público respectivo. Dichas sanciones son impuestas por la autoridad administrativa competente o por la Procuraduría General de la Nación, ente que tiene a su cargo la vigilancia de la conducta oficial de los servidores estatales.”

Igualmente esta Corporación⁵ sostuvo:

Los dos sistemas jurídicos –penal y disciplinario- obedecen a reglas propias, tienen objetivos diferentes, como diversas formas de imputación y culpabilidad, a tal punto que es legalmente factible la existencia de faltas disciplinarias no constitutivas de ilícito penal. Lo anterior es fundamento para sostener que la absolución en la investigación penal no conlleva necesariamente la exoneración de la responsabilidad disciplinaria, cuando la conducta, aunque objetivamente sea similar, se atribuya o impute en grado diverso de culpabilidad....Es cierto que la jurisdicción ordinaria sobreseyó al demandante del cargo de prevaricato omisivo. Tal punible es un hecho imputable por comisión dolosa, lo que significa que si la conducta disciplinaria omisiva se atribuye a título de culpa no queda excluido su juzgamiento en este terreno ni se afecta por la absolución que se produzca en el ámbito penal...”

Consecuente con lo señalado, la Sala de manera pedagógica para evidenciar la autonomía del derecho disciplinario hará un catálogo enunciativo de los elementos que diferencian los 2 regímenes:

⁵ Radicado 1443, sentencia de 3 de noviembre de 1995, M.P. Carlos Arturo Orjuela Góngora.

- **Sujeto pasivo:** *En disciplinario:* son los servidores públicos en ejercicio de la función o retirados de la misma, los particulares que ejerzan función pública o interventoría en contratos estatales, los indígenas que administren recursos del Estado⁶. *En penal:* recae en todas las personas.

- **Sujeto Activo o titularidad de la acción:** *disciplinario:* la administración en general a través sus propios funcionarios – entiéndase, Procuraduría General de la Nación, Personerías Distritales o Municipales o control interno disciplinario⁷-. *Penal:* funcionarios investidos de poder jurisdiccional.

- **Origen:** *Disciplinario:* en el incumplimiento de un deber o de una prohibición, la omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones, la violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, toda vez, que se produce dentro de la relación de subordinación que existe entre el funcionario y la Administración en el ámbito de la función pública . *En penal:* en la violación de normas que establecen conductas ilegales.

- **Bien jurídico tutelado:** *Disciplinario:* la buena marcha de la administración, así como la garantía del cumplimiento de los fines y funciones del Estado, dado que está soportado en normas de carácter ético. *Penal:* El orden social en abstracto⁸.

- **Tipicidad:** *Disciplinario:* la regla general es que se soporta en un sistema denominado de los números abiertos o *numerus apertus*⁹. *Penal:* se apoya en un método de números cerrados o *clausus*¹⁰.

⁶ Artículo 366 de la C.P. y 25 y 53 del C.D.U.

⁷ artículos 1º, 2º, 6º, 92, 122, 123, 124, 125, 150-2, 209 y 277 de la Carta Política y 2 del C.D.U..

⁸ T-161-09.

⁹ “Se encuentra integrado por todas aquellas normas sustantivas y adjetivas que exigen de los servidores públicos y de ciertos particulares, un específico comportamiento en el ejercicio de las funciones públicas, como la disciplina, la obediencia, la diligencia, el cuidado, la corrección y el comportamiento ético en el desempeño de las funciones asignadas y encomendadas a los servidores públicos, con el fin de asegurar la debida prestación y buena marcha de la función administrativa, en desarrollo de los principios constitucionales contenidos en el artículo 209 Superior”. C-030-12

- **Alcance del fallador:** *Disciplinario:* Tiene una mayor flexibilidad dada la naturaleza de las conductas reprimidas y el sistema del tipo en blanco o de concepto jurídico indeterminado¹¹. *Penal:* es más riguroso en razón a naturaleza, principios, características y finalidad del mismo.

Tipo de sanción: *Disciplinario:* destitución, suspensión, multa, amonestación. *Penal:* por regla general la libertad física.

Finalidad: *Disciplinario:* la protección de la administración pública, su organización y funcionamiento. *Penal:* tiene objetivos retributivos, preventivos y resocializadores.

En armonía con lo expuesto, la conclusión no puede ser otra diferente a la independencia del proceso disciplinario del penal, eso si con la advertencia que comparten entre otros aspectos, los principios rectores de tipicidad y legalidad, integrando el debido proceso, dado que como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional el principio de legalidad: (i) otorga certidumbre normativa sobre la conducta y la sanción a imponer; (ii) exige que el texto predeterminado tenga fundamento directamente en la ley, sin que sea posible transferir tal facultad al Gobierno o a las autoridades administrativas, por ser una competencia privativa del legislador¹² (iii) constituye una salvaguarda de la seguridad jurídica de los ciudadanos; (iv) protege la libertad individual; (v) controla la arbitrariedad judicial y administrativa; y (vi) asegura la igualdad de todas las personas ante el poder punitivo y sancionador del Estado¹³

¹⁰ Corresponde a una descripción detallada de las conductas. *La prohibición de la conducta delictiva involucra un conjunto de patrones que establecen una precisión tipológica en la que se describen de manera detallada los elementos conformantes del tipo, de manera que, sujeto activo, conducta, intención, sujeto pasivo y circunstancias llevan en el procedimiento penal a una exhaustiva delimitación legal de las conductas*. C-708-99 y C-124-2003.

¹¹ "se refiere a "aquellos conceptos de valor o de experiencia utilizados por el legislador, que limitan o restringen el alcance de los derechos y de las obligaciones que asumen los particulares o las autoridades públicas" C-818 de 2005 M.P. Rodrigo Escobar Gil, reiterado en la Sentencia C-762 de 2009, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

¹² Consultar sentencias C-597-96, C-827-2001 y C-796-2004.

¹³ C-653-2001, C-124 de 2003.

5.2.2. En el caso concreto era indiferente que al actor se le adelantara o no una investigación penal por el delito de favorecimiento de fuga, y que allí se sancionara o se absolviera, toda vez que los presupuestos son diferentes en una y otra investigación como ya se vio.

De otro lado, encuentra la Sala que la decisión sancionatoria no es arbitraria ni caprichosa, sino que tiene un soporte probatorio y un análisis razonable como se deriva de la siguiente reseña:

- El antecedente de fuga de Rojas Marín del mismo centro carcelario.

- Declaraciones de Omar Florez y Ramiro Peñaloza guardianes de la cárcel, que fueron discutidas por el demandante porque ellos eran los mismos que le concedían los privilegios a los presos entre ellos al fugado, sin embargo, la entidad consideró que eran más coherentes esos testimonios que los del disciplinado y que coincidían con el registro fotográfico en donde se demostraba que el sitio de reclusión preferencial que estaba ubicado diagonal a la oficina del director y que lo había asignado él, se encontraba por fuera de las rejas de seguridad; además, que el preso también tenía el privilegio de usar celular. (fl. 282 Cdno ppal)

- Adujo el disciplinador que el día de la fuga no fue asignado ningún guardián en la garita uno que estaba ubicada en la esquina del costado donde está la puerta principal y que permitía la vigilancia al interior del penal, omisión que unida al hecho que Rojas Marín permanecía en el patio de acceso a la puerta principal contribuyó a que éste aprovechara el día de visita conyugal, encañonando al guardián que se encontraba en la puerta principal, que era la única que lo separaba de la calle. Con estas pruebas desvirtuó lo afirmado por el investigado en el sentido que al interno se le había asignado una celda de alojamiento distante de la oficina del director y separado por tres rejas y que solo salía del patio para tomar el sol con las respectivas medidas de seguridad.

- La solicitud de refuerzo y aumento de armamento advierte el operador solo se causó después de la fuga.

La segunda instancia confirmó el análisis de las pruebas y aceptó, que si bien es cierto existían solicitudes previas –según las allegó el disciplinado con el recurso de apelación-, ellas respondieron a una gestión de seguridad cotidiana y funcional del centro y no una actividad especial y específica que deba imponer un valor agregado a la atenuación de la conducta.

Dentro de ese marco consideró, que en su calidad de Director debía haber observado especiales condiciones de seguridad con el interno Jhon Fredy Rojas Marin y no lo hizo, por eso violó sus deberes funcionales consagrados en la Resolución 11 de 1998 (Reglamento de la Cárcel, artículo 9, literales A) y H), al igual que no cumplió los deberes funcionales de dirigir, controlar y supervisar el funcionamiento administrativo de seguridad del penal, y pasar de revista diaria a los internos (R. 274/02, numerales 1 y 4).

5.2.2. En cuanto al dolo y la culpa en el derecho disciplinario, civil y penal.

Dice el actor que el dolo no se presume y aplica a su análisis conceptos del Código Civil y Penal.

Como se dijo en el aserto de las diferencias, en materia penal al igual que en el campo disciplinario, la sanción por la comisión de una conducta reprochable sólo tiene lugar por acciones dolosas o culposas y la determinación de esa conducta depende de la naturaleza misma del comportamiento, es decir, de su subjetividad, lo que irrestrictamente impone la proscripción de la responsabilidad objetiva.

En ese sentido le corresponde al Operador Disciplinario determinar quien actuó de manera imprudente o quien lo hizo con la intención positiva de lesionar. En materia disciplinaria es reconocido¹⁴ que la regla general sancionatoria es la culpa, cuyo sistema como ya se dijo, se ha denominado de los números abiertos o *numerus apertus*, *contrariu sensu* a aquel de números cerrados o *clausus* del derecho penal. Y es que aquí vale la pena recordar que la transportabilidad de los principios del derecho penal no es plena, sino que admite excepciones y atenuaciones, tal y como lo ha sostenido la Corte Constitucional en diferentes fallos¹⁵:

“La no total aplicabilidad de las garantías del derecho penal al campo administrativo obedece a que mientras en el primero se protege el orden social en abstracto y su ejercicio persigue fines retributivos, preventivos y resocializadores, la potestad sancionatoria de la administración se orienta más a la propia protección de su organización y funcionamiento, lo cual en ocasiones justifica la aplicación restringida de estas garantías - quedando a salvo su núcleo esencial - en función de la importancia del interés público amenazado o desconocido.”

Lo anterior se confirma con la mirada a los diversos objetivos de cada acción que también ya fueron referidos sucintamente en el acápite anterior. En efecto, la ley disciplinaria tiene como finalidad específica la prevención y buena marcha de la gestión pública, así como la garantía del cumplimiento de los fines y funciones del Estado en relación con las conductas de los servidores públicos que los afecten o pongan en peligro. El derecho penal, por su parte, no establece prohibiciones ni formula mandatos, y castiga a quien ha incurrido en la conducta descrita en el tipo, pero no contiene preceptos deónticos, preventivos o cautelares que persigan el funcionamiento pacífico de la dinámica de la sociedad a la cual se aplican, como si lo es en el derecho disciplinario.¹⁶

¹⁴ Por la doctrina y la jurisprudencia especializada

¹⁵ T- 146-1993

¹⁶ C- 181-2002. <M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

Vale decir, que el fin del proceso disciplinario está íntimamente ligado a los principios de la función pública dada la subordinación existente entre el funcionario público y la administración, lo que hace imperativo para su cumplimiento, la existencia de un sistema punitivo y más aún cuando constitucionalmente se ha establecido que los servidores públicos son responsables ante la ley, no sólo por quebrantarla, sino por omisión o extralimitación en ejercicio de las mismas.¹⁷

Deviene afirmar, que el dolo o la culpa en materia disciplinaria parte del artículo 122 Constitucional, cuando el funcionario asume sus funciones y se compromete solemnemente a cumplir con la Constitución, la ley y los reglamentos que rige la función que va a desempeñar. Lo anterior implica, que el servidor público puede exonerarse de responsabilidad demostrando que ha incurrido en la situación vulneradora en contra de su querer o intención, escenario que obliga al operador a demostrar a través de indicios externos que su voluntad no estaba dirigida a atender las normas.

Ahora bien, los conceptos definidos en materia civil sobre la culpa grave, leve y levísima son estándar¹⁸ y no son ajenos al derecho disciplinario. De ellas, ni la culpa leve ni la levísima son punibles. La cota sancionable encuentra su regulación en el parágrafo del artículo 44 del C.D.U., que define la culpa gravísima y la culpa grave.¹⁹

Entonces, no es que el concepto de dolo o culpa gravísima sea diferente en civil, penal o disciplinario, lo que sucede es que en esta última, el análisis debe concentrarse en la naturaleza del comportamiento, es decir, es la propia ontología de la falta la que define si la acción es cometida a título de dolo o culpa, por ello puede ocurrir que el delito sea culposo en materia penal y

¹⁷ Artículo 6º de la Carta Política.

¹⁸ Dogmática del Derecho Disciplinario. Carlos Arturo Gómez Pavajau. 3ª edición. Universidad Externado de Colombia.

¹⁹ "PARÁGRAFO. *Habrá culpa gravísima cuando se incurra en falta disciplinaria por ignorancia supina, desatención elemental o violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento. La culpa será grave cuando se incurra en falta disciplinaria por inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones*".

la conducta sea gravísima en el punitivo disciplinario, o lo contrario, lo que significa que ninguna condiciona a la otra.

5.2.3. En el caso bajo estudio, el demandante argumentó que su conducta ha debido calificarse como culposa porque no tuvo la intención de facilitar la fuga y además porque el delito por esa causa se califica a ese título.

La Procuraduría en 1ª instancia, señaló que la conducta fue dolosa toda vez que el Director Ramos Fontalvo, sabía que el interno se había fugado antes del mismo centro carcelario, lo que obligaba a tomar medidas especiales de seguridad y más el día de la fuga porque había más afluencia de personal foráneo y no lo hizo, y era su responsabilidad como jefe de ese establecimiento.

A su vez la 2ª instancia confirmó el análisis del *a quo*, no obstante el disciplinado allegó para demostrar su diligencia y gestión varios oficios en donde solicitaba a la secretaría de gobierno aumento de personal de guardia y adquisición de armas de fuego, con la tesis de que esos requerimientos eran propios de su ejercicio cotidiano y no era una actividad especial con relación al interno Jhon Fredy Rojas Marín sobre el cual no ejerció ninguna actividad específica, conforme se evidencio de las pruebas.

Para la Sala el análisis de la demandada está ajustado a la dogmática expuesta, a las pruebas del proceso administrativo y además, es razonable y proporcionado, por lo que no se encuentra mérito para declarar su nulidad, lo que conlleva a negar las pretensiones.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sub Sección "A", administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

F A L L A:

DENIÉGUENSE las pretensiones de la demanda.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

LUÍS RAFAEL VERGARA QUINTERO

ALFONSO VARGAS RINCÓN