

DEFENSOR DE FAMILIA - Antecedentes penales y disciplinarios: Consecuencias según se registren antes o durante el ejercicio del cargo / COMISARIO DE FAMILIA - Antecedentes penales y disciplinarios: Consecuencias según se registren antes o durante el ejercicio del cargo / INHABILIDAD SOBREVINIENTE - Configuración

La calidad de no tener antecedentes penales ni disciplinarios, se debe predicar de hechos o circunstancias existentes con anterioridad a la posesión de la persona en el cargo de Defensor de Familia, o de Comisario de Familia, y no con posterioridad a ella, es decir, cuando ya la persona está desempeñando el cargo. (...) Adicionalmente, la Sala observa, que la calidad de “no tener antecedentes penales ni disciplinarios”, no se puede extender como requisito para la permanencia en el cargo, por cuanto el numeral 2º no le da ese alcance ni expresa ni tácitamente, ya que se refiere con precisión a una condición para ser Defensor o Comisario de Familia, en el sentido de posesionarse como tal. Con todo, se deben hacer dos observaciones en relación con la permanencia en el cargo: 1) Si durante el desempeño del cargo de Defensor o Comisario de Familia aparece que a ese servidor público se le había impuesto con anterioridad a la posesión una sanción penal o disciplinaria, en firme, de carácter inhabilitante o no, que no había sido registrada, tal sanción constituye un antecedente penal o disciplinario que impedía su posesión, y por ende debe separarse del cargo, conforme a lo dispuesto por el artículo 5º de la ley 190 de 1995, Estatuto Anticorrupción (...) 2) Si durante la permanencia en el cargo le es impuesta a la persona una sanción penal o disciplinaria en firme, de carácter inhabilitante, se debe distinguir: a) Si la sanción se origina en hechos ocurridos en el desempeño del cargo de Defensor o Comisario de Familia, le impide la continuidad en el mismo. b) Si la sanción se origina en hechos ocurridos en el desempeño de un cargo distinto, se está frente a una inhabilidad sobreviniente, conforme se explica más adelante. En ambas hipótesis el funcionario debe separarse del cargo (...) Ahora bien, si se trata de sanciones que se deriven del ejercicio de un cargo distinto del de Defensor o Comisario de Familia, se debe examinar: 1) Si la sanción conlleva inhabilidad, como son, la sanción penal con inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, la destitución e inhabilidad general, y la suspensión e inhabilidad especial, se debe producir la separación del cargo no por el hecho de que la sanción constituya un antecedente sino por el hecho de que la inhabilidad conlleva dicha consecuencia, de acuerdo con las normas de la inhabilidad sobreviniente, que más adelante se estudian. 2) Si la sanción no conlleva inhabilidad, como son, la sanción penal sin inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, la suspensión sin inhabilidad, la multa y la amonestación escrita, el servidor público debe cumplir la sanción, sin que ello implique separación definitiva del cargo. (...) La figura de la inhabilidad sobreviniente se encuentra legalmente establecida sólo cuando se impone a un servidor público, por el ejercicio de un cargo distinto al que está desempeñando, una sanción disciplinaria como la de destitución o la de suspensión, acompañada de inhabilidad, general o especial, respectivamente, de manera que dicho servidor debe separarse del cargo que está ejerciendo. En consecuencia, una sanción disciplinaria de carácter no inhabilitante, como las de suspensión sin inhabilidad, multa o amonestación escrita, impuesta a un Defensor o Comisario de Familia por hechos ocurridos durante su gestión en otro cargo, no conlleva la desvinculación del que esta ejerciendo actualmente.

FUENTE FORMAL: LEY 1098 DE 2006 - ARTICULO 80 NUMERAL 2 / LEY 1098 DE 2006 - ARTICULO 85 / LEY 190 DE 1995 - ARTICULO 5 / LEY 734 DE 2002 - ARTICULO 37

DEFENSOR DE FAMILIA - Régimen disciplinario es el del Código Disciplinario Unico / COMISARIO DE FAMILIA - Régimen disciplinario es el del Código Disciplinario Unico

Como se aprecia, el Código Disciplinario Único es aplicable a los Defensores y Comisarios de Familia, dada su calidad de servidores públicos, sin que pueda considerarse el requisito sobre la carencia de antecedentes penales y disciplinarios para tales empleados, como un régimen disciplinario o sancionatorio especial ya que así no fue expedido ni concebido por el legislador, conforme se desprende del análisis efectuado en el punto 3.5 del concepto No. 1915 de 2008 referente al trámite del proyecto de ley No. 85 y 96 (acumulados) de 2005 – Cámara y No. 215 de 2005 – Senado, que a la postre se convirtió en la ley 1098 de 2006. En este punto, la Sala considera oportuno destacar que además de los deberes y prohibiciones contemplados en los artículos 34 y 35 del Código Disciplinario Único, los Defensores y Comisarios de Familia deben cumplir los deberes y funciones mencionados en los artículos 79, 81 y 82, y 83 y 86, respectivamente, del Código de la Infancia y la Adolescencia, y las diversas normas constitucionales y legales sobre el desempeño de funciones públicas, en orden a garantizar a los niños y adolescentes los derechos fundamentales consagrados en los artículos 44 y 45 de la Constitución, mencionados en el concepto inicial.

FUENTE FORMAL: LEY 734 DE 2002 - ARTICULO 25

DEFENSOR DE FAMILIA - Antecedentes penales y disciplinarios inhabilitantes incluyen delitos culposos / COMISARIO DE FAMILIA - Antecedentes penales y disciplinarios inhabilitantes incluyen delitos culposos

Por último, en cuanto a la pregunta específica de la consulta sobre el delito culposo, la Sala expresa que la sanción por esta clase de delitos mediante sentencia en firme, independientemente de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, constituye un antecedente penal que impide la posesión como Defensor o Comisario de Familia, por disposición del artículo 248 de la Constitución en concordancia con el referido numeral 2º del artículo 80 del Código de la Infancia y la Adolescencia. Si la condena se profiere durante el desempeño del cargo e incluye la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas, trae como consecuencia la separación del empleo de Defensor o Comisario de Familia, como quedó explicado.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: GUSTAVO APONTE SANTOS

Bogotá D. C., once (11) de noviembre de dos mil nueve (2009)

Radicación numero: 11001-03-06-000-2008-00053-00(1915)A

Actor: MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL

Referencia: DEFENSORES Y COMISARIOS DE FAMILIA

Requisito de carencia de antecedentes penales y disciplinarios para posesión en el cargo.

El señor Ministro de la Protección Social, doctor Diego Palacio Betancourt, tomando en consideración diversas inquietudes de la administración del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF y de los Defensores y Comisarios de Familia, formula a la Sala una consulta de ampliación del Concepto No. 1915 del 6 de agosto de 2008, sobre la aplicación del requisito de carencia de antecedentes penales y disciplinarios exigido para ser Defensor o Comisario de Familia, de conformidad con lo dispuesto por el numeral 2º del artículo 80 del Código de la Infancia y la Adolescencia, la ley 1098 de 2006, en concordancia con el artículo 85 del mismo.

1. ANTECEDENTES

En primer término, el Ministro de la Protección Social transcribe el numeral 2º del artículo 80 del Código de la Infancia y la Adolescencia, referente al requisito de “no tener antecedentes penales ni disciplinarios”, para ser Defensor de Familia, el cual reproduce la misma calidad exigida en el artículo 278 del antiguo Código del Menor (decreto ley 2737 de 1989), y cita algunos apartes del concepto No. 1915 de 2008.

Manifiesta que los Defensores de Familia hacen parte de la planta de personal del ICBF y dependen en forma inmediata de los coordinadores de sus centros zonales y en última instancia de su Director General.

Anota que la interpretación **literal** dada por la Sala al referido numeral 2º del artículo 80, en el Concepto 1915, “justificada por la redacción del primer inciso”, en el sentido de que la ausencia de antecedentes penales y disciplinarios **es requisito no sólo para la designación y la posesión en el cargo de Defensor de Familia sino también para la continuidad en él**, genera algunas dificultades prácticas en la medida en que “la norma no precisa la ocasión ni el contenido de la sanción ni su alcance”.

Expresa que hay otra interpretación que parte de la consideración crítica de los términos que emplea la norma, para concluir que el requisito del numeral 2º se refiere a no tener antecedentes sancionatorios **antes de la posesión en el cargo, no cuando ya se está en ejercicio del mismo**, salvo si surge una sanción **con inhabilidad** pues ahí sí se presenta la figura de la inhabilidad sobreviniente.

El Ministro añade que si se admitiera que cualquier sanción penal o disciplinaria es idónea para desvincular al Defensor de Familia de su empleo, “se convertiría de inmediato en una inhabilidad para continuar en el cargo, homóloga de la destitución”, y señala que la inhabilidad sobreviniente sólo se produce cuando se impone al funcionario **una sanción aparejada de inhabilidad o incompatibilidad**.

Se refiere al trámite legislativo del citado código para llamar la atención de que el texto del proyecto sobre el numeral 2º de “No estar incurso en causal de inhabilidad o incompatibilidad”, se cambió en la Comisión Primera del Senado por el de “No tener antecedentes penales ni disciplinarios”, al considerar esta redacción “más técnica”, pero sin ningún argumento justificativo, y sin que se pudiera advertir el deseo del legislador de concebir un régimen especial para los Defensores de Familia o de que dicho numeral 2º fuera una norma disciplinaria de carácter especial, por lo cual “el ICBF estima que en la materia objeto de consulta sólo existe una norma especial, y es el Código Disciplinario Único”.

2. INTERROGANTES

El Ministro presenta los siguientes interrogantes:

“1. ¿Son causa suficiente para la separación del cargo, las sanciones de carácter no inhabilitante aplicadas al defensor o comisario de familia por hechos ocurridos en el ejercicio de su función?”

2. ¿Consulta los principios de razonabilidad y proporcionalidad del derecho sancionatorio el que se produzca la separación del cargo de un defensor o comisario de familia cuando la causa la constituya una sanción penal originada en un delito culposo, como podría ser el caso de las lesiones personales en accidente de tránsito?”

3. ¿La carencia de antecedentes penales y disciplinarios establecida en el artículo 80 de la Ley 1098 de 2006, además de condición para acceder a los cargos de defensor y comisario de familia, es una exigencia para permanecer en ellos?”

4. ¿Se puede retirar del servicio a los defensores de familia por presentarse una sanción mediana o menor (suspensión, multa o amonestación) después de la posesión en el cargo, bajo la modalidad de inhabilidad sobreviniente? En caso afirmativo, ¿no se estaría interpretando la norma de manera analógica en lugar de hacerlo de manera restrictiva?”

5. A la luz de la exposición y preguntas precedentes, ¿cuál es el régimen disciplinario aplicable a los defensores y comisarios de familia?”

6. ¿Cuál es la naturaleza del numeral 2 del artículo 80 de la Ley 1098 de 2006: administrativa o sancionatoria, o ambas?”

7. De conformidad con los antecedentes legislativos, ¿se puede inferir positivamente que al elaborar esta norma se pretendió establecer un régimen especial?”

8. Si de ‘la historia fidedigna del establecimiento’ de la norma no se evidencia el propósito legislativo de establecer un régimen especial, ¿en su interpretación, es dable inferirlo?”

9. Las consecuencias laborales de la norma en examen, en una de las posibles lecturas literales, ¿hacen de ella una previsión de

inhabilidad sobreviniente diferente de las establecidas en el Código Disciplinario Único y la Ley 190 de 1995?

10. Teniendo en cuenta los alcances de las decisiones tomadas desde los respectivos cargos, ¿qué razón justificaría que unas condiciones de permanencia que no se prevé para falladores de fondo como los jueces y magistrados de familia sí lo estén para los defensores y comisarios de familia?

3. CONSIDERACIONES

Para dar respuesta a la presente solicitud de ampliación del Concepto 1915 de agosto 6 de 2008, la Sala analizó los argumentos presentados por el Ministro consultante y comparó el nuevo cuestionario con el que dió origen al citado Concepto 1915, encontrando en la nueva consulta mayor claridad sobre los problemas jurídicos a resolver, lo cual ha permitido a la Sala revisar su posición sobre algunos de los temas bajo estudio.

3.1 Los requisitos para ser Defensor o Comisario de Familia.

En primer lugar, conviene recordar el artículo 80 del Código de la Infancia y la Adolescencia, la ley 1098 del 8 de noviembre de 2006, el cual establece lo siguiente:

“Artículo 80.- Calidades para ser Defensor de Familia.- Para ser Defensor de Familia se requieren las siguientes calidades:

1. Ser abogado en ejercicio y con tarjeta profesional vigente.

2. No tener antecedentes penales ni disciplinarios.

3. Acreditar título de posgrado en derecho de familia, derecho civil, derecho administrativo, derecho constitucional, derecho procesal, derechos humanos, o en ciencias sociales siempre y cuando en este último caso el estudio de la familia sea componente curricular del programa¹” (Resalta la Sala).

¹ La Corte Constitucional, mediante la sentencia C-740 del 23 de julio de 2008 (Exp. D-7152), declaró exequible el numeral 3º del artículo 80 del Código de la Infancia y la Adolescencia, por el cargo de vulnerar presuntamente los derechos al trabajo y a la igualdad de los posibles aspirantes a ser Defensores de Familia. Consideró la Corte:

“En este aspecto debe tenerse en cuenta que, en forma general, de conformidad con lo previsto en el Art. 26 de la Constitución, la ley puede exigir títulos de idoneidad para el ejercicio de las profesiones y que, por otra parte, el legislador goza de la potestad de configuración en la expedición de las leyes que regulan la función pública, con los límites impuestos por los valores, principios y derechos constitucionales (Arts. 114 y 150, Num. 23, C. Pol.).

En este orden de ideas, a la luz de la Constitución es completamente válido que, con fundamento en la protección especial que aquella y tratados internacionales ratificados por el Estado colombiano dispensan al niño, el legislador exija una formación calificada para el desempeño del cargo de Defensor de Familia”.

Luego, por medio de la sentencia C-149 del 11 de marzo de 2009 (Exp. D-7280), la Corte Constitucional declaró exequible el citado numeral, por el cargo de violar presuntamente el principio de igualdad por el hecho de excluir otros títulos de posgrados que resultan afines con los descritos en la norma, y lo hizo con el siguiente condicionamiento: “siempre que se entienda que para el cumplimiento del requisito se pueden acreditar también otros títulos de posgrado que resulten

Las calidades para ser Comisario de Familia son las mismas que para ser Defensor de Familia, por disposición del artículo 85 del citado código.

Es el numeral 2º el que ha dado origen a diversas interpretaciones que fueron planteadas en la consulta que motivó el Concepto No. 1915 de 2008 y ahora llevan a la Sala a efectuar un nuevo análisis sobre el tema.

3.2 La carencia de antecedentes penales y disciplinarios es requisito para acceder a los cargos de Defensores y Comisarios de Familia pero no para permanecer en ellos. Precisiones.

Al revisar el texto del artículo 80 del Código de la Infancia y la Adolescencia se aprecia que su epígrafe señala **las calidades** para ser Defensor de Familia.

La palabra “Calidad”, de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, en su quinta acepción, se refiere a “Estado de una persona, su naturaleza, su edad y demás circunstancias y condiciones que se requieren para un cargo o dignidad”, con lo cual se está aludiendo claramente a los requisitos que se exigen **para acceder a un cargo, o más concretamente, para posesionarse en el mismo.**

De otra parte, el numeral 2º de la norma señala que dentro de tales calidades se encuentra la de “No tener antecedentes penales ni disciplinarios”, en donde se verifica que la expresión “antecedentes” se refiere, de conformidad con el mismo diccionario, en su segunda acepción, a “Acción, dicho o circunstancia anterior que sirve para juzgar hechos posteriores”, lo cual significa que los antecedentes aluden a hechos o circunstancias **anteriores² a la vinculación** de la persona en el cargo, mediante la posesión.

Así las cosas, se advierte que **la calidad** de no tener antecedentes penales³ ni disciplinarios, se debe predicar de hechos o circunstancias existentes con

afines con los citados y que guarden relación directa, clara e inequívoca con las funciones asignadas al defensor de familia, conforme a los artículos 81 y 82 de la misma ley”.

² El sentido esencial de la palabra ‘Antecedente’ de significar algo anterior a un hecho o acto, es reiterado por la Enciclopedia Jurídica Omeba, cuando precisa que **“los hechos y circunstancias relativos a una persona, anteriores a un momento dado, constituyen sus antecedentes.** Referidos a la totalidad de la vida, representan su biografía; pero ésta puede ser dividida en cuantos aspectos afectan a la existencia del individuo de que se trate, y así es frecuente hablar de sus antecedentes sanitarios, morales, profesionales, familiares, etc. Sus antecedentes penales estarán circunscritos a los castigos que hayan sido judicialmente impuestos a ese individuo como sanción de delitos o infracciones por él cometidos” (Tomo I – A, pág. 699) (Resalta la Sala).

³ La noción jurídica de antecedentes penales se elevó a rango constitucional al establecerse en el artículo 248 de la Carta que deben ser condenas judiciales que tengan el carácter de estar en firme, en lo cual ha insistido la Corte Constitucional en diversos fallos. Así, en la sentencia C-319 del 18 de julio de 1996, la Corte expresó:

“El concepto de ‘antecedentes penales’, se predica de la persona en sí misma y, de conformidad con el artículo 248 de la Constitución Política, únicamente las condenas proferidas en sentencias judiciales en forma definitiva tienen esa calidad de antecedentes”.

Y en la sentencia T-023 del 29 de enero de 1993, manifestó:

“El artículo 248 de la Carta Magna exige además que las condenas proferidas en sentencia judicial sean definitivas, lo que quiere decir que se hayan agotado todas las instancias legalmente establecidas para que se pueda hablar de antecedentes, pues la sola sindicación y vinculación de un sujeto no los constituye per sé y significaría no solo el desconocimiento de la norma citada, la cual ha sido reproducida como principio rector en el artículo 12 del C.P.P., sino del derecho en

anterioridad a la posesión de la persona en el cargo de Defensor de Familia, o de Comisario de Familia, y no con posterioridad a ella, es decir, cuando ya la persona está desempeñando el cargo.

La exigencia del numeral 2º del artículo 80 se establece sin considerar que el antecedente esté vigente o no, puesto que si la norma no distingue, no es factible para el intérprete establecer distinciones sobre el particular⁴. En efecto, según se aprecia, la referida disposición no trae calificación alguna acerca de la vigencia o no de los antecedentes, de suerte que si ellos existen y aparecen reportados y certificados, independientemente de que se hayan cumplido las penas o sanciones o éstas se encuentren prescritas, el aspirante a ser Defensor de Familia, no cumpliría la calidad de carecer de antecedentes penales y disciplinarios, y por tanto, no podría acceder al cargo.

Adicionalmente, la Sala observa, que la calidad de “no tener antecedentes penales ni disciplinarios”, no se puede extender como requisito para la permanencia en el cargo, por cuanto el numeral 2º no le da ese alcance ni expresa ni tácitamente, ya que se refiere con precisión a una condición **para ser** Defensor o Comisario de Familia, en el sentido de posesionarse como tal.

Con todo, se deben hacer dos observaciones en relación con la permanencia en el cargo:

1) Si durante el desempeño del cargo de Defensor o Comisario de Familia aparece que a ese servidor público se le había impuesto **con anterioridad** a la posesión una sanción penal o disciplinaria, en firme, **de carácter inhabilitante o no**, que no había sido registrada, tal sanción constituye **un antecedente penal o disciplinario** que impedía su posesión, y por ende debe separarse del cargo, conforme a lo dispuesto por el artículo 5º de la ley 190 de 1995, Estatuto Anticorrupción, que dice:

“Artículo 5º.- En caso de haberse producido un nombramiento o posesión en un cargo o empleo público o celebrado un contrato de prestación de servicios con la administración sin el cumplimiento de los requisitos para el ejercicio del cargo o la celebración del contrato, se procederá a solicitar su revocación o terminación, según el caso, inmediatamente se advierta la infracción.

Cuando se advierta que se ocultó información o se aportó documentación falsa para sustentar la información suministrada en la hoja de vida, sin perjuicio de la responsabilidad penal o disciplinaria a que haya lugar, el responsable quedará inhabilitado para ejercer funciones públicas por tres (3) años”⁵ (Resalta la Sala).

virtud del cual ‘toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable’ (art. 29 inc. 4 C.N.).”

⁴ Conforme al aforismo jurídico que dice: “Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus”, esto es, “Donde la ley no distingue, nosotros no debemos distinguir”.

⁵ El artículo 5º de la ley 190 de 1995 fue declarado exequible por la Corte Constitucional, así: el primer inciso mediante la sentencia C-672 del 28 de junio de 2001, y el segundo inciso por medio de la sentencia C-631 del 21 de noviembre de 1996 con el siguiente condicionamiento: “bajo el entendido de que la inhabilidad allí prevista constituye una sanción accesoria que debe ser impuesta a través del correspondiente proceso penal o disciplinario”.

En concordancia con la norma transcrita, el artículo 41 de la ley 909 de 2004, “Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”, establece:

2) Si durante la permanencia en el cargo le es impuesta a la persona una sanción penal o disciplinaria en firme, **de carácter inhabilitante**, se debe distinguir:

a) Si la sanción se origina en hechos ocurridos en el desempeño del cargo de Defensor o Comisario de Familia, le impide la continuidad en el mismo.

b) Si la sanción se origina en hechos ocurridos en el desempeño de **un cargo distinto**, se está frente a una inhabilidad sobreviniente, conforme se explica más adelante.

En ambas hipótesis el funcionario debe separarse del cargo.

La Sala advierte que se debe examinar cada caso en particular, pues la circunstancia de que durante la permanencia en el cargo se imponga a la persona que desempeña las funciones de Defensor o Comisario de Familia, una pena o sanción que revista el carácter de antecedente penal o disciplinario, no significa que deba producirse en todos los casos la desvinculación o separación del cargo, ya que este alcance significaría atribuirle a la sanción, cualquiera que ella fuera, una consecuencia que no necesariamente tiene.

En efecto, si en el ejercicio del empleo se impone una sanción de destitución o de suspensión al Defensor o al Comisario de Familia, por causa o con ocasión de dicho ejercicio, es claro que se debe separar del cargo de manera definitiva o temporal, pero si la sanción es de multa o amonestación escrita, podrá continuar en el desempeño del cargo.

Es claro entonces, que si se admite que cualquier sanción, conduce a la separación del empleo, se le estaría confiriendo siempre un valor igual al de la destitución, dándole al citado numeral 2º del artículo 80 un alcance sancionador que ciertamente no tiene. El numeral se circunscribe tan solo a establecer un requisito para acceder a los mencionados cargos y no modifica, en manera alguna, las disposiciones disciplinarias de los servidores públicos.

Ahora bien, si se trata de sanciones que se deriven del ejercicio de **un cargo distinto** del de Defensor o Comisario de Familia, se debe examinar:

1) Si la sanción conlleva inhabilidad, como son, la sanción penal con inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, la destitución e inhabilidad general, y la suspensión e inhabilidad especial, se debe producir la separación del cargo **no por el hecho de que la sanción constituya un antecedente sino por el hecho de que la inhabilidad conlleva dicha consecuencia, de acuerdo con las normas de la inhabilidad sobreviniente**, que más adelante se estudian.

2) Si la sanción **no** conlleva inhabilidad, como son, la sanción penal sin inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, la suspensión sin

“Artículo 41.- Causales de retiro del servicio.- El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos:

(...)

j) Por revocatoria del nombramiento por no acreditar los requisitos para el desempeño del empleo, de conformidad con el artículo 5º de la ley 190 de 1995, y las normas que lo adicionen o modifiquen;

(...)” (Destaca la Sala).

inhabilidad, la multa y la amonestación escrita, el servidor público debe cumplir la sanción, sin que ello implique separación definitiva del cargo.

3.3 El retiro de los Defensores de Familia después de la posesión en el cargo, por presentarse un antecedente penal o disciplinario se produce sólo si la sanción tiene carácter inhabilitante.

El artículo 6º de la ley 190 del 6 de junio de 1995, “Por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la Administración Pública y se fijan disposiciones con el fin de erradicar la corrupción administrativa”, dispone:

“Artículo 6º.- En caso de que sobrevenga al acto de nombramiento o posesión **alguna inhabilidad o incompatibilidad**, el servidor público deberá advertirlo inmediatamente a la entidad a la cual preste el servicio.

Si dentro de los tres meses siguientes el servidor público no ha puesto fin a la situación que dio origen **a la inhabilidad o incompatibilidad**, procederá su retiro inmediato, sin perjuicio de las sanciones a que por tal hecho haya lugar⁶” (Destaca la Sala).

De otra parte, el artículo 37 del Código Disciplinario Único establece:

“Artículo 37.- Inhabilidades sobrevinientes.- Las inhabilidades sobrevinientes se presentan cuando al quedar en firme la sanción de destitución **e inhabilidad general** o la de suspensión **e inhabilidad especial** o cuando se presente el hecho que las generan (sic) el sujeto disciplinable sancionado se encuentra ejerciendo cargo o función pública **diferente** de aquel o aquella en cuyo ejercicio cometió la falta objeto de la sanción. En tal caso, se le comunicará al actual nominador para que proceda en forma inmediata a hacer efectivas sus consecuencias” (Resalta la Sala).

Como se observa, la figura de la inhabilidad sobreviniente se encuentra legalmente establecida sólo cuando se impone a un servidor público, por el ejercicio de un cargo **distinto** al que está desempeñando, una sanción disciplinaria como la de destitución o la de suspensión, **acompañada de inhabilidad, general o especial**, respectivamente, de manera que dicho servidor debe separarse del cargo que está ejerciendo.

En consecuencia, una sanción disciplinaria de carácter **no inhabilitante**, como las de suspensión sin inhabilidad, multa o amonestación escrita, impuesta a un Defensor o Comisario de Familia por hechos ocurridos durante su gestión en otro cargo, no conlleva la desvinculación del que esta ejerciendo actualmente.

3.4 El régimen disciplinario aplicable a los Defensores y Comisarios de Familia es el establecido en el Código Disciplinario Único.

⁶ Por medio de la sentencia C-038 del 5 de febrero de 1996, la Corte Constitucional declaró exequible el inciso segundo del artículo 6º de la ley 190 de 1995, con el siguiente condicionamiento: “pero únicamente bajo el entendido de que la inhabilidad o incompatibilidad sobrevinientes no se hayan generado por dolo o culpa imputables al nombrado o al funcionario público a los que se refiere dicho precepto”.

La ley 734 del 5 de febrero de 2002, “Por la cual se expide el Código Disciplinario Único”, establece en el Capítulo Tercero, “Sujetos disciplinables”, las personas a quienes se les aplica el código:

“Artículo 25.- Destinatarios de la ley disciplinaria.- 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 este código.
(...)” (Destaca la Sala).

Como se aprecia, el Código Disciplinario Único es aplicable a los Defensores y Comisarios de Familia, dada su calidad de servidores públicos, sin que pueda considerarse el requisito sobre la carencia de antecedentes penales y disciplinarios para tales empleados, como un régimen disciplinario o sancionatorio especial ya que así no fue expedido ni concebido por el legislador, conforme se desprende del análisis efectuado en el punto 3.5 del concepto No. 1915 de 2008 referente al trámite del proyecto de ley No. 85 y 96 (acumulados) de 2005 – Cámara y No. 215 de 2005 – Senado, que a la postre se convirtió en la ley 1098 de 2006.

El numeral segundo del artículo 80 del CIA no tiene el alcance de modificar las normas del Código Disciplinario Único respecto de dichos funcionarios, puesto que no entraña una contradicción o variación de lo dispuesto en éstas, de suerte que el mencionado código continúa siendo la ley disciplinaria para ellos.

En consecuencia, es claro que la norma contenida en el citado numeral 2º no establece un régimen disciplinario especial para los Defensores y Comisarios de Familia, circunstancia ésta que releva a la Sala de entrar a considerar las preguntas formuladas en los numerales 6 a 10 de la consulta, por carecer de objeto.

En este punto, la Sala considera oportuno destacar que además de los deberes y prohibiciones contemplados en los artículos 34 y 35 del Código Disciplinario Único, los Defensores y Comisarios de Familia deben cumplir los deberes y funciones mencionados en los artículos 79, 81 y 82, y 83 y 86, respectivamente, del Código de la Infancia y la Adolescencia, y las diversas normas constitucionales y legales sobre el desempeño de funciones públicas, en orden a garantizar a los niños y adolescentes los derechos fundamentales consagrados en los artículos 44 y 45 de la Constitución, mencionados en el concepto inicial.

Por último, en cuanto a la pregunta específica de la consulta sobre el delito culposo, la Sala expresa que la sanción por esta clase de delitos mediante sentencia en firme, independientemente de los principios de razonabilidad y proporcionalidad⁷, constituye un antecedente penal que impide la posesión como Defensor o Comisario de Familia, por disposición del artículo 248 de la Constitución en concordancia con el referido numeral 2º del artículo 80 del Código de la Infancia y la Adolescencia. Si la condena se profiere durante el desempeño del cargo e incluye la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas⁸, trae como

⁷ Resulta conveniente mencionar que los delitos culposos de homicidio y lesiones personales en accidente de tránsito, tienen en la actualidad, una mayor gravedad de la que tradicionalmente se les atribuía, dado que la ley 1326 del 15 de julio de 2009 les estableció una serie de circunstancias de agravación punitiva, como la de cometer la conducta bajo el influjo de bebida embriagante y que ello haya sido determinante para su ocurrencia, caso en el cual “la pena se aumentará de la mitad al doble de la pena”.

⁸ El delito de peculado culposo, por ejemplo, conlleva la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas (artículo 400 del Código Penal).

consecuencia la separación del empleo de Defensor o Comisario de Familia, como quedó explicado.

LA SALA RESPONDE

1. Las sanciones de carácter no inhabilitante impuestas al Defensor o Comisario de Familia por hechos ocurridos en el ejercicio de su cargo, no son causa suficiente para la separación del cargo.

2. En el evento de una sentencia penal en firme dictada por causa de un delito culposo se debe distinguir:

a) Si la sentencia impone a la persona que está desempeñando el cargo de Defensor o Comisario de Familia la sanción accesoria de inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas, se debe retirar del servicio al funcionario.

b) Si la sentencia no impone dicha sanción, la persona puede continuar en el desempeño del cargo.

3 y 4. La carencia de antecedentes penales y disciplinarios es un requisito exigido para la posesión en los cargos de Defensor y Comisario de Familia, no para la permanencia en ellos.

Si en el desempeño de la función aparece que al servidor público se le había impuesto con anterioridad a la posesión una sanción penal o disciplinaria, en firme, de carácter inhabilitante o no, que no había sido registrada, y que por lo tanto, constituye un antecedente penal o disciplinario que impide su posesión, debe separársele del cargo.

Si durante la permanencia en el empleo se le impone una sanción penal o disciplinaria en firme, de carácter inhabilitante, debe retirársele del cargo.

Si la sanción inhabilitante se impuso por hechos cometidos en el desempeño de otro cargo, se considera como una inhabilidad sobreviniente, y deberá separarse del cargo.

5. El régimen disciplinario aplicable a los Defensores y Comisarios de Familia es el establecido en el Código Disciplinario Único, ley 734 de 2002.

6 a 10. No resulta necesario dar respuesta a las preguntas formuladas en estos numerales, ante las respuestas anteriores y el análisis expuesto en la parte considerativa.

Transcríbese al señor Ministro de la Protección Social. Igualmente, envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

WILLIAM ZAMBRANO CETINA
Presidente de la Sala

GUSTAVO APONTE SANTOS

ENRIQUE J. ARBOLEDA PERDOMO

LUIS FERNANDO ALVAREZ JARAMILLO

JENNY GALINDO HUERTAS
Secretaria de la Sala