

PROCESO DISCIPLINARIO – Agresión física y verbal a funcionaria pública / FALTA DISCIPLINARIA – Estructuración / TIPICIDAD EN EL DERECHO DISCIPLINARIO - Subsunción entre la descripción legal de la conducta disciplinable y la efectivamente desplegada por el sujeto activo / TIPOS EN BLANCO Y TIPOS ABIERTOS – Diferencia

[E]n cuanto a los tipos abiertos y los tipos en blanco, se observa que la jurisprudencia constitucional se ha referido a ellos de manera indistinta, para dar a entender que se trata de aquellas descripciones legales constitutivas de falta disciplinaria, que precisan la remisión a otras normas a fin de completar el sentido del precepto. Lo anterior se desprende del concepto jurídico avalado en la sentencia C-818 de 2005, entre otras, en la cual se sostuvo que los tipos abiertos son «aquellas infracciones disciplinarias que ante la imposibilidad del legislador de contar con un listado detallado de comportamientos que se subsumen en las mismas, remiten a un complemento normativo, integrado por todas las disposiciones en las que se consagren deberes, mandatos y prohibiciones que resulten aplicables a los servidores públicos. Así, la tipicidad en las infracciones disciplinarias se determina por la lectura sistemática de la norma que establece la función, la orden o la prohibición y aquella otra que de manera genérica prescribe que el incumplimiento de tales funciones, órdenes o prohibiciones constituye una infracción disciplinaria». En relación con los tipos en blanco, aquella Corporación también considera que apunta a preceptos que requieren de una remisión normativa para completar su sentido bajo la condición de que se «verifique la existencia de normas jurídicas precedentes que definan y determinen, de manera clara e inequívoca, aquéllos aspectos de los que adolece el precepto en blanco» exigencia que trasciende al campo disciplinario, según lo señalado por la sentencia C-343 de 2006. No obstante, la doctrina distingue los tipos en blanco de los abiertos, para señalar que los primeros requieren de un suplemento normativo para completar su alcance, mientras que los segundos se pueden delimitar así «El tipo abierto, como lo ha definido su creador, es aquel en el cual el legislador no ha determinado de manera completa la materia de la prohibición, correspondiéndole cerrarlo al juez: “la materia de la prohibición no está descrita en forma total y exhaustiva por medio de elementos objetivos”, afirma Hans Welzel». Es así como los tipos en blanco se han incluido en la clasificación de tipos según su estructura formal, mientras que los abiertos ingresan en la división según su contenido.

FUENTE FORMAL: LEY 734 DE 2002 – ARTICULO 34 ORDINAL 1 / LEY 734 DE 2002 – ARTICULO 35 ORDINAL 6

SUBSUCIÓN DEL TIPO DISCIPLINARIO – Adecuación de la conducta / CONDUCTA - actos de violencia y manifestaciones y expresiones injuriosas contra una funcionaria de la Contraloría General de la República /

[E]s claro que su conducta se subsume en el tipo disciplinario consagrado en el ordinal 6 del artículo 35 de la Ley 734 de 2002 puesto que, ejecutó actos de violencia física contra una servidora de la entidad y le dirigió expresiones injuriosas, además de que incumplió con el deber impuesto por el ordinal 1 del artículo 34 ibidem al haber desconocido la obligación de los servidores del Estado de protección contra toda forma de violencia contra la mujer consagrada en varios instrumentos internacionales aprobados por Colombia, entre ellos, el aprobado por la Ley 248 de 1995. De otra parte y respecto de los testimonios de Alfredo Silgado Pinto, Martín Zarza García y Luis Fernando Otero Erazo, resultan claras las razones por las cuales la autoridad disciplinaria se abstuvo de valorarlos, sin que el demandante presente objeción alguna. En conclusión: La actuación desplegada por el señor Javier Francisco Barreto Vásquez sí se subsumió en los tipos disciplinarios que se desprenden del incumplimiento del deber impuesto en los ordinales 1 del artículo 34 de la Ley 734 de 2002 y de la prohibición consagrada en el ordinal 6 del artículo 35 de la dicha ley, toda vez que se probó que ejecutó actos de violencia y manifestó expresiones injuriosas en contra de la señora Olga

Lucía Rodríguez Mosos, quien tenía la condición de servidora de la misma entidad.

PROCESO DISCIPLINARIO – Agresión física y verbal a funcionaria pública / ILICITUD SUSTANCIAL – Conducta investigada / DEBERES DE MERA CONDUCTA - Tratar con respeto, imparcialidad y rectitud a las personas con que tenga relación por razón del servicio / DEBER FUNCIONAL - prohibición a todo servidor público ejecutar actos de violencia en contra de sus superiores, subalternos, compañeros de trabajo y demás servidores públicos o dirigir en su contra injurias o calumnias

[E]l hecho de que el comportamiento no se hubiera producido durante el horario de oficina o en la sede de la entidad de manera alguna excluye su naturaleza disciplinable, teniendo en cuenta que agredió física y verbalmente a otra funcionaria de la Contraloría General de la República, lo cual claramente deteriora las relaciones interpersonales al interior de la entidad, afectando por lo tanto, el servicio público, la prestación de las labores que tienen a su cargo e incluso los deberes funcionales que debe acatar, dentro de los cuales se encuentra no incurrir en las prohibiciones previstas en la ley, en este caso, el ordinal 6 del artículo 35 de la Ley 734 de 2002 prohíbe a todo servidor público ejecutar actos de violencia en contra de sus superiores, subalternos, compañeros de trabajo y demás servidores públicos o dirigir en su contra injurias o calumnias. (...) Aunado a lo anterior, es necesario advertir que con la conducta del demandante se vulneraron los fines esenciales del Estado, contemplados en el artículo 2 de la Constitución Política, mandato superior que prevé que las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. Por manera que no le es dable a un servidor público realizar conductas que atenten contra los derechos que constitucionalmente se le ha encargado proteger, como tampoco desconocer que uno de los principios fundantes del Estado Social de Derecho es precisamente el respeto de la dignidad humana, so pretexto de no encontrarse en su horario laboral ni en la sede de su oficina. Y es que en efecto, el respeto por la dignidad humana es un mandato superior, que debe inspirar todas las actuaciones de los servidores públicos, y su sola transgresión se considera sustancialmente ilícita. En palabras de la Corte Constitucional, «[l]a dignidad humana, según se desprende del art. 1 Superior, es el fundamento del ordenamiento jurídico, es decir que este concepto es un pilar determinante en el Estado Social de Derecho y en la democracia constitucional, y por tanto de los Derechos Humanos y de los derechos fundamentales en general, y constituye una norma vinculante para toda autoridad [...]» En conclusión: La conducta del señor Barreto Vásquez en calidad de profesional universitario grado 02 de la Contraloría General de la República, se dio con ocasión de su cargo y constituye una infracción sustancial a sus deberes funcionales, por cuanto con ella vulneró la dignidad humana como principio fundante del Estado Social de Derecho, afectó los fines esenciales del Estado y desconoció los Tratados Internacionales suscritos por Colombia que obligan a las autoridades públicas a abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Radicación número: 11001-03-25-000-2013-01092-00(2552-13)

Actor: FRANCISCO JAVIER GUILLERMO BARRETO VÁSQUEZ

Demandado: CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, Decreto 01 de 1984.

La Sala dicta la sentencia que en derecho corresponda, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho –previsto en el artículo 85 del Decreto 01 de 1984¹- que se tramitó en virtud de demanda interpuesta por el señor Francisco Javier Guillermo Barreto Vásquez en contra de la Contraloría General de la República.

ANTECEDENTES

El señor Francisco Javier Barreto Vásquez por conducto de apoderado, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Decreto 01 de 1984, demandó a la Contraloría General de la República.

Pretensiones

1. Se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos²:

- La decisión disciplinaria de primera instancia expedida por la Oficina de Control Disciplinario de la Contraloría General de la República el 6 de noviembre de 2008, por medio de la cual impuso sanción de suspensión por el término de 45 días al señor Francisco Javier Guillermo Barreto Vásquez.

- La Resolución 00002 del 20 de febrero de 2009 a través de la cual el contralor general de la República resolvió el recurso de apelación contra la decisión de primera instancia y modificó el término de la suspensión para imponer un mes.

2. Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho solicitó:

i) Condenar a la demandada al pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir a causa de la suspensión impuesta en las decisiones disciplinarias y declarar que para dichos efectos no existió solución de continuidad.

ii) Ordenar que se borre toda anotación que se haya efectuado en la hoja de vida y en el sistema de registro de inhabilidades de la Procuraduría General de la Nación.

¹ Vigente para la época de la demanda.

² Folios 60 a 63 del cuaderno principal.

iii) Condenar a la entidad enjuiciada al pago de los perjuicios morales generados con la *injusta* sanción de la que fue objeto, la cual afectó su salud, honra, buen nombre y prestigio profesional.

3. Ordenar que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos fijados por los artículos 176 a 178 del Código Contencioso Administrativo.

FUNDAMENTOS FÁCTICOS

En resumen, los siguientes son los fundamentos fácticos de las pretensiones³:

1. El día 16 de agosto de 2007 la señora Olga Lucía Rodríguez Mosos presentó queja ante el Comité Organizador de los V Juegos Nacionales y Muestras Culturales de la Contraloría General de la República, en la que informó que durante el desarrollo de dicha actividad había sido víctima de agresión física y verbal por parte del señor Francisco Javier Guillermo Barreto Vásquez.

2. A raíz de lo anterior, el director administrativo y financiero del Fondo de Bienestar Social de la entidad demandada dispuso la apertura de la indagación preliminar 11-8100-008-2007 en contra del accionante. Posteriormente, remitió, por competencia, las diligencias a la oficina de control disciplinario, dependencia que dispuso la apertura de la investigación disciplinaria 07-2165 en contra del actor.

3. El día 28 de abril de 2008 se profirió pliego de cargos y el 6 de noviembre de la misma anualidad se emitió decisión disciplinaria de primera instancia, por medio de la que se sancionó al señor Barreto Vásquez con la suspensión en el ejercicio del cargo por un lapso de 45 días.

4. Contra la anterior decisión se interpuso recurso de apelación, el cual fue decidido a través de la Resolución 000002 del 20 de febrero de 2009, a través de la cual, el contralor general de la República redujo la sanción impuesta al demandante a un mes de suspensión.

5. El día 18 de agosto de 2008⁴ se celebró audiencia de conciliación en la Procuraduría Tercera Judicial Administrativa ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la cual fue declarada fallida.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

En la demanda se invocaron como normas violadas los artículos 6, 29, 118, 256 numeral 3 y 277 numeral 6 de la Constitución Política de 1991 y los artículos 5, 16

³ Folios 36 a 57 del cuaderno principal.

⁴ Si bien esta fue la fecha que se indicó en el libelo de la demanda, lo cierto es que se trata del 18 de agosto de 2009 según se verifica en el folio 2 del cuaderno principal.

y 27 de la Ley 734 de 2002.

Como concepto de vulneración de la normativa invocada, señaló que los actos acusados están afectados por falsa motivación para lo cual indicó que el derecho disciplinario es de aplicación restringida y que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 16 y 27 de la Ley 734 de 2002 las faltas disciplinarias se encuentran directamente relacionadas con el ejercicio de funciones públicas, condicionándose incluso la antijuridicidad de la conducta u omisión a la afectación del deber funcional sin justa causa.

A continuación, señaló que no obstante lo anterior, la Contraloría General de la República sancionó al demandante por unos hechos que sucedieron a las tres de la madrugada en una carretera nacional, cuando el servidor público se encontraba de permiso, esto es, por una conducta que no afectó el deber funcional ni la función pública, y que por tanto, es atípica.

Aunado a lo anterior, expuso que si bien el permiso fue conferido para participar en los V Juegos Nacionales y Muestras Culturales de la Contraloría General de la República, lo cierto es que la conducta por la que se le sancionó no ocurrió durante los juegos, sino antes de su inauguración, por lo que en modo alguno puede considerarse disciplinable.

En esa misma línea argumentativa, precisó que el hecho de que los buses fueran contratados por el Fondo de Bienestar Social, que los juegos fueran promovidos por la misma entidad y a que ellos solo asistieran servidores de la entidad, no implica el ejercicio de una atribución constitucional, legal o reglamentaria por parte del señor Barreto Vásquez.

Seguidamente, anotó que los artículos 6, 118, 256 numeral 3 y 277 numeral 6 de la Constitución prevén que el objeto de la norma disciplinaria es la *conducta oficial* y que la responsabilidad de los servidores públicos tiene relación con la existencia de límites a la atribución pública y con las funciones que desempeña (artículo 122 CP). De manera que el fundamento de la imputación disciplinaria y la limitación de la cláusula general de libertad consagrada en el artículo 16 de la Carta Política están determinados por la infracción de los deberes funcionales del servidor público o del particular que desempeña funciones públicas.

Seguidamente, advirtió que para que exista responsabilidad en el ámbito disciplinario, es menester que se genere el incumplimiento del deber funcional, lo que no sucedió en el *sub examine*, toda vez que los hechos no se relacionan con sus deberes como profesional universitario grado 02 de la dirección de jurisdicción coactiva de la Contraloría General de la República, luego es claro que la conducta no es típica.

CONTESTACIÓN (ff. 450 a 471)

La Contraloría General de la República se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda y afirmó que el proceso disciplinario fue adelantado de acuerdo con las competencias que le asigna la ley y con respeto de todas las garantías del debido proceso y el derecho de defensa del investigado. La demandada aceptó como ciertos los hechos de la demanda relacionados con la causa del inicio de la acción disciplinaria y con el trámite adelantado.

En relación con el fondo de la controversia, expresó que la responsabilidad disciplinaria del demandante se fundamentó en el contenido de los artículos 6 de la Constitución Política de 1991; 23, 34 numeral 1 y 35 ordinales 1 y 6 de la Ley 734 de 2002, este último referido a que a los servidores públicos les está prohibido ejecutar actos de violencia contra sus superiores o compañeros de trabajo.

De igual manera, explicó que el Fondo de Bienestar Social de la Contraloría General de la República es un ente adscrito a esta entidad de acuerdo con el artículo 89 y siguientes de la Ley 106 de 1993, lo que implica que las actividades programadas por dicha dependencia ostentan un carácter oficial y por tanto, cuando los servidores públicos participan en los juegos deportivos lo hacen con ocasión del cargo que fungen o de las funciones que desempeñan, por lo que su proceder está sujeto al derecho disciplinario.

También señaló que aunque los acontecimientos relacionados con el señor Barreto Vásquez sucedieron fuera de las instalaciones de la institución, este solo hecho no lo excluye de la órbita disciplinaria, puesto que se encontraban en el desarrollo de una actividad con ocasión de su vinculación como servidor público de la Contraloría General de la República, tan es así que la demandada pagó las cotizaciones al sistema de riesgos profesionales y que de haber sucedido algún siniestro durante ese lapso se hubiera imputado al servicio.

En este sentido, procedió a indicar que las faltas disciplinarias, por disposición del artículo 27 de la Ley 734 de 2002, no solo se cometen por acción u omisión en el desempeño de las funciones, sino también en actos realizados con ocasión de estas. Así, sostuvo que la participación en el evento deportivo se dio bajo este supuesto, toda vez que el deber funcional o la antijuridicidad de la conducta no se limita a las infracciones cometidas en el ejercicio de las funciones estrictas del cargo, haciendo también parte de ella el proceder relacionado con ocasión del empleo, como la participación en los juegos programados.

Sobre la presunta atipicidad de la conducta alegada por la parte actora, advirtió que tal aseveración es inexacta, ya que la ejecución de actos de violencia contra un compañero de trabajo está fijada como infracción disciplinaria en el ordinal 1 del artículo 34 del CDU y en los ordinales 1 y 6 del artículo 35 de la Ley 734 de 2002, además, explicó, que es deber del Estado brindar protección especial a la mujer por mandato del artículo 43 Constitucional.

Con respecto al argumento esbozado en la demanda referente a que la actuación disciplinada ocurrió dentro de la órbita particular del señor Barreto Vásquez y que por tanto no es sancionable, la Contraloría citó la sentencia C-728 de 2000 en la cual se justificó la existencia de medidas disciplinarias de este tipo para los servidores públicos, en razón a que por tener dicha calidad, la Constitución permite la imposición de restricciones mayores a las creadas para los demás ciudadanos. De este modo, denotó que la agresión de la que fue autor el demandante es disciplinable porque es su deber mantener un comportamiento ajustado a derecho y con respeto hacia las mujeres.

De otra parte, la Contraloría General de la República pidió protección de su derecho al debido proceso, para lo cual consideró necesario tener en cuenta los siguientes aspectos:

- La demanda no se estructuró en ninguna causal de nulidad.
- Declarar la nulidad de los actos demandados quebrantaría su derecho de acceso a la administración de justicia porque la acción ya caducó.
- De igual manera, se desconocería el derecho a la propiedad al obligar a la entidad al pago de la condena a la cual no tiene derecho el actor, lo que también representaría un enriquecimiento sin causa en favor del mismo.
- Finalmente, anotó que se vulneraría el principio de confianza legítima, al impedir a los empleadores ejercer la facultad disciplinaria en contra de sus trabajadores.

Adicionalmente, formuló las siguientes excepciones:

- **Ineptitud sustantiva de la demanda por inexistencia de causal de nulidad de los actos administrativos demandados.** Adujo que la parte demandante no logró desvirtuar la presunción de legalidad de las decisiones controvertidas y que el proceso disciplinario se adelantó conforme las normas disciplinarias y por el funcionario competente. Igualmente, se garantizó el derecho de defensa al permitir la solicitud de pruebas, la presentación de recursos, los cuales fueron resueltos oportunamente.

- **Ineptitud formal e indebida presentación de la demanda:** Toda vez que solo se demandó la Resolución 00002 del 20 de febrero de 2009, expedida por el contralor General de la República que resolvió el recurso de apelación en contra de la decisión de primera instancia proferida dentro del proceso disciplinario 2165-2007, por medio de la cual se modificó la sanción impuesta, y no el acto administrativo sancionatorio de primera instancia. Por tanto, no se cumplió con lo ordenado en el inciso 3 del artículo 138 del Código Contencioso Administrativo.

- **Inexistencia de daño a reparar:** Según la cual, por disposición del artículo 92 de la Constitución Política de 1991, el Estado solo debe reparar el daño causado por un daño antijurídico, lo que no sucede en el *sub examine*, por cuanto la sanción disciplinaria fue impuesta de conformidad con el ordenamiento jurídico.

- **Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido:** En sentir de la entidad demandada no tiene por qué indemnizar al actor, en razón a que los actos enjuiciados fueron expedidos con apego al debido proceso y respeto del derecho de defensa.

- **Enriquecimiento sin justa causa:** Señaló que ante la inexistencia de un daño antijurídico y de una causal de nulidad de los actos enjuiciados, no procede

restablecer ningún derecho al demandante puesto que ello generaría un enriquecimiento sin causa en su favor.

- **Vulneración de la confianza legítima:** Adujo que se quebrantaría este principio al desconocer la decisión disciplinaria emitida por la Contraloría dentro del proceso administrativo, en el que se respetaron las garantías del disciplinado.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

- Contraloría General de la República⁵

La entidad reiteró todos y cada uno de los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, en defensa de la legalidad de la decisión sancionatoria frente a la cual aseguró que se expidió en acatamiento de las garantías legales y constitucionales que le asistían al servidor.

- **El señor Francisco Javier Barreto Vásquez** no se pronunció en esta etapa procesal según se informa en la constancia secretarial visible en el folio 502 del expediente.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO⁶

La Procuraduría Segunda Delegada ante el Consejo de Estado solicitó denegar las pretensiones.

En cuanto a la presunta ineptitud sustantiva de la demanda propuesta por la entidad, afirmó que el demandante corrigió esta e incluyó todos los actos administrativos dentro de la oportunidad otorgada por el Juzgado 21 Administrativo del Circuito de Bogotá. En este punto, aseveró que la decisión de dicho funcionario judicial es válida pese a que no contaba con la competencia, en virtud de los principios de acceso a la administración de justicia y primacía del derecho sustancial sobre el formal, lo cual fue avalado por el Consejo de Estado al admitir la presente acción.

Sobre el fondo de la controversia, manifestó que se probó que el accionante agredió física y verbalmente a una compañera de trabajo, conducta que se encuentra tipificada como falta disciplinaria en el ordinal 6 del artículo 35 de la Ley 734 de 2002.

El Ministerio Público advirtió que si bien para que se configure una infracción disciplinaria es menester que se afecte el deber funcional, también lo es que aun

⁵ Folios 478 a 486 del cuaderno principal.

⁶ Folios 488 a 501 del cuaderno principal.

cuando la actividad desarrollada sea en el ámbito personal debe evaluarse si esta tuvo incidencia o no en el desarrollo de la función pública, de acuerdo con lo expresado por la Corte Constitucional en la sentencia C-252 de 2003.

Hechas estas precisiones, argumentó que el proceder el señor Barreto Vásquez aunque no se efectuó en el cumplimiento propio de sus funciones, sí se hizo con ocasión de estas, conforme lo establece el artículo 27 de la Ley 734 de 2002. En este caso, precisó que el demandante se encontraba durante el desarrollo de una actividad lúdica de la entidad y con compañeros de trabajo, por lo que su comportamiento debía ser acorde con el servicio público que presta.

CONSIDERACIONES

Cuestiones previas

La Contraloría General de la República afirmó que en caso de declararse la nulidad de los actos demandados se quebrantaría el derecho de acceso a la administración de justicia, toda vez que la acción ya caducó. Por tanto, la Sala procederá a examinar si en efecto operó el fenómeno procesal de la caducidad.

- Caducidad de la acción

El derecho de acceso a la administración de justicia no es absoluto, por ello, su ejercicio puede encontrarse limitado, legítimamente, al cumplimiento de ciertos requisitos, entre ellos, la exigencia de que las acciones se incoen en forma oportuna, según los términos legalmente consagrados. Lo anterior, a efectos de evitar la incertidumbre que provocaría la facultad irrestricta de ventilar las controversias que se presentan en sociedad ante la jurisdicción en cualquier momento, lo que de bulto sería atentatorio del principio de seguridad jurídica.

Así las cosas, en materia contencioso-administrativa se han contemplado diversos términos de caducidad que se aplican de acuerdo con la naturaleza de la acción ejercida. En el caso de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el ordinal 2 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo dispone: «[...] caducará al cabo de cuatro (4) meses, contados a partir del día siguiente al de la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto, según el caso. Sin embargo, los actos que reconozcan prestaciones periódicas podrán demandarse en cualquier tiempo por la administración o por los interesados, pero no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe [...]».

En línea con esta disposición, la jurisprudencia del Consejo de Estado⁷ ha sostenido que cuando el acto impugnado a través de la acción de nulidad y

⁷ Consejo de Estado. Sección Segunda. Providencia del 25 de abril de 2016, radicación: 11001-03-25-000-2012-00386-00 (1493-2012). Demandante: Rafael Eberto Rivas Castañeda.

restablecimiento del derecho es de carácter disciplinario, el término de caducidad se computa a partir del día siguiente del acto de ejecución de la sanción, lo que garantiza la protección efectiva de los derechos del disciplinado. Esto siempre que tal acto exista y que tenga relevancia frente a los extremos temporales de la relación laboral, en caso contrario el tiempo de caducidad debe contarse a partir de la ejecutoria del acto definitivo que culminó el proceso administrativo.

En el *sub examine* no existe prueba que se hubiese emitido un acto de ejecución de la sanción disciplinaria, sin embargo, se evidencia que la decisión de segunda instancia contenida en la Resolución 000002 del 20 de febrero de 2009 fue notificada mediante edicto del 24 de marzo de 2009 y desfijado el día 26 de los mismos mes y año⁸. Igualmente, se encuentra constancia secretarial que indica que en esta última fecha quedó ejecutoriada la decisión⁹.

De acuerdo con ello, el término de caducidad de cuatro meses de la acción transcurrió desde el 27 de marzo de 2009, día siguiente a la ejecutoria, hasta el 26 de julio de 2009 fecha límite para presentar la demanda.

No obstante, la Subsección advierte que la demandante presentó solicitud de conciliación extrajudicial ante la Procuraduría Tercera Judicial Administrativa ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el día 10 de junio de 2009 y que esta se realizó el 18 de agosto de ese año tal como se evidencia en la certificación emitida por la entidad¹⁰.

De esta manera se suspendió el cómputo del término conforme lo dispone el artículo 21 de la Ley 640 de 2001 por el lapso de un mes y 16 días que faltaban para cumplirse¹¹, desde tal fecha (10 de junio de 2009) hasta el día 18 de agosto del mismo año, puesto que de acuerdo con la norma enunciada la suspensión del cómputo de la caducidad ocurre hasta que **i)** se produce la constancia de la realización de la conciliación o **ii)** se cumple el término de tres meses desde la solicitud de la diligencia que trata el artículo 20 *ibidem*, prevaleciendo lo que ocurra primero y en este caso sucedió el primer supuesto.

En ese sentido, a partir del día siguiente de expedirse la constancia de celebración de la audiencia ante la Procuraduría General de la Nación, 19 de agosto de 2009, corre el término de caducidad, por lo que al accionante se le vencía el término de cuatro meses de que trata el ordinal 2 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo el 5 de octubre de 2009, límite para incoar la acción¹².

Revisada la fecha de presentación de la demanda, la Subsección advierte que

⁸ Folios 352 y 353 del cuaderno 2.

⁹ Folios 354 *ibidem*.

¹⁰ Folios 2 y 3 del cuaderno principal.

¹¹ Término que restaba entre el 10 de junio y el 26 de julio de 2009.

¹² Desde el 19 de agosto hasta el 5 de octubre se cuenta el mes y los 16 días que restaban para completar el término de caducidad.

esta se radicó el 2 de octubre de 2009¹³, esto es, dentro del tiempo que le otorgó la norma enunciada, lo que implica que no se configuró la caducidad de la acción y por ende, la Sala de Subsección puede pronunciarse sobre el fondo del asunto.

- Ineptitud formal e indebida presentación de la demanda

La Contraloría adujo que solo se demandó la Resolución 00002 del 20 de febrero de 2009 expedida por el contralor General de la República que resolvió el recurso de apelación en contra de la decisión de primera instancia dentro del proceso disciplinario 2165-2007, a través de la cual se modificó la sanción impuesta. Por tanto, a su juicio, no se cumplió con lo ordenado en el inciso 3 del artículo 138 del Código Contencioso Administrativo.

Revisado el expediente se constató que en la demanda que radicó inicialmente la parte actora efectivamente solo se demandó el acto mencionado, pese a que modificaba la decisión disciplinaria emitida el 6 de noviembre de 2008¹⁴. No obstante, la Subsección advierte que también se presentó corrección de la demanda en la que sí se incluyó esta última decisión¹⁵, con lo cual se cumplió a cabalidad con la exigencia prevista en el inciso 3 del artículo 138 del Código Contencioso Administrativo, tal y como lo observó el agente del Ministerio Público en su intervención.

Lo anterior es razón suficiente para desestimar la excepción planteada por la demandada.

Los medios exceptivos denominadas «inexistencia de daño a reparar», «inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido» «enriquecimiento sin justa causa» y «vulneración de la confianza legítima» hacen alusión a la condena que en virtud de la presente acción pudiera generarse en favor del demandante, luego tienen relación directa con el fondo del asunto y en consecuencia, deben ser resueltos junto con este.

Lo mismo se predica de la excepción de «ineptitud sustantiva de la demanda por inexistencia de causal de nulidad de los actos administrativos demandados» la cual se refiere al respeto del debido proceso en el trámite del proceso disciplinario y no a las formalidades en la presentación de la demanda.

Análisis integral de la sanción disciplinaria

¹³ Folios 36 a 57 del cuaderno principal.

¹⁴ Folio 38 *ibidem*.

¹⁵ Folios 60 a 63 *ibidem*.

La Sala Plena¹⁶ de esta corporación definió que el control que ejerce el juez de lo contencioso administrativo es integral, lo cual debe entenderse bajo los siguientes parámetros:

«[...] 1) La competencia del juez administrativo es plena, sin "deferencia especial" respecto de las decisiones adoptadas por los titulares de la acción disciplinaria. 2) La presunción de legalidad del acto administrativo sancionatorio es similar a la de cualquier acto administrativo. 3) La existencia de un procedimiento disciplinario extensamente regulado por la ley, de ningún modo restringe el control judicial. 4) **La interpretación normativa y la valoración probatoria hecha en sede disciplinaria, es controlable judicialmente en el marco que impone la Constitución y la ley.** 5) Las irregularidades del demandante procesal, serán valoradas por el juez de lo contencioso administrativo, bajo el amparo de la independencia e imparcialidad que lo caracteriza. 6) El juez de lo contencioso administrativo no sólo es de control de la legalidad, sino también garante de los derechos. 7) El control judicial integral involucra todos los principios que rigen la acción disciplinaria. 8) El juez de lo contencioso administrativo es garante de la tutela judicial efectiva [...]»

El control de legalidad integral de los actos disciplinarios, así propuesto, conlleva implicaciones para el juez de lo contencioso administrativo, que lo habilitan para lo siguiente:

- Aunque en principio el análisis de la legalidad del acto demandado está enmarcado en las causales de nulidad invocadas en la demanda, también es cierto que el juez puede y debe examinar otras conexas con derechos fundamentales, con el fin de garantizar la primacía del derecho sustancial y optimizar la tutela judicial efectiva.
- Estudiar la legalidad, pertinencia y conducencia de las pruebas que sustentan la sanción. Así como verificar la valoración de la prueba, lo cual comprende: (i) el análisis acerca del acatamiento al derecho de audiencia y defensa; (ii) el respeto de los principios y reglas fijadas por la Constitución y la ley disciplinaria para el recaudo del material probatorio y; (iii) se debe comprobar si el acto fue debidamente motivado.
- Examinar que en la actuación disciplinaria se haya dado estricto cumplimiento a todos los principios rectores de la ley que rige la materia.
- Que la sanción disciplinaria corresponda a la gravedad de la falta y a la graduación que prevé la ley.
- Realizar el análisis de racionalidad, razonabilidad y/o proporcionalidad de la ilicitud sustancial y de ser necesario, valorar los argumentos que sustentan la afectación sustancial del deber funcional así como las justificaciones expuestas por el disciplinado.

¹⁶ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 9 de agosto de 2016, número de referencia: 1 10010325000201 100316 00 (121 0-11). Demandante: Piedad Esneda Córdoba Ruíz.

Establecido lo anterior la Sala procede a estudiar el caso *sub examine*:

LOS CARGOS Y LA SANCIÓN DISCIPLINARIA:

El día 7 de septiembre de 2007 la Oficina de Control Disciplinario de la Contraloría General de la República dispuso la apertura de investigación disciplinaria en contra del señor Francisco Javier Barreto Vásquez con el propósito de verificar si incurrió en alguna falta disciplinaria de acuerdo con la queja interpuesta por la señora Olga Lucía Rodríguez Mosos el 16 de agosto de 2007¹⁷.

Posteriormente, la demandada efectuó la respectiva valoración de las pruebas recaudadas y decidió, a través del Auto del 23 de abril de 2008, formular pliego de cargos en contra del señor Francisco Javier Barreto Vásquez por haber agredido física y verbalmente a la señora Olga Lucía Rodríguez Mosos la noche del 16 de agosto de 2007, cuando se desplazaban para participar en los juegos nacionales organizados por el fondo de bienestar social de la entidad¹⁸.

El 6 de noviembre de 2008 la parte demandada expidió la decisión de primera instancia por medio de la cual sancionó al accionante con la suspensión de sus funciones por el término de 45 días¹⁹. El demandante presentó recurso de apelación en contra de la providencia²⁰, el cual fue resuelto mediante Resolución 000002 del 20 de febrero de 2009 que modificó la decisión de primera instancia variando la suspensión a un lapso de un mes²¹.

En el siguiente cuadro se resume la concordancia entre el pliego de cargos y el acto administrativo sancionatorio.

| PLIEGO DE CARGOS -23 de abril de 2008- | ACTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO |
|---|---|
| «Formular el cargo que se señala a continuación, contra el procesado: FRANCISCO JAVIER GUILLERMO BARRETO VASQUEZ, [...], quien en forma grave y dolosa ejecutó la noche del 16 de agosto de 2007 en el parador denominado “EL PASO” actos de violencia contra la doctora OLGA | - Primera instancia, decisión del 3 de septiembre de 2009²² : «[...] PRIMERO: SANCIONAR al señor FRANCISCO JAVIER GUILLERMO BARRETO VÁSQUEZ [...] en su condición de Profesional Universitario Grado 02, vinculado a la Dirección de Jurisdicción Coactiva de la Contralora Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva, con suspensión en el ejercicio del cargo por el lapso de CUARENTA Y CINCO DÍAS (45), por encontrarlo responsable disciplinariamente del cargo formulado (las mayúsculas y ortografía se |

¹⁷ Folios 1 a 7 del cuaderno de pruebas 7.

¹⁸ Folios 162 a 171 del cuaderno de pruebas 7.

¹⁹ Folios 265 a 280 del cuaderno de pruebas 8.

²⁰ Folios 285 a 309 *ibidem*.

²¹ Folios 317 a 348 *ibidem*.

²² Folios 279 del cuaderno 8.

| | |
|--|---|
| <p>LUCÍA RODRÍGUEZ MOSOS consistentes en darle un golpe que le afectó el hombro derecho y el seno, además la injurió diciéndole “LESBIANA” agregándole la frase “VOY A MATAR A ESA HIJUEPUTA” lo cual hizo en el sitio denominado “el paso” infringiendo de esta manera la Ley 734 de 2002 Arts. 34 Num. 1 y 35 Num. 6, al igual que los Arts. 1 y 2 de la Ley 248 de 1.995. (las mayúsculas y ortografía se transcriben textualmente) [...]» (f. 171 del cuaderno 7 de pruebas).</p> | <p>transcriben textualmente) [...]».</p> <p>- Decisión de segunda instancia. Resolución 000002 del 20 de febrero de 2009²³:</p> <p>« [...] PRIMERO: Modificar el artículo primero del fallo de primera instancia del 6 de noviembre de 2008, en el sentido de sancionar al doctor FRANCISCO JAVIER BARRETO VÁSQUEZ [...] en su condición de Profesional Universitario Grado 02, vinculado a la Dirección de Jurisdicción Coactiva de la Contralora Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva, de la Contraloría General de la República, con suspensión en el ejercicio del cargo por el lapso de un mes, por encontrarlo responsable disciplinariamente, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia (las mayúsculas y ortografía se transcriben textualmente) [...]»</p> |
|--|---|

Estructura de la falta disciplinaria

El acto sancionatorio de primera instancia consideró que el accionante con su comportamiento infringió lo previsto por los artículos 34 ordinal 1 y 35 ordinal 6 de la Ley 734 de 2002, al igual que los artículos 1 y 2 de la Ley 248 de 1995, normas que textualmente disponen:

Ley 734 de 2002

«**Artículo 34.** Deberes. Son deberes de todo servidor público:

1. Cumplir y hacer que se cumplan los deberes contenidos en la Constitución, los tratados de Derecho Internacional Humanitario, los demás ratificados por el Congreso, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas, los contratos de trabajo y las órdenes superiores emitidas por funcionario competente.
[...]

Artículo 35. Prohibiciones. A todo servidor público le está prohibido:

[...]

6. Ejecutar actos de violencia contra superiores, subalternos o compañeros de trabajo, demás servidores públicos o injuriarlos o calumniarlos.

[...]

Ley 248 de 1995²⁴

²³ Folios 317 a 348 del cuaderno de pruebas 7.

²⁴ Por medio de la cual se aprueba la Convención Internacional para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, suscrita en la ciudad de Belem Do Para, Brasil, el 9 de junio de 1994.

«**ARTÍCULO 1o.** Para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado.

ARTÍCULO 2o. Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica:

a) Que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual;

b) Que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, y

c) Que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, dondequiera que ocurra.»

Lo anterior, por cuanto encontró probada la ejecución de actos de violencia física y el proferir injurias en contra de la señora Olga Lucía Rodríguez Mosos, quien es servidora de la entidad de mayor grado al de él, durante una actividad que estaba relacionada con su condición de servidor público.

La decisión de segunda instancia consideró en cuanto a la ilicitud sustancial de la conducta que conforme el mandato de la Ley 106 de 1993, en los artículos 89 y siguientes, las actividades que realiza el Fondo de Bienestar Social como ente adscrito a la Contraloría General de la República son de carácter oficial y los funcionarios que participen en ellas deben acatar sus disposiciones y reglamentos. De la misma forma, indicó que la participación en los eventos deportivos tiene lugar con ocasión de los cargos o funciones, en consecuencia, aunque los hechos ocurrieron fuera de la entidad en horas no laborales, lo cierto es que se dieron entre funcionarios públicos que con ocasión del servicio se trasladaban a cumplir con los programas deportivos de la entidad.

La falta fue imputada a título de dolo, puesto que el disciplinado tenía pleno conocimiento de la ilicitud de su proceder por las circunstancias que rodearon la ejecución de la conducta²⁵.

Comportamiento reprochado

El comportamiento reprochado al señor Francisco Javier Barreto Vásquez demandante consistió en que el día 16 de agosto de 2007, cuando el disciplinado se desplazaba con sus compañeros de trabajo para participar en los V Juegos Nacionales y Muestras Culturales de la Contraloría General de la República, en los buses indicados por la entidad, en una parada en el sector denominado «El paso»,

²⁵ Folios 185 y 213 del cuaderno principal.

en horas de la madrugada, sostuvo un altercado con su excompañera sentimental, la señora Luz Marina Valencia Cardona, situación en la cual intervino la señora Olga Lucía Rodríguez Mosos para impedir los actos de violencia en contra de esta última. En aquel momento recibió un golpe por parte de Javier Guillermo Barreto Vásquez que le afectó el hombro derecho y el seno, además de que fue objeto de injurias provenientes de la misma persona²⁶, actos de la mayor trascendencia social por haber sido dirigidos contra una mujer, ocasionándole sufrimiento físico y psicológico.

Problemas jurídicos

De conformidad con el acto administrativo sancionatorio y las causales de nulidad invocadas, así como de la revisión que del proceso hiciera la Sala, los problemas jurídicos se concretan en los siguientes interrogantes:

1. ¿La conducta desplegada por el señor Francisco Javier Barreto Vásquez incurrió en desconocimiento del deber impuesto por el artículo 34 ordinal 1 de la Ley 734 de 2002 y en la prohibición de que trata el artículo 35 ordinal 6 *ejusdem* en concordancia con lo previsto por los artículos 1 y 2 de la Ley 248 de 1995?
2. ¿El proceder del señor Barreto Vásquez encaja dentro del concepto de *ilicitud sustancial* en los términos del artículo 5 de la Ley 734 de 2002?

Primer problema jurídico

¿La conducta desplegada por el señor Francisco Javier Barreto Vásquez incurrió en desconocimiento del deber impuesto por el artículo 34 ordinal 1 de la Ley 734 de 2002 y en la prohibición de que trata el artículo 35 ordinal 6 *ejusdem* en concordancia con lo previsto por los artículos 1 y 2 de la Ley 248 de 1995?

La tipicidad en el derecho disciplinario

La tipicidad como categoría dogmática del derecho disciplinario encuentra su razón de ser en el principio de legalidad como expresión del debido proceso que implica que nadie puede ser juzgado si no por una infracción, falta o delito descrito previamente por la ley. En efecto, el artículo 29 de la Constitución Política impone que «nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio». En términos de la Corte Constitucional²⁷ este principio «cumple con la función de garantizar, por un lado, la libertad y seguridad individuales al establecer en forma anticipada, clara e inequívoca qué comportamientos son sancionados, y de otro proteger la seguridad jurídica».

²⁶ Folio 275 del cuaderno de pruebas 8.

²⁷ Sentencia C-769 de 1999. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

Así las cosas, le corresponde exclusivamente al legislador definir, de forma abstracta y objetiva, qué conductas desplegadas por quienes tienen a su cargo el ejercicio de funciones públicas deben ser objeto de sanción por afectar el correcto desarrollo del servicio que le ha sido encomendado o por el abuso en su ejercicio²⁸.

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

El análisis de la tipicidad es un apartado fundamental en la motivación del acto administrativo que impone una sanción disciplinaria y dentro del mismo, la autoridad cuenta con un margen de interpretación más amplio que el que se encuentra en el derecho penal, pues la precisión con la cual deben estar descritos los comportamientos disciplinariamente reprochables tiene una mayor flexibilidad al concebido en materia criminal, ante la dificultad de que la ley haga un listado detallado de absolutamente todas las conductas constitutivas de falta²⁹; como consecuencia de ello se ha avalado, desde un punto de vista constitucional³⁰, la inclusión de conceptos jurídicos indeterminados y la formulación de los tipos abiertos y en blanco que están redactados con una amplitud tal que hace necesario remitirse a otras normas en las que se encuentren consagrados los deberes, las funciones o las prohibiciones que se imponen en el ejercicio del cargo, y que exigen un proceso de hermenéutica sistemática lógica que demuestre en forma congruente cómo la conducta investigada se subsume en la descrita por la ley.

Conviene aclarar que los conceptos jurídicos indeterminados, entendidos como «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»³¹, son admisibles en la forma de consagrar infracciones administrativas siempre que las remisiones a otras normas o a otros criterios permitan determinar los comportamientos censurables, pues de permitirse que el operador sea quien defina la conducta sancionable de manera discrecional sin referentes normativos precisos se desconocería el principio de legalidad³².

²⁸ El artículo 6 de la Constitución Política prevé: *Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.*

²⁹ Al respecto la Corte Constitucional en la sentencia C-404 de 2001 indicó «la naturaleza de las conductas reprimidas, los bienes jurídicos involucrados, la teleología de las facultades sancionatorias, los sujetos disciplinables y los efectos jurídicos que se producen frente a la comunidad, hacen que la tipicidad en materia disciplinaria admita -en principio- cierta flexibilidad»²⁹, posición reiterada en sentencias C-818 de 2005 y C-030 de 2012.

³⁰ Frente a este punto se pueden ver varias sentencias de la Corte Constitucional, entre ellas, la C-393 de 2006.

³¹ Véanse las sentencias C-818 de 2005, C-762 de 2009, C-343 de 2006, C-030 de 2012, entre otras.

³² En la sentencia C-530 de 2003, admitió la «siempre y cuando dichos conceptos sean determinables en forma razonable, esto es, que sea posible concretar su alcance, en virtud de remisiones normativas o de criterios técnicos, lógicos, empíricos, o de otra índole, que permitan prever, con suficiente precisión, el alcance de los comportamientos prohibidos y sancionados. Por el contrario, si el concepto es a tal punto abierto, que no puede ser concretado en forma razonable,

Ahora bien, en cuanto a los tipos abiertos y los tipos en blanco³³, se observa que la jurisprudencia constitucional se ha referido a ellos de manera indistinta, para dar a entender que se trata de aquellas descripciones legales constitutivas de falta disciplinaria, que precisan la remisión a otras normas a fin de completar el sentido del precepto.

Lo anterior se desprende del concepto jurídico avalado en las sentencia C-818 de 2005³⁴, entre otras, en la cual se sostuvo que los *tipos abiertos* son «aquellas infracciones disciplinarias que ante la imposibilidad del legislador de contar con un listado detallado de comportamientos que se subsumen en las mismas, remiten a un complemento normativo, integrado por todas las disposiciones en las que se consagren deberes, mandatos y prohibiciones que resulten aplicables a los servidores públicos. Así, la tipicidad en las infracciones disciplinarias se determina por la lectura sistemática de la norma que establece la función, la orden o la prohibición y aquella otra que de manera genérica prescribe que el incumplimiento de tales funciones, órdenes o prohibiciones constituye una infracción disciplinaria».

En relación con los *tipos en blanco*, aquella Corporación también considera que apunta a preceptos que requieren de una remisión normativa para completar su sentido³⁵ bajo la condición de que se «verifique la existencia de normas jurídicas precedentes que definan y determinen, de manera clara e inequívoca, aquéllos aspectos de los que adolece el precepto en blanco» exigencia que trasciende al campo disciplinario, según lo señalado por la sentencia C-343 de 2006.

No obstante, la doctrina distingue los tipos en blanco de los abiertos, para señalar que los primeros requieren de un suplemento normativo para completar su alcance³⁶, mientras que los segundos se pueden delimitar así «El tipo abierto, como lo ha definido su creador, es aquel en el cual el legislador no ha determinado de manera completa la materia de la prohibición, correspondiéndole cerrarlo al juez: “la materia de la prohibición no está descrita en forma total y exhaustiva por medio de elementos objetivos”³⁷, afirma Hans Welzel»³⁸. Es así como los tipos en blanco se han incluido en la clasificación de tipos según su estructura formal³⁹, mientras que los abiertos ingresan en la división según su contenido⁴⁰.

Análisis de los elementos del tipo disciplinario

entonces dichos conceptos desconocen el principio de legalidad, pues la definición del comportamiento prohibido queda abandonada a la discrecionalidad de las autoridades administrativas, que valoran y sancionan libremente la conducta sin referentes normativos precisos».

reiterado en C-406 de 2004 y C-030 de 2012.

³³ Sentencias C-404 de 2001, C-818 de 2005.

³⁴ En este aparte cita la Sentencia C-401 de 2001.

³⁵ Ver la sentencia 404 de 2001.

³⁶ Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. *Dogmática del Derecho Disciplinario*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017, pp. 433 – 445.

³⁷ Claus Roxin. *Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico*, Buenos Aires, Depalma, 1979, p.6.

³⁸ Gómez Pavajeau. *Op. Cit.*, p. 431.

³⁹ Reyes Echandía, Alfonso. *Derecho Penal*, Bogotá, Editorial Temis S.A. 2000, p.115.

⁴⁰ *Ibidem* p.118.

De acuerdo con el artículo 23 de la Ley 734 de 2002 constituye falta disciplinaria la ejecución de cualquiera de las conductas descritas por la misma norma que conlleve el incumplimiento de deberes, la extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, sin que esté presente alguna de las causales de exclusión de responsabilidad de que trata el artículo 28 *ibidem*.

En línea con lo anterior, el artículo 34 del Código Disciplinario Único, en el ordinal 2, impone a todo servidor público la obligación de cumplir con los deberes contenidos en la Constitución, los tratados de Derecho Internacional Humanitario, los demás ratificados por el Congreso y las leyes, entre otras fuentes de derecho.

De acuerdo con lo anterior, el incumplimiento de deberes como falta disciplinaria es un tipo abierto que requiere de la integración con otras disposiciones normativas. De esta manera, para lo que es materia de estudio, existen diversos instrumentos internacionales con los cuales se ha buscado el respeto por la integridad, física, psíquica y moral de las personas, como lo hace el artículo 5 de la *Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)*⁴¹ así como erradicar toda forma de violencia contra la mujer así como cualquier forma de discriminación por tal condición, para señalar algunas de ellas se tienen las siguientes:

- *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*⁴².
- *Convención Internacional para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, suscrita en la ciudad de Belem Do Para, Brasil, el 9 de junio de 1994*⁴³.
- *Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*⁴⁴.

Para efectos de analizar las anteriores normas internacionales se debe atender el contenido del artículo 93 de la Constitución Política que señala «Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia», así, conviene aclarar que los anteriormente señalados fueron aprobados por las Leyes 51 de 1981, 248 de 1995 y 984 de 2005 y con ellas fueron integrados a la legislación nacional.

⁴¹ Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969. Entró en vigor el 18 de julio de 1978. Aprobado por Colombia mediante Ley 16 del 30 de diciembre de 1972.

⁴² Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979 y firmada en Copenhague el 17 de julio de 1980. Entró en vigor como tratado el 3 de septiembre de 1981. Aprobada por Colombia a través de la Ley 51 del 2 de junio de 1981.

⁴³ aprobada por Colombia por medio de la Ley 248 de 1995.

⁴⁴ Adoptado por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas en Resolución A/54/4 de 6 de octubre de 1999. Entró en vigor el 22 de diciembre de 2000. Aprobado por Colombia mediante la Ley 984 del 12 de agosto de 2005.

En efecto, la Ley 51 de 1981, en el artículo 3, prescribió: «Los Estados Partes tomarán en todas las esferas, y en particular en las esferas política, social, económica y cultural, todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre.»

Por su parte, la Ley 248 de 1995 definió qué debe entenderse por violencia contra la mujer en los artículos 1 y 2, anteriormente transcritos. Esta misma norma, además de consagrar los derechos que tienen las mujeres, en los artículos 3, 4, 5 y 6, asignó a los Estados Parte la posición de garantes frente a ellos, por lo que impuso el deber de brindarles protección respecto de cualquier forma de violencia en su contra mediante la adopción de las siguientes medidas:

- a) Abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y **velar porque las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación;**
- b) **Actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer;**
- c) **Incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso;**
- d) Adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad;
- e) Tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer;
- f) Establecer procedimientos legales y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos;
- g) Establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces, y
- h) Adoptar las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva esta Convención.⁴⁵

Más adelante, la Ley 984 de 2005 reconoció la competencia del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer para recibir y considerar las comunicaciones presentadas por personas que se hallen bajo la jurisdicción de los Estados Parte que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado Parte de cualquiera de los derechos enunciados en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

Del anterior recuento, es claro el compromiso que ha asumido el Estado Colombiano de brindar protección a la mujer frente a todo tipo de maltrato físico,

⁴⁵ Artículo 7.

sicológico y moral, para lo cual debe velar porque sus funcionarios y servidores se abstengan de infringir dicha obligación.

Adicionalmente, la Ley 734 de 2002 prohíbe a todo servidor público ejecutar actos de violencia en contra de sus superiores, subalternos, compañeros de trabajo y demás servidores públicos o dirigir en su contra injurias o calumnias (artículo 35, ordinal 6).

En cuanto al verbo rector, *ejecutar*, se define como «tr. Poner por obra algo [...]»⁴⁶.

Ahora bien, sobre los demás elementos normativos es necesario delimitar el concepto de *violencia* que contiene la norma, para ello se acudirá a la interpretación gramatical, en consecuencia debe entenderse por dicho vocablo:

- «1. f. Cualidad de violento.
2. f. Acción y efecto de violentar o violentarse.
3. f. Acción violenta o contra el natural modo de proceder.
4. f. Acción de violar a una persona.»⁴⁷

A su vez, violento se define como:

- «1. adj. Dicho de una persona: Que actúa con ímpetu y fuerza y se deja llevar por la ira.
2. adj. Propio de la persona violenta.
3. adj. Que implica una fuerza e intensidad extraordinarias.
4. adj. Que implica el uso de la fuerza, física o moral.
5. adj. Que está fuera de su natural estado, situación o modo.
6. adj. Dicho del sentido o la interpretación que se da a lo dicho o escrito: Falso, torcido, fuera de lo natural.
7. adj. Dicho de una situación: Embarazosa.
8. adj. Dicho de una persona: Que se encuentra en una situación embarazosa.»⁴⁸

⁴⁶ <http://dle.rae.es/?id=ERxzMn2>.

⁴⁷ <http://dle.rae.es/?id=brdBvt6>.

⁴⁸ <http://dle.rae.es/?id=brjKWH1>

En relación con las injurias o calumnias, conviene acudir a la interpretación sistemática en cuanto señala el entendimiento que es relevante al derecho punitivo, así el Código Penal señala en el artículo 220 que el primer término⁴⁹ se circunscribe a *imputaciones deshonrosas* y el artículo 221 indica que el segundo vocablo⁵⁰ se contrae a imputaciones falsas que se hacen hacia una persona de una conducta típica.

En ese orden, se infiere que es típica la conducta que despliega un servidor público mediante el uso de la fuerza ya sea física o moral, así como las imputaciones deshonrosas o falsas de una conducta típica en contra de sus superiores, subalternos, compañeros de trabajo y demás servidores públicos.

Expuesto lo anterior y teniendo en cuenta que cada uno de los presupuestos legales que configuran la falta disciplinaria hacen parte del elemento normativo del tipo, procede la Sala a concentrar el análisis en la estructura de las conductas disciplinarias por las que se responsabilizó al señor Francisco Javier Barreto Vásquez, las cuales se encuentran contenidas en los ordinales 1 y 6 de los artículos 34 y 35 de la Ley 734 de 2002.

Caso concreto

El apoderado del accionante manifestó que en el presente caso no existe tipicidad, puesto que los hechos por los cuales se le investigó y sancionó sucedieron cuando no se encontraba en la prestación del servicio en razón a que gozaba de permiso.

Al respecto, la Subsección aclara que en el análisis de la existencia de la tipicidad solo se verificará si la conducta desplegada por el demandante el día 16 de agosto de 2007 encaja dentro de los elementos que conforman el tipo disciplinario imputado, esto es, únicamente se determinará la subsunción típica de manera formal, luego no se examinará la existencia de la ilicitud sustancial, en tanto este es un ítem que se considerará en el punto siguiente de esta providencia, toda vez que la tipicidad y la ilicitud sustancial son elementos estructurales diferentes de la falta disciplinaria.

De este modo, se estudiará si el proceder del señor Barreto Vásquez se subsume en el ordinal 1 del artículo 34 y en el ordinal 6 del artículo 35 de la Ley 734 de 2002, para ello es menester determinar si ejerció o ejecutó actos de violencia de este tipo o dirigió injurias o calumnias en contra de la quejosa, señora Olga Lucía Rodríguez Mosos.

⁴⁹ Artículo 220. Injuria. El que haga a otra persona imputaciones deshonrosas, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años y multa de diez (10) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

⁵⁰ Artículo 221. Calumnia. El que impute falsamente a otro una conducta típica, incurrirá en prisión de uno (1) a cuatro (4) años y multa de diez (10) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

El demandante no discute que el día 16 de agosto de 2007, se desplazó con sus compañeros de trabajo para participar en los V Juegos Nacionales y Muestras Culturales de la Contraloría General de la República y que los buses se detuvieron en el sector denominado «El paso» para descansar y tomar alimentos, hacia las 2:30 a.m. cuando tuvieron lugar los hechos materia de investigación. Así se desprende del Acta del 17 de agosto de 2007⁵¹.

Ahora bien, de acuerdo con la queja, el demandante agredió física y verbalmente a la señora Olga Lucía Rodríguez Mosos, quien es empleada de la entidad y compañera de trabajo, situación en relación con la cual se declaró que recibió un puño del actor entre el pecho y el hombro. Así mismo se refirió a las palabras con las que el mencionado señor se dirigió a ella en los siguientes términos:

«[...] Me dijo que pertenecíamos a un grupo de LESBIANAS, GAYS, y PUTAS. [...] PREGUNTADO: Sírvase decir en que forma la amenaza de muerte el disciplinado FRANCISCO JAVIER BARRETO. CONTESTO: En forma verbal en tres ocasiones, una cuando me golpeo, después se fue atropellar a las personas que estaban haciendo cola, regreso con una bandeja y me volvió a insultar, me volvió a amenazar de muerte, y también lo dijo cuando se subió al bus detrás de LUZ MARINA VALENCIA, [...] Me dijo, TE VOY A ARRASTRAR A MUÑECA, Y ME MOSTRO LA PARTE DE DELANTE DE LAS COMIDAS Y ME DIJO HASTA ALLA, Y TE VOY A MATAR, cuando se subió al bus, gritaba VOY A MATAR A ESA HIJUEPUTA [...].»

Adicionalmente en el proceso disciplinario, se recibieron las siguientes declaraciones:

- Numa Pompilio Bermúdez, testigo presencial del hecho, empleado de la entidad en la dependencia de comunicación y publicación, quien relató⁵²:

«[...] El 15 de agosto antes de irnos a la ciudad de Armenia con el fin del cubrimiento periodístico de los V Juegos Nacionales y Muestras Culturales en dicha ciudad, a eso de las 10:30 pm partimos hacia la ciudad de Armenia. A eso de las 2:30 AM, el bus se detuvo en un restaurante denominado “Los Pasos” con el fin de tomar alimentos y descansar. En estas circunstancias nos encontrábamos dialogando con la señora Olga Lucía Rodríguez Mosos, cuando se presentó el señor Javier Barreto con la supuesta excompañera Luz Marina Valencia a quien traía del brazo, al llegar al frente de nosotros esta se quiso desprender de él y este el señor Barreto le dio un pisotón quien intentaba (sic), dicho señor llegó insultando a la señora Olga Lucía como lesbiana y le dio a entender que él tenía una hija con la señora Luz Marina Valencia y que tenía que cuidar la reputación de su hija. Segundos después sin ningún motivo previo sacó el brazo derecho y le propinó un golpe entre el hombro derecho y el pecho ante esta situación no hubo ninguna respuesta por parte de la doctora Olga Lucía [...].»

⁵¹ Folios 13 a 15 del cuaderno 7.

⁵² Folios 13 y 14 del cuaderno 7.

- María Margarita Amaya Pinto. Presenció la agresión verbal y narró⁵³:

«[...] Siendo el día 15 de agosto viajamos a la ciudad de Armenia y siendo las 2:30 de la mañana del día 16, los buses realizaron una parada en el sitio llamado el paso, al bajarme del bus me encontré con Olga Rodríguez, Nume Bermúdez y Luz Mariana Zuluaga quienes se encontraban congestionados, preocupados y Olga se encontraba con lágrimas en los ojos, yo le pregunté que le pasaba, ella me dijo que el señor Javier Barreto le había pegado un puñetazo entre la clavícula-hombro (sic), al mismo tiempo se encontró al señor Barreto insultándolas con palabras soeces, ellas se subieron a su respectivo bus y el señor Barreto las siguió en la misma actitud, por lo que otros compañeros tuvieron que bajarlo del bus [...]»

Dicha testigo también manifestó que presenció el momento en el que el señor Barreto Vásquez se dirigió a la quejosa con palabras obscenas.

- Mavel Forero González. Aunque no estuvo presente en el instante del suceso y advirtió que no vio que el señor Barreto Vásquez golpeará e insultara a la señora Olga Lucía Rodríguez Mosos, sí fue testigo del estado de conmoción y nerviosismo que padecía esta. Al respecto expresó⁵⁴:

«[...] yo llegué donde estaban Numa y Olga Lucía, yo los vi muy pálidos y les dije que que (sic) les pasaba, ella con la voz muy débil me contestó, que JAVIER BARRETO le había pegado un puño yo le dije a Numa que si eso era cierto y él me dijo que sí, entonces Olga me mostró, parte del brazo derecho y la parte superior del pecho, y tenía toda esta zona enrojecida, yo le pregunté qué pasó fue que discutieron que porque le pegó, ella dijo no nada, absolutamente nada [...]»

- Amada Palacios Jaimes, quien fungía como directora del Fondo de Bienestar Social de la Contraloría General de la República. La testigo no presenció el hecho y solo se refirió al estado de ánimo de la señora Olga Lucía Rodríguez Mosos⁵⁵: «[...] ella me comentó los hechos y estaba angustiada y llorando y muy nerviosa, pero o apreció ninguna lesión, sí estaba muy nerviosa y lloraba mucho [...]».

En el trámite disciplinario también se recibieron las declaraciones de Fresia de Jesús Maturana Asprilla⁵⁶ quien sostuvo no tener conocimiento sobre la agresión y la amenaza objeto de investigación.

Del mismo modo, obran los testimonios de otros funcionarios de la entidad integrantes del equipo deportivo al que pertenecía el actor, ellos son: Alfredo Silgado Pinto⁵⁷, Martín Zarza García⁵⁸ y Luis Fernando Otero Erazo⁵⁹ fueron tenidos como sospechosos por la decisión de primera instancia, en consideración a su simpatía con el encartado y la forma tan exacta en la que relataron lo

⁵³ Folios 11 y 12 *ibidem*.

⁵⁴ Folios 61 y 62 *ibidem*.

⁵⁵ Folio 125 del cuaderno 7.

⁵⁶ Folios 59 y 60 C. 7.

⁵⁷ Folios 118 y 119 C. 7.

⁵⁸ Folios 120 y 121 C.7.

⁵⁹ Folios 126 y 127 C.7.

sucedido.

Por su parte, en la versión libre el señor Francisco Javier Guillermo Barreto Vásquez manifestó:

«[...] Partimos para los juegos nacionales el 15 de agosto en horas de la noche y yo iba como participante del equipo softball que representa a la cgr, a eso de la madrugada, pues paro el bus para comer o tomar algunos alimentos o refrigerio, y pues vi a la señora LUZ MARINA VALENCIA, ella es mi compañera con quien tengo una hija de 12 años, y con quien he convivido prácticamente 10 años de mi vida, y ahí hubo una especie de discusión por problemas familiares, todo era alrededor del tema de JULIANA BARRETO VALENCIA, era un problema familiar prácticamente entre marido y mujer, charle con ella y salió hacia el bus y se metió en el bus ella, yo salí a perseguirla porque pensé que me había quedado corto en lo que tenía que decirle y ella se metió por donde había bastante gente y se estaba bajando la gente, cuando yo la perseguí como no cabía por donde ella se metió trate de meterme por otro lado, y ahí fue donde trate de pasa por donde estaba el señor NUMA POMPILIO, y la señora OLGA LUCÍA RODRÍGUEZ, ella me llamo y me trató de bloquear el paso, para que no persiguiera a LUZ MARINA o no me subiera al bus, no se cual era la intención pero de todas maneras, yo le dije que no se metiera en mis problemas personales, y la aparte con la mano derecha la toque en el hombro, ya que ella estaba de medio lado y no estaba de frente, no la golpeé, no tuve ninguna intención ni dolo ni culpa, el problema no era con ella, no hubo ningún tipo de agresión y me subí al bus, no hubo agresión verbal ni física, ni contra ella ni contra ninguna persona, luego me bajee porque BOLIVIA GARCIA me llamo y me tome una gaseosa con ella. [...]»⁶⁰ (ortografía y puntuación del texto original)

Análisis de las pruebas

Dentro del trámite disciplinario quedó demostrado que los hechos ocurrieron entre la noche del miércoles 15 y el jueves 16 de agosto de 2007, cuando el demandante y la agredida, junto con otros compañeros de trabajo de la Contraloría General de la República, se desplazaban desde la ciudad de Bogotá a la ciudad de Armenia, Quindío, a participar de los eventos deportivos y culturales organizados por el Fondo de Bienestar Social de la entidad, asunto que no se discute en la demanda.

Para la Subsección las declaraciones aludidas llevan a la conclusión de que el señor Javier Francisco Barreto Vásquez el día 16 de agosto de 2007, cuando se desplazaba con sus compañeros de trabajo para participar en los V Juegos Nacionales y Muestras Culturales de la Contraloría General de la República agredió física y verbalmente a la señora Olga Lucía Rodríguez Mosos, quien es empleada de la entidad.

Al respecto, el disciplinado admite el contacto con la quejosa al margen de una discusión que sostuvo con su entonces compañera sentimental, pero difiere en

⁶⁰ Folios 44 y 45 del cuaderno 7.

cuanto a su intensidad y niega las expresiones injuriosas, no obstante, ofrece credibilidad lo relatado por el señor Numa Pompilio Bermúdez y la señora María Margarita Amaya Pinto, puesto que estuvieron presentes en el momento de los hechos. Además, tales declaraciones concuerdan con lo narrado por las señoras Mavel Forero González y Amada Palacios Jaimes, en relación con el estado psicológico y anímico de la señora Olga Lucía Rodríguez Mosos con posterioridad a las agresiones que recibió.

Bajo tales parámetros, es claro que su conducta se subsume en el tipo disciplinario consagrado en el ordinal 6 del artículo 35 de la Ley 734 de 2002 puesto que, ejecutó actos de violencia física contra una servidora de la entidad y le dirigió expresiones injuriosas, además de que incumplió con el deber impuesto por el ordinal 1 del artículo 34 *ibidem* al haber desconocido la obligación de los servidores del Estado de protección contra toda forma de violencia contra la mujer consagrada en varios instrumentos internacionales aprobados por Colombia, entre ellos, el aprobado por la Ley 248 de 1995.

De otra parte y respecto de los testimonios de Alfredo Silgado Pinto, Martín Zarza García y Luis Fernando Otero Erazo, resultan claras las razones por las cuales la autoridad disciplinaria se abstuvo de valorarlos, sin que el demandante presente objeción alguna.

En conclusión: La actuación desplegada por el señor Javier Francisco Barreto Vásquez sí se subsumió en los tipos disciplinarios que se desprenden del incumplimiento del deber impuesto en el ordinales 1 del artículo 34 de la Ley 734 de 2002 y de la prohibición consagrada en el ordinal 6 del artículo 35 de la dicha ley, toda vez que se probó que ejecutó actos de violencia y manifestó expresiones injuriosas en contra de la señora Olga Lucía Rodríguez Mosos, quien tenía la condición de servidora de la misma entidad.

Segundo problema jurídico

¿El proceder del señor Barreto Vásquez encaja dentro del concepto de *ilicitud sustancial* en los términos del artículo 5 de la Ley 734 de 2002?

- **Relaciones especiales de sujeción como categoría dogmática superior del derecho disciplinario**

Para abordar el tema de la ilicitud sustancial conviene precisar que el sustento de la potestad sancionadora del Estado, tratándose de la conducta de las personas que desarrollan función administrativa, se deriva de las relaciones especiales de sujeción como categoría dogmática superior del derecho disciplinario que les obliga a soportar unas cargas y obligaciones adicionales a las de cualquier ciudadano, en la medida en que es su responsabilidad la consecución de los

propósitos estatales⁶¹, las cuales tienen su origen en lo regulado por el artículo 6 de la Constitución Política que literalmente prevé: «Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones».

Al respecto, la Corte Constitucional⁶² sostuvo: «[...] Como estos deberes surgen del vínculo que conecta al servidor con el Estado **y como su respeto constituye un medio para el ejercicio de los fines estatales orientados a la realización integral de la persona humana, es entendible que su infracción constituya el fundamento de la imputación inherente al derecho disciplinario** [...]» (resaltado de la Sala)

Debe resaltarse, que la responsabilidad de los servidores públicos se configura no solo por la extralimitación en el ejercicio de sus funciones, sino también por infringir la Constitución y las leyes, tal y como se deriva de la expresión «Los servidores públicos lo son por la misma causa» contenida en el precepto Superior, aspecto que se remarca en el artículo 123 *ejusdem*, al determinar que quienes presenten esta forma de vinculación están al servicio del Estado y de la comunidad y además están en la obligación de cumplir sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

En efecto, el de nombramiento es un acto – condición que exige la posesión de la persona designada para que logre la vinculación como servidor público, actuación que, a su vez, requiere que el designado preste juramento no solo de desempeñar los deberes que le incumben en tal estatus, sino también de cumplir y defender la Constitución, tal y como lo consagra el artículo 122 de la Constitución Política, al señalar «Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben», situación que impone un código de conducta ajustada a las normas que se comprometió a cumplir en las actuaciones que desarrolle en tal calidad.

De allí se deriva que la falta disciplinaria se realiza por acción u omisión en el cumplimiento de los deberes propios del cargo o función, por extralimitación de sus funciones, pero también con ocasión de ellos⁶³, concepto que se acompasa con la finalidad del derecho disciplinario, esto es, la búsqueda del interés general encausado a través de la prevención y buena marcha de la gestión pública, así como la garantía del cumplimiento de los fines y funciones del Estado, en los términos del artículo 2 de la Carta Política, cuyo tenor literal es el siguiente:

«ARTICULO 2. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

⁶¹ Sentencia C-252 de 2003.

⁶² C-252 de 2003. « [...] Las expectativas de los ciudadanos en relación con el Estado sólo pueden cristalizarse a través del cumplimiento de las funciones de sus servidores, de suerte que los fines de aquél constituyen al mismo tiempo el propósito de las funciones de éstos [...]». Tomado del texto «De la ilicitud sustancial a lo sustancial de la ilicitud» de Alejandro Ordoñez Maldonado. Procuraduría General de la Nación. Página 24.

⁶³ Artículo 27 de la Ley 734 de 2002.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.»

En línea con lo expuesto, el término «función pública» hace alusión a las actividades que desarrolla el Estado y permite determinar las competencias de los diferentes órganos estatales⁶⁴, toda vez que la propia Carta Política establece en el artículo 122 que «[...] no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento [...]».

En términos de la Corte Constitucional⁶⁵ «[...] **La función pública, implica el conjunto de tareas y de actividades que deben cumplir los diferentes órganos del Estado, con el fin de desarrollar sus funciones y cumplir sus diferentes cometidos y, de este modo, asegurar la realización de sus fines.** Se dirige a la atención y satisfacción de los intereses generales de la comunidad [...]» (Subraya la Sala).

Bajo tales parámetros, la función pública envuelve el desarrollo de labores asignadas por la Constitución, la ley o el reglamento, con las cuales se pretende: i) cumplir los fines del Estado y; ii) la satisfacción del bien general. Por ende, la ejecución de la misma conlleva que quienes deben cumplirla lo hagan con respeto y acatamiento de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política.

Antijuridicidad entendida como ilicitud sustancial

La antijuridicidad ha sido identificada por la doctrina como un juicio de desvalor o de contrariedad con el ordenamiento normativo⁶⁶, que varía en relación con las distintas esferas jurídicas que determinan los hechos que son objeto de prohibición. En materia administrativa sancionatoria, una conducta típica será antijurídica cuando afecte el deber funcional, como bien jurídico del Estado protegido por el derecho disciplinario, sin que exista una justificación para sustentar la actuación u omisión, así, el artículo 5 de la Ley 734 de 2002 prevé: «Ilícitud sustancial. La falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna.»

Ahora bien, en cuanto a la antijuridicidad en el derecho disciplinario debe indicarse que esta, al igual que en el derecho penal, no se limita a la sola adecuación típica de la conducta, esto es, para su configuración no basta que el actuar del servidor público encaje dentro del tipo disciplinario descrito en la ley (antijuridicidad formal), ya que tal consideración implicaría la viabilidad para responsabilizar objetivamente a un individuo por el solo incumplimiento formal de una norma.

⁶⁴ C-563 de 1998.

⁶⁵ C-631 de 1996.

⁶⁶ CARLOS MARIO ISAZA SERRANO, Teoría General del Derecho Disciplinario, Ed. Temis, Bogotá, Colombia, 2009, págs. 132 y siguientes.

Aunque coinciden el derecho disciplinario y el derecho penal en esta apreciación, no es así cuando se trata de analizar el otro componente de la antijuridicidad que sí contempla el segundo, denominado «antijuridicidad material». Este no está concebido en el primero, en la medida que para que se configure una infracción disciplinaria no exige un resultado lesivo o dañino al Estado, sino que se conforma con la existencia del quebrantamiento sustancial de los deberes funcionales encargados al servidor público que afecten la consecución de los fines del Estado. Sobre el particular la jurisprudencia de esta Sección ha expresado.⁶⁷

«[...] Por su parte la antijuridicidad es descrita por la norma disciplinaria como la ilicitud sustancial que se traduce en una afectación del deber funcional sin justificación alguna⁶⁸, es decir, **este elemento a diferencia del derecho penal⁶⁹ al cual hace referencia la demandante en su acusación no responde a la gravedad del daño producido**, motivo por el cual, el sujeto disciplinable solo se excusaría cuando su conducta no sea antijurídica, a saber, en la medida en que la ilicitud no sea sustancial o tenga una justificación válida para haberla cometido, para lo cual, deben revisarse las causales de exclusión de responsabilidad⁷⁰.

En este sentido y atendiendo a la jurisprudencia de esta Sala⁷¹, se tiene además que, de conformidad con el artículo 5° del Código Disciplinario Único **la falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna**. Este mandato legal consagra, en criterio del Consejo de Estado, la específica noción de antijuridicidad que caracteriza al derecho disciplinario y le diferencia del derecho penal, a saber, que **la antijuridicidad en el derecho disciplinario no se basa en un daño a un bien jurídico protegido, sino en el incumplimiento de los deberes funcionales del servicio público [...]**» (Resaltado fuera de texto).

Así las cosas, se puede asegurar que el derecho disciplinario no exige, para que se configure una infracción disciplinaria, que la conducta desplegada por el servidor público o el particular que cumpla funciones públicas genere un resultado, esto es, cause un daño al Estado. Por tanto, en principio, bastaría con que el servidor público quebrante los deberes para que pueda afirmarse que se incurrió en un actuar disciplinable.

Sin embargo, la antijuridicidad entendida desde esta perspectiva no es del todo precisa. En efecto, debe tenerse en cuenta que el artículo 5.º de la Ley 734 de 2002 asimiló los conceptos de «antijuridicidad» con el de «ilicitud sustancial» luego, en consideración a ello, es claro que no puede simplemente analizarse el primer término aisladamente, sino que es menester que a este se agregue el adverbio «sustancial», aspecto que repercute de forma directa en el análisis que

⁶⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Expediente: 11001-03-25-000-2012-0352-00. Número interno: 1353-2012. Demandante: Ruby Esther Díaz Rondón. Demandado: Dirección de Aduanas e Impuestos Nacionales – DIAN. 16 de abril de 2015.

⁶⁸ Artículo 5.º C.D.U.

⁶⁹ Ley 599 de 2000, artículo 11. Antijuridicidad. Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal.

⁷⁰ Artículo 28.º, numerales 1.º a 6.º del C.D.U. La causal número 7 responde a la culpabilidad.

⁷¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia de 2 de mayo de 2013. Radicación número: 11001-03-25-000-2010-00149-00(1085-2010). Actor: Edgar Ariosto Alvarado González. Demandado: Nación – Procuraduría General de la Nación. Única Instancia – Autoridades Nacionales.

debe observarse cuando de juzgar una actuación de un servidor público a la luz del derecho disciplinario se trata.

Es útil precisar que por la palabra *sustancial* se entiende:

1. adj. Pertenciente o relativo a la sustancia. *Esta definición es sustancial, no accidental.*
2. adj. Importante o esencial. *En lo sustancial estamos de acuerdo.*
3. adj. sustancioso (ll rico en valor nutritivo). (<http://dle.rae.es/?id=YpLjVbm>)

Por su parte, *sustancia* se define así:

[...]

2. f. Parte esencial o más importante de algo. No traicionaba la sustancia del pacto firmado.

3. f. Conjunto de características permanentes e invariables que constituyen la naturaleza de algo. La palabra democracia está perdiendo su propia sustancia histórica.

4. f. Valor, importancia o utilidad de algo. Un discurso con poca sustancia.

[...] (<http://dle.rae.es/?id=Yplehqm>)

De las definiciones señaladas se puede extraer que la referencia a *sustancial* en relación con la ilicitud, significa que la infracción del deber sustancial debe tener cierta relevancia, importancia o esencial frente a los fines del Estado, la satisfacción del bien general y los principios de la función pública.

En términos generales, esto quiere decir, que la actuación u omisión del servidor público violatoria de sus deberes, es decir, contraria a derecho (ilicitud), debe desembocar en una real y efectiva afectación del buen funcionamiento del Estado y por tanto del servicio público⁷² (sustancialidad) y en esa medida puede decirse, pese a que la ley no lo mencionó de este modo, que cuando estas dos características confluyen se está en presencia de una «antijuridicidad sustancial», requisito indispensable para que pueda afirmarse que se configuró una conducta disciplinaria susceptible de ser sancionada.

⁷² Corte Constitucional, sentencia C-948 de 2002 y Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Radicación: 11001-03-25-000-2012-00167-00(0728-12). Actor: Jorge Gutiérrez Sarmiento. Demandada: Nación, Ministerio de la Protección Social, 12 de mayo de 2014.

Esta figura, derivada del análisis doctrinal y jurisprudencial, permite establecer las pautas de interpretación del artículo 5 de la Ley 734 de 2002 y por ende, sirve para entender en qué casos una conducta desplegada por un servidor público puede ser objeto de sanción por el derecho disciplinario y en cuales no, al circunscribirla a aquellas infracciones al deber funcional que tengan cierta entidad o sustancialidad o que afecten de manera relevante la función pública. Así, se dejan de lado aquellos comportamientos que, aun cuando encajen dentro del tipo disciplinario, no tienen una trascendencia tal en relación con la buena marcha de la función pública, el cumplimiento de los fines y funciones del Estado y el interés general, aspectos que son precisamente el propósito que persiguen las normas disciplinarias.

Sobre la «ilicitud sustancial» que trae consigo el artículo 5 de la Ley 734 de 2002 la doctrina ha manifestado⁷³ «[...] **la antijuridicidad, o mejor la ilicitud**, en derecho disciplinario no puede ser entendida como mera contradicción de la conducta de la norma; eso sería tanto como pregonar la exigencia del deber por el deber mismo. Pero el camino correcto para ello no es hablar de antijuridicidad material, pues ello es propio del derecho penal. La antijuridicidad sustancial es un término genérico que cobija las especies de antijuridicidad material e ilicitud sustancial. La primera como se dijo, aplicable al derecho penal, y la segunda al derecho disciplinario. **La antijuridicidad sustancial es el término correcto para denominar el fenómeno propio del derecho disciplinario. Presupone como objeto de protección del derecho disciplinario el deber, pero en términos funcionales.** Por ello el artículo 5.º de la Ley 734 de 2002 habla del “deber funcional”, y define la “ilicitud sustancial” como la afectación de aquel sin justificación alguna. Es presupuesto de la ilicitud sustancial merecedora de reproche el que se “afecte sustancialmente los deberes funcionales” [...]» (Resaltado fuera de texto).

En este sentido, la jurisprudencia del Consejo de Estado especificó que el «deber funcional» se encuentra integrado por⁷⁴ «[...] (i) el cumplimiento estricto de las funciones propias del cargo, (ii) la obligación de actuar acorde a la Constitución y a la ley; (iii) garantizando una adecuada representación del Estado en el cumplimiento de los deberes funcionales. Se infringe el deber funcional si se incurre en comportamiento capaz de afectar la función pública en cualquiera de esas dimensiones [...]».

Otro sector de la doctrina resaltó⁷⁵ «[...] De conformidad con lo contemplado en el artículo 5 de la Ley 734 de 2002 lo que constituye falta disciplinaria es la realización de aquella conducta que infrinja el deber funcional de manera sustancial. De ahí que no constituye falta disciplinaria la infracción al deber por el deber mismo. No todo desconocimiento del deber implica ya un ilícito disciplinario, **es necesario que la conducta entre en interferencia con la función afectando los principios y las bases en las que se asienta.** De ahí que es menester que en cada caso en concreto se determine de qué forma el incumplimiento del deber acarreó la afectación de la función

⁷³ Dogmática del Derecho Disciplinario. Carlos Arturo Gómez Pavajeau. Sexto Edición, mayo de 2017. Universidad Externado de Colombia. Páginas 368 y 369.

⁷⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 12 de mayo de 2014. Radicado: 11001-03-25-000-2011-00268-00(0947-11). Demandante: Blanca Patricia Restrepo Quintana. En el mismo sentido se pronunció la Corte Constitucional en las sentencias C- 712 de 2001, C- 252 de 2003 y C- 431 de 2004.

⁷⁵ Esiquio Manuel Sánchez Herrera, Dogmática practicable del derecho disciplinario, Preguntas y respuestas, 2.º edición. Bogotá. Ediciones Nueva Jurídica, 2007. Página 48.

[...]» (Subrayado de la Sala).

Por su parte la Sala Jurisdiccional del Consejo Superior de la Judicatura señaló⁷⁶ «[...] En el caso de los regímenes disciplinarios, no aparece consagrado el principio de la antijuridicidad material, y a que pugna abiertamente con su naturaleza, habida consideración a que su fin no es la protección de bienes jurídicos, por lo que no importa establecer la lesión o puesta en peligro efectiva a los mismos, sino el grado de afectación de los deberes funcionales, es por eso que la Ley 734 de 2002 trae consigo el concepto de “ilicitud sustancial” para referirse a la antijuridicidad, que es de carácter sustancial y se conecta a la afectación de deberes y no de bienes jurídicos [...]»

A su vez, la Procuraduría General de la Nación también siguió esta línea al afirmar que⁷⁷ «[...] En el orden precedente y desde un referente de justicia, la *sustancialidad* de la ilicitud se determinará cuando se compruebe que se ha prescindido del deber exigible al disciplinado en tanto implique el desconocimiento de los principios que rigen la función pública, entendiéndose por tal la **antijuridicidad sustancial** del comportamiento [...]».

En cuanto al Consejo de Estado se refiere, múltiples han sido las providencias que también acogieron esta postura⁷⁸, dentro de las cuales se afirmó: «[...] En este sentido y atendiendo a la jurisprudencia de esta Sala, se tiene además que, de conformidad con el artículo 5 del Código Disciplinario Único la falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna. Este mandato legal consagra, en criterio del Consejo de Estado, la específica noción de antijuridicidad que caracteriza al derecho disciplinario y le diferencia del derecho penal, a saber, que la antijuridicidad en el derecho disciplinario no se basa en un daño a un bien jurídico protegido, sino en el incumplimiento de los deberes funcionales del servicio público [...]».

Los anteriores pronunciamientos recogen la posición jurídica asumida por la Corte Constitucional en la sentencia C-948 de 2002, en la cual efectuó el estudio de constitucionalidad del ordinal 5.º de la Ley 734 de 2002. En dicha oportunidad el alto Tribunal expresó⁷⁹:

«[...] Para la Corte, como se desprende de las consideraciones preliminares que se hicieron en relación con la especificidad del derecho disciplinario, resulta claro que dicho derecho está integrado por todas aquellas normas mediante las cuales se exige a los servidores públicos un determinado comportamiento en el ejercicio de sus funciones. En este sentido y dado que, como lo señala acertadamente la vista fiscal, las normas disciplinarias tienen como finalidad encauzar la conducta de quienes cumplen funciones públicas mediante la imposición de deberes con el

⁷⁶ Sentencia con Radicado 19971473-01 del 16 de septiembre de 2003 de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

⁷⁷ Tomado del texto «De la ilicitud sustancial a lo sustancial de la ilicitud» de Alejandro Ordoñez Maldonado. Procuraduría General de la Nación. Página 28.

⁷⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia del 16 de abril de 2015. Radicación: 11001-03-25-000-2012-00352-00(1353-2012). Actor: Edgar Ariosto Alvarado González. Demandado: Nación – Procuraduría General de la Nación. Única Instancia – Autoridades Nacionales. Ver también la providencia de esta Corporación del 2 de mayo de 2013. Radicación: 11001-03-25-000-2010-00149-00(1085-2010). Actor: Edgar Ariosto Alvarado González. Demandado: Nación – Procuraduría General de la Nación.

⁷⁹ En el mismo sentido se emitieron las sentencias C-373 de 02 y C-452 de 2016, en esta última la Corte manifestó: « [...] Bajo esta misma línea argumentativa, la sentencia en comento aclara que la antijuridicidad del ilícito disciplinario se concentra en la mencionada infracción del deber funcional [...]» (Subraya fuera del texto).

objeto de lograr el cumplimiento de los cometidos fines y funciones estatales, **el objeto de protección del derecho disciplinario es sin lugar a dudas el deber funcional de quien tiene a su cargo una función pública.**

El incumplimiento de dicho deber funcional es entonces necesariamente el que orienta la determinación de la antijuridicidad de las conductas que se reprochan por la ley disciplinaria. **Obviamente no es el desconocimiento formal de dicho deber el que origina la falta disciplinaria, sino que, como por lo demás lo señala la disposición acusada, es la infracción sustancial de dicho deber, es decir el que se atente contra el buen funcionamiento del Estado y por ende contra sus fines, lo que se encuentra al origen de la antijuridicidad de la conducta.**

Así ha podido señalar esta Corporación que no es posible tipificar faltas disciplinarias que remitan a conductas que cuestionan la actuación del servidor público haciendo abstracción de los deberes funcionales que le incumben como tampoco es posible consagrar cláusulas de responsabilidad disciplinaria que permitan la imputación de faltas desprovistas del contenido sustancial de toda falta disciplinaria.

Dicho contenido sustancial remite precisamente a la inobservancia del deber funcional que por sí misma altera el correcto funcionamiento del Estado y la consecución de sus fines [...]» (Subraya la Subsección).

De acuerdo con lo expuesto, la autoridad disciplinaria debe evaluar, para efectos de determinar si se está en presencia de una falta disciplinaria, si el proceder del servidor público, además de desconocer formalmente el deber, lo infringió de manera sustancial, es decir, si atentó contra el buen funcionamiento del Estado, el interés general o los principios de la función administrativa y en consecuencia afectó la consecución de sus fines. En otros términos, debe verificar la sustancialidad de la ilicitud.

La anterior postura conlleva necesariamente a que, por regla general, la conducta desplegada por el servidor público en su ámbito personal no puede ser analizada bajo la lupa del derecho disciplinario, en razón a que no tiene una relación directa con la prestación del servicio y por ende, mal haría el Estado en entrar a determinar la forma adecuada de su comportamiento. Esta apreciación se fundamenta en el derecho que le asiste a todo ciudadano de ejercer su libertad, la cual no puede ser socavada o limitada por las normas disciplinarias y por ende⁸⁰ «[...] el legislador sólo puede tipificar como conductas relevantes en el ámbito disciplinario aquellos comportamientos que afecten los deberes funcionales de quienes cumplen funciones públicas (...) Es decir, **el Estado está compelido a ejercer su poder de manera armónica con la cláusula general de libertad** o, lo que es lo mismo, sin desconocer el efecto vinculante de la Carta Política como conjunto armónico de principios para la regulación de la vida social [...]» (Subraya la Sala).

Bajo tal perspectiva, es innegable que el derecho sancionador comprende aquellas conductas que impliquen la infracción de los deberes funcionales del servidor público, esto es, descarta el proceder que no tenga relación directa con la

⁸⁰ Sentencia C-252 de 2003.

función pública, en la medida que al considerar otro tipo de comportamientos ajenos o privados, se invadiría ilegítimamente el derecho a la libertad consagrado en el artículo 16 de la Constitución Política de 1991.

Sin embargo, el concepto de *deber funcional* contenido en el artículo 5 de la Ley 734 de 2002, amerita un análisis adicional, puesto que la expresión «funcional» no puede contraerse solamente a los comportamientos desplegados u omitidos en el desarrollo de las funciones propias de su cargo, ello por cuanto con la conducta desplegada en otros ámbitos, incluso el campo privado del sujeto disciplinable puede trascender a los deberes a su cargo y afectar la consecución de los fines del Estado y en particular, de la entidad pública en la cual desarrolla sus funciones. Tal interpretación fue la plasmada por la Corte Constitucional en la sentencia C-252 de 2003, en la que analizó la constitucionalidad del ordinal 2 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, que establecía como infracción disciplinaria el consumo de sustancias prohibidas que produzcan dependencia física o psíquica en el sitio de trabajo o en lugares públicos. Sobre el particular la Corte expresó:

«[...] De acuerdo con ello, si un servidor público o particular que cumple funciones públicas consume en lugares públicos sustancias prohibidas que produzcan dependencia física o psíquica y lo hace encontrándose en ejercicio de sus funciones, la imputación de la falta disciplinaria es legítima. **Y también lo es si tal comportamiento se despliega en un lugar público, sin que el servidor se encuentre en ejercicio de sus funciones pero si él tiene la virtualidad de afectar la función pública.** En estos dos supuestos, independientemente del nivel funcional al que se halle adscrito el servidor, se despliega un comportamiento que trasciende a su rol funcional y que afecta los deberes a su cargo.

Ahora, en aquellos supuestos en que el comportamiento se comete en lugar público y sin que el servidor se encuentre en ejercicio de sus funciones, el funcionario de control disciplinario, en cada caso, deberá apreciar si la conducta afecta o no la función pública y si hay lugar o no a la imputación de un ilícito disciplinario. Tal apreciación deberá realizarse de manera razonable, teniendo en cuenta el contexto en el que se incurrió en el comportamiento y la incidencia que pueda tener en el rol funcional a cargo del servidor.

De acuerdo con lo expuesto, la Corte declarará la exequibilidad de la regla de derecho de acuerdo con la cual constituye falta gravísima consumir en lugares públicos sustancias prohibidas que produzcan dependencia física o psíquica pero lo hará de manera condicionada en el entendido que la falta se configura siempre que esa conducta afecte la función pública [...]» (Resalta la Sala)

El estudio que hizo la Corte acerca de la aplicabilidad del derecho disciplinario para sancionar el comportamiento del servidor público cuando su proceder se desarrolle en un rol privado y no en ejercicio de sus funciones, es perfectamente aplicable para las demás actuaciones que tengan esta connotación, eso sí, siempre que la conducta desplegada por el servidor público en estas condiciones tenga la virtualidad de afectar la función pública, el interés general o los fines del Estado.

Aunado a lo anterior, es importante anotar que la Corte Constitucional ha señalado

que sobre los servidores públicos pueden existir cargas adicionales a las que se exigen al común de los ciudadanos, en razón a que estos son la representación del Estado y los encargados de velar por el bienestar general de la comunidad, luego les corresponde con sus actuaciones ser ejemplo en cuanto al cumplimiento del ordenamiento jurídico⁸¹.

Al respecto, la Corte Constitucional al estudiar la exequibilidad del tipo disciplinario consagrado en el numeral 13 del artículo 41 de la Ley 200 de 1995 que establecía como prohibición⁸² «[...] El reiterado e injustificado incumplimiento de sus obligaciones civiles, laborales, comerciales y de familia, salvo que medie solicitud judicial [...]» y que a su juicio tipificaba como falta disciplinaria actividades de índole privado del servidor público, expresó:

«[...] 6. El fin de la norma bajo examen es el de garantizar que los servidores públicos respondan al modelo del ciudadano cumplidor de sus obligaciones legales y que no lesionen la imagen pública del Estado. Detrás de este objetivo pueden encontrarse varias razones: por un lado, que los funcionarios son la representación más visible del Estado y se espera que sus actuaciones concuerden con las visiones que se proponen acerca de la colectividad política y del papel de cada uno de los asociados dentro de ella; por otro lado, que los servidores públicos son los encargados de realizar las actividades estatales en beneficio de los ciudadanos y que, en consecuencia, deben brindar con su vida personal garantía de que en el desarrollo de sus labores responderán a los intereses generales de la comunidad; de otra parte, que, en la medida de lo posible, los servidores públicos estén liberados de los inconvenientes y los trastornos que generan las continuas reyertas y desavenencias derivadas del incumplimiento de las obligaciones privadas, de manera que puedan dedicarse de lleno a sus labores y que no involucren a las entidades estatales en esos conflictos; y, finalmente, que los funcionarios no se amparen en su calidad de servidores del Estado para cometer desafueros, bajo el entendido de que su condición infunde temor en los afectados por sus acciones.

[...]

Así, pues, no vulnera el principio de igualdad el hecho de que la ley exija de los servidores públicos condiciones y conductas especiales, por cuanto su misma condición de funcionarios del Estado autoriza que se den diferenciaciones con respecto a este conglomerado de ciudadanos [...]»

La infracción del deber funcional debe ser injustificada

Advierte la Sala que para que exista antijuridicidad sustancial de la conducta, es menester que la afectación del deber funcional se origine en una actuación que no sea justificable por parte del disciplinado, lo que implica que debe analizarse que tal conducta no haya sido cometida, por alguna de las causales de exclusión de

⁸¹ Sentencia C-280 de 1996.

⁸² La Ley 734 de 2002 en el artículo 35 conservó este tipo disciplinario al señalar «[...] 11. Incumplir de manera reiterada e injustificada obligaciones civiles, laborales, comerciales o de familia impuestas en decisiones judiciales o administrativas o admitidas en diligencia de conciliación [...]» Numeral declarado EXEQUIBLE, con excepción del texto subrayado que se declaró INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-949 de 2002

responsabilidad consagradas en el artículo 28 de la Ley 734 de 2002:

«[...] 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 [...]

De acuerdo con los parámetros esbozados puede concluirse lo siguiente:

- El «deber funcional» que contempla el artículo 5 de la Ley 734 de 2002, se desprende de la relación especial de sujeción existente entre el Estado y los servidores públicos. Específicamente, hace referencia a la obligación que le asiste a estos de: i) Cumplir el conjunto de funciones asignadas a su cargo, ii) actuar conforme la Constitución Política, la ley o el reglamento, y, iii) garantizar el adecuado funcionamiento del Estado, la prevalencia del interés general y de los fines del Estado. En efecto, el deber funcional es catalogado como el medio a través del cual se cumplen los fines estatales.

- Cuando el artículo 5 de la Ley 734 de 2002 se refiere a la antijuridicidad, la equipara a la ilicitud sustancial. Por ende, las autoridades disciplinarias en el momento de decidir si una conducta de un servidor público es sancionable disciplinariamente, debe verificar, no solo la vulneración del deber, es decir la ocurrencia de la antijuridicidad formal propiamente dicha, sino que además le corresponde examinar la sustancialidad de la ilicitud, pues de lo contrario se trataría de responsabilidad objetiva que se encuentra proscrita.

- En virtud de lo anterior, solo pueden ser juzgadas disciplinariamente, las conductas que afecten sustancialmente el deber funcional, entendido este en los términos arriba señalados.

-Se considera que existe «ilicitud sustancial», cuando se comprueba que el quebrantamiento del deber, implica una real y efectiva afectación del buen funcionamiento del Estado, del interés general y/o de la función pública, esto es, cuando se afecta sustancialmente el deber funcional.

-No es la ocurrencia del daño lo que determina la responsabilidad, sino la sustancialidad del deber. Por tanto basta con que el incumplimiento del deber afecte sustancialmente la función pública, el interés general, o los fines del Estado, para que se produzca la falta. Ello siempre y cuando, el quebrantamiento del deber funcional no esté amparado en las causales de exclusión de responsabilidad de que trata el artículo 28 de la Ley 734 de 2002.

- Análisis de la ilicitud sustancial de la conducta investigada

El señor Barreto Vásquez aseguró que la demandada decidió sancionarlo por unos hechos acaecidos en horas de la madrugada, en medio de una carretera nacional y cuando estaba de permiso, situación que nada tiene que ver con el ejercicio de sus funciones como profesional universitario grado 02 de la dirección de jurisdicción coactiva de la Contraloría General de la República, que su conducta no afectó la función pública y que por tanto se escapa de la órbita del derecho disciplinario.

Bajo tal perspectiva, es imperativo precisar en primer término, que los hechos sucedieron cuando el actor y la quejosa se trasladaban a la participación de una actividad del Fondo de Bienestar Social de la Contraloría General de la República, entidad creada por el artículo 89 de la Ley 106 del 30 de diciembre de 1993, que tiene dentro de sus funciones la de «Elaborar y ejecutar programas recreativos y culturales para los funcionarios de la Contraloría General de la República y sus familias»⁸³, en virtud de la cual se programaron los V Juegos Nacionales y Muestras Culturales de la Contraloría General de la República, es decir que la participación en tales actividades se derivó de su vinculación como servidor público de la Contraloría General de la República.

Igualmente, se resalta que el disciplinado junto con las otras personas que se dirigían a la mencionada actividad se transportaban en los buses que la entidad destinó para tal fin y además que su participación sería en representación de la Contraloría General de la República, lo cual quiere decir que la conducta que desarrollara estaba dentro del ámbito institucional, de manera que su comportamiento no puede ser considerado como de la órbita privada del servidor público, como quiera que se dio en virtud de su vinculación laboral con la entidad demandada, como se anotó en precedencia y con ocasión del servicio.

Así las cosas, se evidencia que pese a que la conducta del señor Barreto Vásquez ocurrió por fuera del horario laboral y de las instalaciones de la Contraloría, la falta se cometió en el desarrollo de una actividad institucional, pues el hecho de que los V Juegos Nacionales y Muestras Culturales de la Contraloría General de la República no hubieran empezado, no significa que la misma se haya presentado, como lo afirma el demandante, en su ámbito privado, puesto que ocurrió mientras

⁸³ Artículo 91 de la Ley 106 de 1993.

se desplazaban a unos juegos institucionales, mismos a lo que asistía en su condición de servidor de la entidad, de manera que no podía desprenderse de los deberes que le asistían como servidor público ni le estaba permitido incurrir en las prohibiciones contenidas en la Constitución y en la ley.

Lo anterior, desvirtúa el argumento del actor, según el cual, no puede imputársele responsabilidad disciplinaria como quiera que la conducta reprochada no fue realizada en ejercicio de las funciones que le fueron asignadas como profesional universitario grado 02 en la Contraloría General de la República. Ello por cuanto, en su sentir, los artículos 6, 118, 256 numeral 3 y 277 numeral 6 de la Constitución establecen que el objeto de la norma disciplinaria es la *conducta oficial* y que la responsabilidad de los servidores públicos tiene relación con la existencia de límites a la atribución pública y con las funciones que desempeña (artículo 122 CP).

En efecto, de admitir el argumento según el cual solamente son disciplinables aquellas faltas cometidas en estricto desarrollo de las funciones asignadas, se desconocería el hecho de que existen deberes de mera conducta que le impone la ley al servidor público, tal como lo es el de «Tratar con respeto, imparcialidad y rectitud⁸⁴ a las personas con que tenga relación por razón del servicio» establecida por el artículo 34 numeral 6 de la Ley 734 de 2002, en consonancia con las prohibiciones señaladas por el mismo régimen disciplinario en el artículo 35 numerales 1⁸⁵ y 6⁸⁶.

Adicionalmente, es claro que el artículo 27 de la mencionada Ley 734 de 2002 dispone que las faltas disciplinarias «se realizan por acción u omisión en el cumplimiento de los deberes propios del cargo o función, **o con ocasión de ellos**, o por extralimitación de sus funciones», es decir, la conducta es disciplinariamente relevante si se despliega durante una actividad que desarrolle el sujeto por virtud de una vinculación legal y reglamentaria o del ejercicio de funciones públicas que tenga a su cargo.

En este sentido, el hecho de que el comportamiento no se hubiera producido durante el horario de oficina o en la sede de la entidad de manera alguna excluye su naturaleza disciplinable, teniendo en cuenta que agredió física y verbalmente a otra funcionaria de la Contraloría General de la República, lo cual claramente deteriora las relaciones interpersonales al interior de la entidad, afectando por lo tanto, el servicio público, la prestación de las labores que tienen a su cargo e incluso los deberes funcionales que debe acatar, dentro de los cuales se encuentra no incurrir en las prohibiciones previstas en la ley, en este caso, el ordinal 6 del artículo 35 de la Ley 734 de 2002 prohíbe a todo servidor público ejecutar actos de violencia en contra de sus superiores, subalternos, compañeros de trabajo y demás servidores públicos o dirigir en su contra injurias o calumnias.

⁸⁴ Expresiones subrayadas declaradas EXEQUIBLES por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 de 2012.

⁸⁵ «Incumplir los deberes o abusar de los derechos o extralimitar las funciones contenidas en la Constitución, los tratados internacionales ratificados por el Congreso, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas y los contratos de trabajo.»

⁸⁶ «Ejecutar actos de violencia contra superiores, subalternos o compañeros de trabajo, demás servidores públicos o injuriarlos o calumniarlos.»

Igualmente, es importante anotar que la infracción de tal deber debe considerarse **sustancial** en la medida en que atentó contra derechos y principios de orden superior, tales como la dignidad humana y desconoció los instrumentos internacionales que han propendido por el respeto por la integridad, física, psíquica y moral de las personas, (artículo 5 de la *Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)*⁸⁷ y aquellos tendientes a erradicar toda forma de violencia contra la mujer, dentro de los que se resaltan: i) la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*⁸⁸; ii) la *Convención Internacional para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, suscrita en la ciudad de Belem Do Para, Brasil, el 9 de junio de 1994*⁸⁹; y iii) el *Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*⁹⁰, tratados internacionales que como se indicó en precedencia, asignaron a los Estados Parte la posición de garantes frente a ellos, imponiéndoles el deber de brindarles protección respecto de cualquier forma de violencia en su contra, previendo que debían «a) **Abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar porque las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación**».⁹¹

Aunado a lo anterior, es necesario advertir que con la conducta del demandante se vulneraron los fines esenciales del Estado, contemplados en el artículo 2 de la Constitución Política, mandato superior que prevé que las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

Por manera que no le es dable a un servidor público realizar conductas que atenten contra los derechos que constitucionalmente se le ha encargado proteger, como tampoco desconocer que uno de los principios fundantes del Estado Social de Derecho es precisamente el respeto de la dignidad humana, so pretexto de no encontrarse en su horario laboral ni en la sede de su oficina.

Y es que en efecto, el respeto por la dignidad humana es un mandato superior, que debe inspirar todas las actuaciones de los servidores públicos, y su sola transgresión se considera sustancialmente ilícita. En palabras de la Corte Constitucional, «[l]a dignidad humana, según se desprende del art. 1 Superior, es el fundamento del ordenamiento jurídico, es decir que este concepto es un pilar determinante en el Estado Social de Derecho y en la democracia constitucional, y por tanto de los Derechos Humanos y de los derechos fundamentales en general, y constituye

⁸⁷ Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969. Entró en vigor el 18 de julio de 1978. Aprobado por Colombia mediante Ley 16 del 30 de diciembre de 1972.

⁸⁸ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979 y firmada en Copenhague el 17 de julio de 1980. Entró en vigor como tratado el 3 de septiembre de 1981. Aprobada por Colombia a través de la Ley 51 del 2 de junio de 1981.

⁸⁹ aprobada por Colombia por medio de la Ley 248 de 1995.

⁹⁰ Adoptado por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas en Resolución A/54/4 de 6 de octubre de 1999. Entró en vigor el 22 de diciembre de 2000. Aprobado por Colombia mediante la Ley 984 del 12 de agosto de 2005.

⁹¹ Artículo 7.

una norma vinculante para toda autoridad [...]»⁹².

En conclusión: La conducta del señor Barreto Vásquez en calidad de profesional universitario grado 02 de la Contraloría General de la República, se dio con ocasión de su cargo y constituye una infracción **sustancial** a sus deberes funcionales, por cuanto con ella vulneró la dignidad humana como principio fundante del Estado Social de Derecho, afectó los fines esenciales del Estado y desconoció los Tratados Internacionales suscritos por Colombia que obligan a las autoridades públicas a abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer.

Decisión:

Por lo anterior, la Subsección denegará las pretensiones de la demanda interpuesta por el señor Francisco Javier Barreto Vásquez contra la Contraloría General de la República.

Reconocimientos de personería

Se reconoce personería al doctor John Eduar Rodríguez Farfán, identificado con cédula de ciudadanía 80.927.391 y tarjeta profesional 187.274 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderado de la Contraloría General de la República en los términos y para los efectos del poder conferido visible en el folio 505 del cuaderno principal.

No hay lugar a la condena en costas porque no se demostró temeridad o mala fe de las partes, tal y como lo regulaba el artículo 171 del CCA, vigente para este proceso, que consagraba un criterio subjetivo para efectos de la imposición de costas.

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

FALLA

Primero: Deniéguense las pretensiones de la demanda interpuesta por el señor Francisco Javier Barreto Vásquez contra la Contraloría General de la República.

Segundo: Reconózcase personería al doctor John Eduar Rodríguez Farfán, identificado con c.c. 80.927.391 y tarjeta profesional 187.274 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderado de la Contraloría General de la República en los términos y para los efectos del poder conferido visible en el folio 505 del cuaderno principal.

⁹² Sentencia C-143 de 2015.

Tercero: Sin condena en costas por lo expuesto en la parte motiva.

Cuarto: Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático «Justicia Siglo XXI».

Notifíquese y cúmplase

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Relatoria JORM