



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente: Germán Alberto Bula Escobar

Bogotá D.C., quince (15) de noviembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicaciones internas: 2272 – 2309 (Adición)

Números Únicos: 11001-03-06-000-2015-00169-00

11001-03-06-000-2016-00136-00

Referencia: Código de Ética Profesional – Código Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - Procedimiento administrativo sancionatorio - Derogatoria tácita de remisiones al procedimiento penal.

El señor Ministro de Salud y Protección Social solicita el concepto de esta Sala en relación con *“las divergencias interpretativas respecto de la remisión en lo no normado en materia de procedimiento que adelantan los tribunales de ética profesional al Código de Procedimiento Penal, frente a lo establecido en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo...”*.

La consulta inicial (radicación interna 2272) fue adicionada (radicación 2309) con base en la posición adoptada por el Tribunal Nacional de Ética Médica respecto del asunto consultado.

I. ANTECEDENTES

Se sintetizan a continuación los antecedentes expuestos por el señor ministro consultante:

Los tribunales de ética profesional son instituciones de origen privado a las que el legislador les ha asignado la función de adelantar procesos administrativos de naturaleza disciplinaria, que determinan las responsabilidades y las sanciones por eventuales violaciones a las normas reguladoras del ejercicio de las profesiones.

No se discute la naturaleza administrativa sancionatoria de la función, reiterada por la jurisprudencia constitucional y, en particular, respecto del Tribunal de Ética Médica, cuando en la Sentencia C-620-08, que decidió la demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 63, 67, 73 y 87 (parcial) de la Ley 23 de 1981¹, señaló:

*“La Sala reitera que los tribunales de ética médica no ejercen actividad judicial sino que han de ser habilitados por el legislador para adelantar **una función administrativa de carácter disciplinario** relacionada con el ejercicio de la medicina, por lo cual los artículos 63, 67 y 73 de la Ley 23 de 1981 tampoco vulneran lo dispuesto en el artículo 228 de la Carta Política, según el cual la administración de justicia es función pública a cargo de los órganos que integran la rama judicial del poder público, con las excepciones previstas en el ordenamiento jurídico.” (Resaltado fuera del texto).²*

La Ley 23 de 1981, sobre Ética Médica, y su Decreto reglamentario 3380 del mismo año, establecieron los principios, valores y reglas para el ejercicio de la medicina, organizaron los tribunales de ética y adoptaron el régimen disciplinario en sus aspectos sustancial y procedimental para establecer la responsabilidad por infracción de las normas éticas de dicha profesión.

Para llenar los vacíos en materia de procedimiento, el artículo 82 de la citada Ley 23, ordenó:

“Artículo 82. En lo no previsto en la presente Ley, se aplicarán las normas pertinentes del Código de Procedimiento Penal.”

La remisión al Código de Procedimiento Penal también se encuentra en las Leyes 35 de 1989 y 226 de 1996 modificada por la Ley 911 de 2004, relativas al ejercicio de la odontología y de la enfermería, respectivamente.

Cita la consulta la Sentencia C-818-95 para destacar que en la jurisprudencia constitucional se ha reiterado que el derecho administrativo sancionador es un género que incluye al derecho disciplinario y

“... Se trata, en esencia, de un poder de sanción ejercido por las autoridades administrativas, que opera ante el incumplimiento de los distintos mandatos que las normas jurídicas imponen a los administrados y aún a las mismas autoridades públicas.”

¹ Ley 23 de 1981 (febrero 18), *“Por la cual se dictan normas en materia de ética médica”*

² La subraya y las negrillas son de la consulta.

La consulta se refiere al concepto de fecha 5 de diciembre de 2006³, emitido por la Sala en respuesta a la solicitud del Ministro de la Protección Social, sobre la aplicación de las normas penales o de la Ley 734 de 2001 para llenar los vacíos de la Ley 23 de 1981 en materia de prescripción de la acción y de la sanción disciplinarias. La Sala precisó entonces que:

“1. En la actualidad los términos de prescripción de la acción y de la pena aplicables en el proceso disciplinario ético médico son los contemplados en los artículos 83 y 89 del Código Penal vigente, ley 599 de 2000, con la reducción prevista en el artículo 531 del Código de Procedimiento Penal, ley 906 de 2004.”

Agrega la consulta que la sentencia C-703 de 2010 trató sobre las diferencias entre los principios que informan el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador, y las sanciones aplicables en uno y otro⁴, pues aunque en los aspectos sustanciales comparten los elementos y principios que configuran la garantías para el debido proceso, se distancian en sus fines, en los bienes jurídicos protegidos y en las respectivas sanciones.

Con especial mención de los artículos 47 y 2, inciso final, del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo⁵, expresa la consulta que respecto del procedimiento administrativo sancionatorio el legislador

³ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Radicación No. 11001-03-06-000-2006-00064-00 (1756)

⁴ “... Para establecer el alcance que tienen los principios del derecho penal en el derecho administrativo sancionador, se acude a criterios tales como la finalidad perseguida, los bienes jurídicos que en uno y otro caso son objeto de protección, el tipo de sanciones impuesta y el grado de afectación de los derechos derivados de la imposición de las respectivas sanciones. Así, respecto de la finalidad, el derecho penal tiene objetivos sociales más amplios tales como la protección del orden social colectivo y el logro de un fin retributivo abstracto, expiatorio, eventualmente correctivo o resocializador; mientras que el derecho administrativo sancionador busca garantizar la organización y el funcionamiento de las diferentes actividades sociales a cargo de la administración. En cuanto a los bienes jurídicos de cuya protección se ocupa el derecho penal tienen la mayor relevancia en el ordenamiento, en tanto que la importancia de los bienes jurídicos protegidos mediante el derecho administrativo sancionador se mide a partir del conjunto de competencias o facultades asignadas a la administración para permitirle cumplir las finalidades que le son propias. En atención a estas diferencias, las sanciones también son distintas, dado que al derecho penal se acude como última ratio, pues comporta las sanciones más graves contempladas en el ordenamiento jurídico, mientras que tratándose del derecho administrativo sancionador, el mal que infringe la administración al administrado pretende asegurar el funcionamiento de la administración, el cumplimiento de sus cometidos o sancionar el incumplimiento de los deberes, las prohibiciones o los mandatos previstos. (...).

⁵ Ley 1437 de 2011, artículo 47. “Procedimiento administrativo sancionatorio. Los procedimientos administrativos de carácter sancionatorio no regulados por leyes especiales o por el Código Disciplinario Único se sujetarán a las disposiciones de esta Parte Primera del Código. Los preceptos de este Código se aplicarán también en lo no previsto por dichas leyes. (...).” // Artículo 2º. “Ámbito de aplicación. (...) Las autoridades sujetarán sus actuaciones a los procedimientos que se establecen en este Código, sin perjuicio de los procedimientos regulados en leyes especiales. En lo no previsto en los mismos se aplicarán las disposiciones de este Código.”

estableció dos reglas: (i) que se rige por el Código cuando no haya ley especial y (ii) que el Código es norma supletoria para llenar los vacíos de las leyes especiales que consagren procedimientos administrativos sancionatorios, por lo cual concluye que la intención del legislador fue “*unificar las normas del procedimiento administrativo sancionatorio*”.

En el contexto normativo y jurisprudencial reseñado, el señor Ministro consultante preguntó inicialmente si podía afirmarse que la Ley 1437 de 2011 unificó el procedimiento administrativo sancionatorio y si su entrada en vigencia resultaba incompatible con las remisiones a las normas procesales penales hechas en las Leyes 23 de 1981, 35 de 1989 y 266 de 1996.

La adición a la consulta en comento explica que el Tribunal Nacional de Ética Médica en fallo adoptado por su Sala Plena en la sesión 1282 de 28 de julio de 2015, estudió dos puntos concretos: (i) la prescripción y su interrupción, en el proceso penal, y en el proceso disciplinario, y (ii) la exclusión de la aplicación del CPACA en los procesos disciplinarios – ético profesionales.

Según el Tribunal, como la Ley 23 de 1981 no contiene disposición alguna sobre la prescripción y menos sobre su interrupción, es necesario integrar otros ordenamientos, para lo cual analizó:

En el sistema penal acusatorio, la Ley 890 de 2004, art 6º, dispuso que la prescripción se interrumpe con la formulación de la imputación y que corre de nuevo, por un tiempo igual al de la mitad del señalado en el artículo 83 que, en todo caso, no puede ser inferior a 5 años ni superior a 10.

La norma disciplinaria vigente, Ley 734 de 2002, artículo 32 modificado por el artículo 132 de la Ley 1437, dispone que la acción disciplinaria:

(i) caduca si transcurridos 5 años desde la ocurrencia de la falta no se profiere auto de apertura de investigación disciplinaria; el término inicia el día de su consumación tratándose de faltas instantáneas; para las permanentes o continuadas, desde la realización del último hecho o acto; y para las omisivas cuando haya cesado el deber de actuar;

(ii) prescribe en 5 años contados a partir del auto de apertura de la investigación disciplinaria; y si se juzgan varias conductas, la prescripción aplica respecto de cada una.

En criterio del Tribunal Nacional de Ética Médica, los vencimientos de los términos y la consumación de la prescripción son responsabilidad del Estado y, en concreto de los funcionarios encargados de los procesos disciplinarios, por lo cual el ciudadano no puede ser sometido a la prolongación del período prescriptivo por

conductas que no son de su responsabilidad; y los jueces tienen el deber de fallar y no pueden abstenerse aduciendo lagunas normativas o dudas probatorias, porque en tales casos debe acudir a los principios de integración, favorabilidad, aplicación analógica de la ley penal más favorable⁶.

Estima el Tribunal que la Ley 23 de 1981 remite solo al Procedimiento Penal para llenar sus vacíos, pero como no los cubre en su totalidad debe acudirse “*a las normas penales, procesales o disciplinarias que sean necesarias... que sean de la misma naturaleza o características de la ley que se pretende completar con la remisión*”.

Sobre la exclusión del CPACA en los procesos “disciplinarios ético profesionales”, el señalado Tribunal dijo que “*las normatividades sancionatorias (penal material, procesal penal, disciplinario) son materias especiales respecto de las normas procedimentales de carácter administrativo (por lo que) en este caso particular el vacío existente en la ley debe llenarse con la remisión al Código Disciplinario Único, Ley 734 de 2002, pues reúne una doble connotación, que tiene la misma naturaleza de la Ley 23 de 1981, por regular ambas procesos disciplinarios y en segundo lugar, por ser ambas de naturaleza penal y sancionatoria.*”

Además, estima el Tribunal de Ética Médica que el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo reduce ostensiblemente el término prescriptivo, por lo que aceptar la remisión a ese código “*significaría igualmente aceptar una clara vulneración al principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley, porque mientras los médicos tendrían un período prescriptivo de la acción mucho más corto, los servidores públicos y los particulares que ejercen funciones públicas transitorias, tendrían un período prescriptivo mayor, por estar sometidos al Código Disciplinario Único.*”

Como consecuencia, el Tribunal en cuestión, “... en aras de garantizar el derecho fundamental al debido proceso y en desarrollo del principio de favorabilidad aplicable al profesional en medicina, odontología y enfermería” decidió aplicar el procedimiento contenido en la Ley 734 de 2002.

La consulta indica que las decisiones del Tribunal Nacional son doctrina para los tribunales seccionales.

Finalmente, el señor Ministro advierte que integra los interrogantes formulados en la consulta inicial, a las siguientes

⁶ El Tribunal de Ética Médica refiere los enunciados principios a las Leyes 599 de 2000 (Código Penal) y 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal)

PREGUNTAS

- “1. ¿Puede afirmarse que la Ley 1437 de 2011, unificó el procedimiento administrativo sancionatorio a cargo de las autoridades en Colombia, con lo cual subsumió o subrogó la remisión prevista en las leyes especiales en cuanto al procedimiento administrativo sancionatorio?
2. ¿A partir de la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, resultan incompatibles con este las remisiones hechas por las Leyes 23 de 1981, 35 de 1989 y 266 de 1996 (Modificada por la Ley 911 de 2004), en cuanto al procedimiento administrativo sancionatorio?
3. ¿De ser procedente la aplicación de la Ley 1437 de 2011 a los procesos disciplinarios – ético profesionales en medicina, odontología y enfermería, como garantía del debido proceso y del principio de favorabilidad, es válido aplicar la referida ley a los procesos de ética disciplinaria que se encontraban en curso a la fecha de su entrada en vigencia?
4. ¿Cómo garantía del debido proceso y en aplicación de la interpretación analógica, la norma de procedimiento a tener en cuenta frente a la remisión normativa que contienen los artículos 82 de la Ley 23 de 1981, 78 de la Ley 35 de 1989 y 68 de la Ley 266 de 1996, es la Ley 734 de 2002 –Código Disciplinario Único?”

Intervención del Tribunal Nacional de Ética Odontológica

Con la advertencia previa de que el señor Ministro consultante les dio a conocer la consulta, el Tribunal Nacional de Ética Odontológica radicó antes esta Sala un escrito contentivo de las razones que encuentran para sostener la derogatoria tácita del artículo 78 de la Ley 35 de 1989⁷ por el artículo 47 del CPACA y que este código es la norma de remisión, supletoria y complementaria de la Ley 35 en cita y no el Código de Procedimiento Penal.

En síntesis, el Tribunal interviniente explica que para la época en la cual se expidió la ley sobre la ética de los odontólogos la remisión al Código de Procedimiento Penal entonces vigente era compatible con el procedimiento previsto en el estatuto de esa profesión.

Pero con la Constitución de 1991, la creación de la Fiscalía y luego la adopción del sistema penal acusatorio, se separó el procedimiento penal de las demás manifestaciones de la potestad sancionatoria del Estado y, en particular del derecho administrativo sancionatorio, el cual se configura como una disciplina autónoma, aunque comparta con el proceso penal los principios de legalidad, juez

⁷ Ley 35 de 1989, “Sobre ética del odontólogo colombiano.”

natural, favorabilidad, presunción de inocencia, y las garantías a los derechos a la defensa, a impugnar la sentencia condenatoria, al debido proceso público y sin dilaciones injustificadas y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.⁸

Analiza la incorporación en el CPACA del procedimiento administrativo sancionatorio, y su aplicación en todos los casos en los que no haya ley especial y como norma supletoria o complementaria de las leyes especiales.

Estima, en consecuencia, que operó la derogatoria tácita⁹ del artículo 79 de la Ley 35 de 1989, por el artículo 47 del CPACA y reafirma su criterio de que es notorio que “la intención explícita del legislador fue avanzar en la unificación de las normas del procedimiento administrativo sancionatorio dentro del nuevo Código por lo que incluyó un capítulo especial para ello”, y “como la derogatoria tácita hace primar la ley posterior establecida la incompatibilidad de las dos normas se entiende derogada la norma anterior.”

II. CONSIDERACIONES

1. El problema jurídico planteado

La Ley 23 de 1981, sobre ética médica, dispone que los vacíos en el procedimiento por ella reglado se resuelven con la aplicación del Código de Procedimiento Penal.

Ley 1437 de 2011, sobre procedimientos administrativos y contenciosos administrativos, regula el procedimiento administrativo sancionatorio para adelantar las actuaciones sancionatorias en ejercicio de la función administrativa, cuando no hay ley especial por la materia y, en todo caso, como norma supletoria o complementaria de las leyes especiales.

A partir de la naturaleza administrativa de la función sancionatoria que cumplen los tribunales de ética médica – nacional y seccionales -, naturaleza que no se discute, surge la duda acerca de si la Ley 1437 es la ley aplicable para llenar los vacíos de la Ley 23 de 1981 o si, como lo ha asumido el Tribunal Nacional de Ética Médica,

⁸ El interviniente invoca las sentencias C-873-03, C-213-07 (sobre la Ley 35/89) C-703-10, C-312-12, T-319 A - 12

⁹ El interviniente cita la sentencia C-896-09: “*La derogatoria de una norma por otra ocurre, de acuerdo con el artículo 71 del Código Civil de forma expresa, tácita o por regulación integral de la materia. En el primer evento la nueva ley señala las normas que quedan excluidas en el ordenamiento; en el segundo evento, la ley posterior contiene disposiciones incompatibles con la norma anterior por lo que esta última se entiende derogada; y en el tercer evento, la derogación se produce por reglamentación de toda la materia regulada por una o varias normas precedentes, aunque no haya incompatibilidad entre las disposiciones de estas y las de la ley nueva.*”

es la Ley 734 de 2001, Código Disciplinario Único, la norma supletoria y complementaria del procedimiento establecido en la Ley 23.

La Sala reseñará brevemente la potestad sancionatoria del Estado, el derecho administrativo sancionador y sus distintas manifestaciones, atendidos los destinatarios y el bien jurídico protegido, para concluir con las competencias de los tribunales de ética profesional, su naturaleza y las remisiones normativas que responden a sus especificidades.

2. La potestad sancionatoria del Estado

El *ius puniendi* del Estado, como la facultad de castigar las conductas de sus asociados, “es un género que cubre varias especies entre las que se cuentan el derecho penal y el derecho administrativo sancionador¹⁰.”

En su evolución, se han decantado los límites y las condiciones para su ejercicio y, en el ordenamiento jurídico colombiano es extensa y reiterada la jurisprudencia constitucional que destaca la sujeción al artículo 29 de la Constitución que consagra el derecho al debido proceso, que “*comporta una serie de garantías como la publicidad y celeridad del procedimiento, el derecho de defensa y contradicción, el principio de legalidad del ilícito y de la pena, la garantía del juez competente, etc., que sólo tienen sentido referidas a la actividad sancionadora del Estado. Es decir son garantías aplicables al proceso de imposición de sanciones*”¹¹.

Siguiendo la jurisprudencia constitucional, la *potestad punitiva penal* “... protege ‘el orden social colectivo, y su aplicación persigue esencialmente (sin perjuicio de la concurrencia de otros fines difusos) un fin retributivo abstracto, expiatorio, eventualmente correctivo o resocializador, en la persona del delincuente’, mientras que con la *potestad administrativa sancionatoria* se busca garantizar la organización y el funcionamiento de las diferentes actividades sociales¹².”

¹⁰ Cfr. Corte Constitucional, Sentencias C-616-02 (6 de agosto), Referencia: expediente D-3860, Norma Acusada: Artículo 41 de la Ley 633 de 2000// Sentencia C-214 de 1994 (...se realiza uno de los primeros estudios por parte de esta Corporación en materia de potestad sancionatoria de la administración).

¹¹ Cita de la Sentencia C-616-02: “Sentencia C-506 de 2002; M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra (En esta sentencia, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de varias normas relativas a sanciones tributarias. Consta allí un resumen de la jurisprudencia proferida por esta Corporación sobre dicha materia).”

¹² Cita de la Sentencia C-616-02: “Sentencia C-214 de 1994. En este punto, la Corte se apoyó en: Eduardo García de Enterría, Tomás Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo, Editorial Civitas, Madrid, 1986”

Se trata entonces de un poder del Estado que se ejerce tanto por las autoridades judiciales como por distintas autoridades, entre ellas las administrativas, a las cuales la ley habilita para su ejercicio.

De dicho poder sancionatorio pueden ser igualmente investidos los particulares, porque la Constitución efectivamente prevé que ellos sean investidos tanto de funciones judiciales (artículo 116¹³) como de funciones administrativas (artículo 210¹⁴).

Con referencia a la función administrativa, es reiterada también la jurisprudencia en señalar:

“... i) la potestad sancionadora como potestad propia de la administración es necesaria para el adecuado cumplimiento de sus funciones y la realización de sus fines¹⁵, pues ii) permite realizar los valores del orden jurídico institucional, mediante la asignación de competencias a la administración que la habilitan para imponer a sus propios funcionarios y a los particulares el acatamiento, inclusive por medios punitivos, de una disciplina cuya observancia propende indudablemente a la realización de sus cometidos¹⁶ y iii) constituye un complemento de la potestad de mando, pues contribuye a asegurar el cumplimiento de las decisiones administrativas^{17, 18}”

En consecuencia, se han estructurado con mayor o menor autonomía regulaciones que atañen a áreas específicas de la función administrativa, entendiendo que la especialidad de la materia no excluye la aplicación de “*todos los principios del debido proceso, tales como los de legalidad, tipicidad, prescripción, culpabilidad, proporcionalidad, non bis in ídem y la doble instancia.*”¹⁹

¹³ Constitución Política, artículo 116: “(...) Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley. (...)”

¹⁴ Constitución Política, artículo 210: “(...) Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley. (...)”

¹⁵ Cita de la Sentencia C-616-02: “Sentencia C-597 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero.”

¹⁶ Cita de la Sentencia C-616-02: “Ibídem.”

¹⁷ Cita de la Sentencia C-616-02: “Sentencia C-214 de 1994, M.P. Antonio Barrera Carbonell.”

¹⁸ Cita de la Sentencia C-616-02: “Sentencia C-827 de 2001; M.P. Álvaro Tafur Galvis (En esta sentencia, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de una norma en la que se dispone que corresponde a la Junta Directiva del Banco de la República establecer “el encaje de las distintas categorías de establecimientos de crédito y en general de todas las entidades que reciban depósitos a la vista, a término o de ahorro, señalar o no su remuneración y establecer las sanciones por infracción a las normas sobre esta materia”. Los magistrados Jaime Araujo Rentería y Rodrigo Escobar Gil salvaron el voto).”

¹⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-838-13 (20 noviembre), Referencia: expediente D-9663, Demanda de inconstitucionalidad contra el inciso 6º (parcial) del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el numeral 176 del artículo 1º del Decreto 2282 de 1989.

3. El Derecho administrativo sancionador y el procedimiento sancionatorio en la Ley 1437 de 2011

La potestad sancionatoria en ejercicio de la función administrativa se sustenta en los artículos 2º, 4º, 29º, y en general en los artículos 150-8, 189 numerales a 21 a 26, 209, 334, 365, 366 y 370 de la Carta²⁰, pues con ella se busca la “realización de los principios constitucionales”²¹ que “gobiernan la función pública” (artículo 209 de la Carta²²).

Explica la jurisprudencia que “la potestad se activa, a partir del desconocimiento de las reglas pre establecidas²³, lo que le permite al Estado imponer sanciones como ‘respuesta a la inobservancia por parte de los administrados de las obligaciones, deberes y mandatos generales o específicos que se han ideado para el adecuado funcionamiento y marcha de la Administración’”²⁴.

En la legislación colombiana se encuentran regulados de manera especial varios procedimientos administrativos sancionatorios, como por ejemplo, el tributario, el fiscal, el disciplinario, y por supuesto, los correspondientes al ejercicio de las profesiones, al que se volverá más adelante.

Las respectivas leyes identifican los derechos, valores o bienes objeto de tutela o protección, tipifican las faltas y sanciones, refieren los sujetos activos y pasivos, definen competencias, crean estructuras y, como regla general, establecen el procedimiento, de manera que se garanticen los derechos de los ciudadanos frente a las actuaciones de las autoridades en ejercicio de la facultad sancionatoria.

Con la expedición del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011 - en adelante CPACA -, se buscó adecuar la acción de las autoridades en ejercicio de la función administrativa a los principios, valores y reglas de la Constitución de 1991. Así dispuso el artículo primero:

“Artículo 1º. Finalidad de la parte primera. Las normas de esta Parte Primera tienen como finalidad proteger y garantizar los derechos y libertades de las personas, la primacía de los intereses generales, la sujeción de las autoridades a la Constitución y demás preceptos del ordenamiento jurídico, el cumplimiento de los fines estatales, el funcionamiento eficiente y democrático de la administración, y la observancia de los deberes del Estado y de los particulares.”

²⁰ Cfr. Corte Constitucional, Sentencias C-957-14 y C-089 de 2011.

²¹ Sentencia C-595 de 2010.

²² Sentencia C-506 de 2002.

²³ Sentencia C-595 de 2010.

²⁴ Ibídem.

El artículo segundo²⁵ delimitó el ámbito de aplicación del procedimiento administrativo, con tres elementos:

- (i) la obligatoriedad de su observancia por todas las autoridades estatales y por los particulares, siempre que actúen en ejercicio de la función administrativa;
- (ii) Las excepciones, a saber: (a) los procedimientos militares y de policía que por referirse a situaciones de orden público requieren decisiones de aplicación inmediata"; y (b) el ejercicio de la facultad de libre nombramiento y remoción;
- (iii) La aplicación de las disposiciones del Código "en lo no previsto" por los procedimientos regulados en leyes especiales.

El artículo tercero agregó que las autoridades destinatarias del CPACA, tienen el deber de interpretar y aplicar, en sus actuaciones y procedimientos, "... los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales."

Continúa el artículo 3º con la enumeración y definición de los principios que deben aplicarse en las actuaciones administrativas: debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad. Acto seguido, de manera expresa ordena:

"1. En virtud del principio del debido proceso, las actuaciones administrativas se adelantarán de conformidad con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y la ley, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción.

En materia administrativa sancionatoria, se observarán adicionalmente los principios de legalidad de las faltas y de las sanciones, de presunción de inocencia, de no reformatio in pejus y non bis in ídem."

²⁵ Artículo 2º. "Ámbito de aplicación. Las normas de esta Parte Primera del Código se aplican a todos los organismos y entidades que conforman las ramas del poder público en sus distintos órdenes, sectores y niveles, a los órganos autónomos e independientes del Estado y a los particulares, cuando cumplan funciones administrativas. A todos ellos se les dará el nombre de autoridades. / Las disposiciones de esta Parte Primera no se aplicarán en los procedimientos militares o de policía que por su naturaleza requieran decisiones de aplicación inmediata, para evitar o remediar perturbaciones de orden público en los aspectos de defensa nacional, seguridad, tranquilidad, salubridad, y circulación de personas y cosas. Tampoco se aplicarán para ejercer la facultad de libre nombramiento y remoción. / Las autoridades sujetarán sus actuaciones a los procedimientos que se establecen en este Código, sin perjuicio de los procedimientos regulados en leyes especiales. En lo no previsto en los mismos se aplicarán las disposiciones de este Código."

Estos primeros tres artículos del CPACA, enuncian el propósito del legislador de regular un procedimiento general, al cual deben ajustar sus actuaciones las autoridades en ejercicio de la función administrativa, salvo que se trate de asuntos regulados por leyes especiales.

A la vez, frente a las leyes especiales, el legislador fue igualmente claro en establecer que los vacíos normativos de esas leyes especiales deberían ser llenados por el procedimiento general, en el entendido, por supuesto, de que se trate de actuaciones propias de la función administrativa que es la regulada por la primera parte del CPACA.

Se encuentra entonces, dentro de la Parte Primera, “Procedimiento Administrativo”, el Título III atinente al “Procedimiento Administrativo General”, que en sus Capítulos I y II contiene las “Reglas Generales” y los “Mecanismos de Consulta Previa”, respectivamente, y en el Capítulo III el “Procedimiento Administrativo Sancionatorio”.

Es claro para la Sala que el artículo 47, primer inciso, define el mencionado procedimiento por oposición a los procedimientos establecidos en leyes especiales. Dice su texto:

Artículo 47. Procedimiento administrativo sancionatorio. Los procedimientos administrativos de carácter sancionatorio no regulados por leyes especiales o por el Código Disciplinario Único se sujetarán a las disposiciones de esta Parte Primera del Código. Los preceptos de este Código se aplicarán también en lo no previsto por dichas leyes.

A lo cual se agrega la mención específica de los procedimientos contractuales, en el parágrafo del mismo artículo 47:

“Parágrafo. Las actuaciones administrativas contractuales sancionatorias, incluyendo los recursos, se regirán por lo dispuesto en las normas especiales sobre la materia.”

Baste agregar, por razón del tema consultado, que los incisos segundo y tercero del artículo 47, y el artículo 48, contienen las etapas del procedimiento administrativo general; el artículo 49 se ocupa del contenido formal y material de la decisión; el artículo 50 regula la graduación de las sanciones; el artículo 51 contempla la posibilidad de que las autoridades y los particulares se rehúsen a entregar documentación u obstruyan o pretendan obstruir las investigaciones, a la vez que fija las sanciones por tales conductas y el procedimiento para su imposición; y el artículo 52 reglamenta la caducidad de la facultad sancionatoria y la prescripción de la sanción:

“Artículo 52. Caducidad de la facultad sancionatoria. Salvo lo dispuesto en leyes especiales, la facultad que tienen las autoridades para imponer sanciones caduca a los tres (3) años de ocurrido el hecho, la conducta u omisión que pudiere ocasionarlas, término dentro del cual el acto administrativo que impone la sanción debe haber sido expedido y notificado. Dicho acto sancionatorio es diferente de los actos que resuelven los recursos, los cuales deberán ser decididos, so pena de pérdida de competencia, en un término de un (1) año contado a partir de su debida y oportuna interposición. Si los recursos no se deciden en el término fijado en esta disposición, se entenderán fallados a favor del recurrente, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial y disciplinaria que tal abstención genere para el funcionario encargado de resolver.

Cuando se trate de un hecho o conducta continuada, este término se contará desde el día siguiente a aquel en que cesó la infracción y/o la ejecución.

La sanción decretada por acto administrativo prescribirá al cabo de cinco (5) años contados a partir de la fecha de la ejecutoria.”

Vuelve a destacar la Sala que tanto en el transrito artículo 52, como en los demás artículos que integran el procedimiento administrativo sancionatorio, el legislador es insistente en dejar a salvo “lo dispuesto en leyes especiales”, con lo cual no solo destaca que el procedimiento consagrado en el CPACA es de carácter general sino que también informa sobre su aplicación cuando dichas leyes especiales no contemplen los aspectos que el código está regulando.

Sabido es que el CPACA tuvo origen en la iniciativa legislativa del Consejo de Estado y, dentro de la Corporación, fue una propuesta impulsada por quienes para entonces integraban esta Sala de Consulta y Servicio Civil.

Resulta entonces de interés, oír a dos de dichos miembros.

En su libro “Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”²⁶, el doctor Enrique José Arboleda Perdomo presenta las modificaciones introducidas en relación con el tema en los términos que se transcriben:

“El Capítulo III regula en seis artículos el procedimiento administrativo sancionatorio, siendo ello una novedad frente al anterior Código Contencioso Administrativo que tan solo regulaba una clase de procedimiento, que era común a toda actuación administrativa. Uno de los puntos que llevó a la Comisión de Reforma a presentar en su proyecto este articulado fue la cantidad de procedimientos especiales que existen en múltiples leyes: estas no se derogan con la nueva reglamentación, pero la misma hace que no sea necesaria la expedición de reglas nuevas, pues en buena parte contienen las mismas etapas que aquí se

²⁶ Arboleda P, Enrique José, “Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”, Segunda edición actualizada, 2012, Legis, Bogotá, páginas 87 a 97

disponen. Las normas que regulan el procedimiento deben ser interpretadas conforme a los principios de debido proceso, legalidad de las faltas y de las sanciones, presunción de inocencia, prohibición de hacer más gravosa la situación del apelante único y prohibición de doble sanción por el mismo hecho, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 3º del nuevo Estatuto. La remisión que hace el Código a este conjunto de principios, que son comunes con el derecho penal, debe entenderse con cierto cuidado, pues la naturaleza y los fines del derecho administrativo sancionador son diferentes de los del Penal, y entonces al aplicar los principios debe tenerse en cuenta la especificidad de cada rama del derecho.

Dado que de por medio está el derecho de defensa del particular investigado, el procedimiento que se ha estructurado es mucho más formal que el general para el resto de actuaciones, con etapas y términos preclusivos, con un acto de formulación de cargos cuyo contenido está dictado por el Código.

El primer inciso del artículo (47) y el parágrafo determinan el campo de aplicación del capítulo III, señalando entonces que es un procedimiento general, pero que no deroga las leyes especiales preexistentes, de manera que todas las regulaciones especiales continúan rigiendo. De modo reiterativo expresa que continuarán vigentes el Código Disciplinario Único y las reglas sancionatorias en materia contractual, casos en los cuales no se aplicará este capítulo.
(...)"

Hace notar la Sala la advertencia del autor acerca de que si bien los principios del derecho administrativo sancionador son comunes en relación con los principios del derecho penal, debe tenerse presente que la naturaleza y los fines de los mencionados derechos "son diferentes".

En la intervención hecha dentro del Seminario internacional²⁷ organizado para presentar el CPACA, el doctor William Zambrano Cetina, expresó:

"B. La labor de codificación, la simplificación y racionalización de los procedimientos y la modernización de la acción administrativa.

Para poder cumplir esa labor de pedagogía a que se hizo referencia en el acápite anterior y para que sirviera de gran marco de orientación para las personas en sus relaciones con la administración, la ley 1437 de 2011 estaba llamada a cumplir una labor de codificación y sistematización de la legislación sobre el conjunto de temas concernientes al procedimiento administrativo, al tiempo que debía facilitar la labor de simplificación y racionalización de los procedimientos en la línea de numerosas disposiciones dictadas con ese objetivo en los últimos años, así como

²⁷ Consejo de Estado // Seminario Internacional de presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo // 2011 // Ley 1437 de 2011 //Fundamentos y objetivos de la reforma del libro I del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. William Zambrano Cetina. Magistrado del Consejo de Estado. Miembro de la Comisión de reforma. MEMORIAS, páginas 68 y 70.

contribuir a la modernización de esos mismos procedimientos facilitando el uso de las nuevas tecnologías y en particular de los medios electrónicos por y ante la administración.

En este sentido el código en primer lugar se ocupó de i) recoger los elementos generales, propios de un Código como el que se analiza, de una serie de disposiciones expedidas sobre la materia antes y después de la Constitución, que se encontraban dispersos y requerían ser integrados al mismo sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones especiales que encuentren justificada su permanencia en el ordenamiento aún después de su expedición, ii) reordenar algunos temas en un sentido más accesible para el conjunto de destinatarios del Código, iii) llenar algunos vacíos que, como en el caso del régimen sancionatorio administrativo, requerían regulaciones generales a las cuales pudiera acudir la administración ante la ausencia de normas especiales y iv) hacer claridad sobre algunos temas que aun cuando estaban integrados ya al Código vigente, habían sido objeto de interpretaciones diversas por la jurisprudencia y requerían una regulación clara y precisa.

...

El Código a más de ordenar algunos temas en un sentido un poco más didáctico, pensando en que los destinatarios del mismo no son solo los abogados expertos sino todas las personas que ante la administración acuden, pretende llenar algunos vacíos que se habían identificado en la legislación vigente como por ejemplo el tema del procedimiento administrativo sancionatorio (arts. 49 a 52). Al respecto el artículo 47 señala que los procedimientos administrativos de carácter sancionatorio no regulados por leyes especiales o por el Código Disciplinario Único, se sujetarán a las disposiciones de la Parte Primera del Código. Precisa igualmente que los preceptos del mismo Código se aplicarán también en lo no previsto por dichas leyes.”

Destaca la Sala el expresado propósito de llenar los vacíos de normas especiales y de establecer el régimen general en ausencia de normas especiales, que sustentó la incorporación en el CPACA del régimen sancionatorio administrativo.

4. El procedimiento disciplinario

Indica la consulta que, en criterio del Tribunal Nacional de Ética Médica, los vacíos que presenta la Ley 23 de 1981 -especialmente en materia de caducidad y prescripción- deben ser llenados con aplicación de la Ley 734 de 2002, que regula el procedimiento disciplinario.

Efectivamente el régimen disciplinario es una de las expresiones de la potestad sancionatoria de las autoridades públicas, en ejercicio de la función administrativa.

En términos generales, las relaciones de subordinación requieren de un control radicado en el superior que garantice la observancia de un cierto comportamiento,

descrito en la normatividad que regula la relación, y que busca la realización efectiva de los fines a los cuales sirve el organismo dentro del cual tiene existencia dicha relación de subordinación.

En el sector público, el control disciplinario se encuentra integrado por “*todas las normas que exigen a los servidores públicos cierto comportamiento en el ejercicio de sus funciones, en los términos de los artículos 6º y 124 de la Constitución (y) constituye un pilar fundamental de la Administración Pública pues sirve para garantizar los fines esenciales del Estado permitiendo que la función pública se realice de acuerdo con los postulados constitucionales, a favor de la comunidad y de la garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos.*”²⁸

Recuérdese que de acuerdo con el artículo 6²⁹ constitucional, los servidores públicos son responsables por infringir la Constitución y la ley y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones; y el artículo 124 ibídem defiere a la ley la efectividad de dicha responsabilidad.

En el marco constitucional señalado, la Ley 734 de 2002 -actual Código Disciplinario Único- regula la potestad disciplinaria de la cual es titular el Estado (artículo 1º), asigna las competencias para su ejercicio (artículo 2), define como destinatarios a los servidores públicos, a los particulares en ejercicio de funciones públicas, a los indígenas cuando administran recursos del Estado y a los gerentes de cooperativas, fundaciones, corporaciones y asociaciones que se creen y organicen por el Estado o con su participación mayoritaria (artículo 25)³⁰, y por supuesto, tipifica las faltas y las sanciones y regula el procedimiento.

²⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-634/14 (3 de septiembre)

²⁹ C. Pol., artículo 6. “*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.*” // Artículo 124. “*La ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva.*”

³⁰ Ley 734 de 2002 (febrero 5), “por la cual se expide el Código Disciplinario Único.” Artículo 1º. “*Titularidad de la potestad disciplinaria. El Estado es el titular de la potestad disciplinaria.*”// Artículo 2º. “*Titularidad de la acción disciplinaria. Sin perjuicio del poder disciplinario preferente de la Procuraduría General de la Nación y de las Personerías Distritales y Municipales, corresponde a las oficinas de control disciplinario interno y a los funcionarios con potestad disciplinaria de las ramas, órganos y entidades del Estado, conocer de los asuntos disciplinarios contra los servidores públicos de sus dependencias. / El titular de la acción disciplinaria en los eventos de los funcionarios judiciales, es la jurisdicción disciplinaria. / La acción disciplinaria es independiente de cualquiera otra que pueda surgir de la comisión de la falta.*” // Artículo 25. “*Destinatarios de la ley disciplinaria.* Son destinatarios de la ley disciplinaria los servidores públicos aunque se encuentren retirados del servicio y los particulares contemplados en el artículo 53 del Libro Tercero de este código. / Los indígenas que administren recursos del Estado serán disciplinados conforme a este Código. / Para los efectos de esta ley y en concordancia con el artículo 38 de la Ley 489 de 1998, son servidores públicos disciplinables, los gerentes de cooperativas, fundaciones, corporaciones y asociaciones que se creen y organicen por el Estado o con su participación mayoritaria.”

Se trata entonces de una ley especial, dentro del género de la potestad sancionatoria del Estado, orientada a asegurar la eficacia en punto a la responsabilidad de sus destinatarios, que tienen en común un vínculo con el Estado mediante el cual ejercen función pública.

Como el procedimiento que regula esta ley especial es de naturaleza administrativa, sus vacíos habrán de ser llenados por el procedimiento administrativo sancionador del CPACA, como se colige de las explicaciones contenidas en el punto anterior.

Por las mismas razones, la Ley 734 no es la norma llamada a suplir los vacíos de otras leyes especiales en materia sancionatoria.

La consagración de un procedimiento administrativo sancionatorio en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo es uno de los cambios más importantes frente a la legislación anterior, en la cual no se desarrollaban las garantías dentro de las actuaciones administrativas que implicaran el ejercicio del *ius puniendi* del Estado. Esta situación resultaba grave y alarmante en términos de garantías (Art. 29 C.P.), por cuanto si bien existían regulaciones para ciertos sectores (verbigracia salud, urbanismo, trabajo, entre otros), en los cuales se establecían las conductas infractoras y las sanciones administrativas por imponer, no se establecían asimismo los procedimientos respectivos.

En efecto, con excepción de algunos regímenes especiales, no existían reglas procedimentales a las cuales pudieran acudir las autoridades en las actuaciones que conllevaran la imposición de una sanción administrativa. Los vacíos y lagunas se llenaban y solucionaban mediante remisión directa al procedimiento administrativo general del Decreto 01 de 1984³¹, animadas por la filosofía del derecho de petición y de la resolución y satisfacción de situaciones a los ciudadanos. Por tanto, no resultaban congruentes con las actuaciones sancionatorias ni eran suficientes en relación con la materia, por lo que en no pocas ocasiones se ponía en evidencia su falta de conducencia, pertinencia y utilidad. Así, y quizá por cobijarse el derecho administrativo sancionatorio en el concepto del *ius puniendi* del Estado, algunos regímenes especiales como el que es materia de la consulta optaron por hacer una remisión directa al Código de Procedimiento Penal.

Esta situación varió sustancialmente con la Ley 1437 de 2011, en tanto el inciso primero del artículo 47 instituyó que el procedimiento administrativo sancionatorio establecido en el nuevo Código (arts. 47 a 52) es la regulación general que debe

³¹ Esta normativa únicamente hacía referencia al principio de proporcionalidad al graduar la imposición de la sanción (art. 36), y a la caducidad de la facultad sancionaría -término de tres años desde la acción u omisión que pudiera ocasionar la sanción- (art. 38).

aplicar la autoridad administrativa para el ejercicio de la facultad sancionatoria que se le haya asignado por el ordenamiento jurídico, cuando no existe un procedimiento administrativo especial o cuando, existiendo, el mismo adolece de vacíos o lagunas. En caso de que estas normas sean también insuficientes en la actuación administrativa sancionatoria, los vacíos y las lagunas deben llenarse y solucionarse con sujeción a las demás disposiciones de la parte primera del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (arts. 1 a 46 y 53 a 97 ibídem) y, en su defecto, es decir, en los aspectos no contemplados o regulados por este, es necesario acudir a las normas del Código de Procedimiento Civil, o del Código General del Proceso a partir del 1 de enero de 2014, en lo que sea compatible con la naturaleza de la actuación sancionatoria (arts. 34 y 306 *ejusdem*).

En efecto, en la Comisión de Reforma al Código se explicó claramente que la decisión de incluir este Capítulo obedeció a petición expresa de la propia Administración, con la siguiente filosofía:

*“Si bien hay leyes especiales que generalmente otorgan facultades sancionatorias a la administración, e indican cuándo tiene esa facultad, cuáles son las sanciones y cuáles son las conductas que podrían ser sancionadas, por lo general existen múltiples vacíos en lo que se refiere al procedimiento o incluso en relación con otros aspectos esenciales, y fue por eso que la Administración nos solicitó crear este capítulo como una especie de eje básico que pudiera servir a esa facultad. En ese orden de ideas expresamente se señaló que los preceptos de este Código se aplicarán también a esas leyes especiales en lo no previsto por ellas.”*³²

Y sobre el espíritu de estas normas se indicó igualmente:

“Básicamente lo que intentamos fue recopilar las diferentes propuestas de las entidades que tienen facultades sancionatorias. La idea era llenar el vacío que existe actualmente por la inexistencia de una disposición que establezca los parámetros del procedimiento sancionatorio. En efecto, una cosa es darle facultades sancionatorias a una entidad administrativa y establecer cuáles pueden ser las sanciones, y otra muy diferente es establecer un procedimiento para imponer la sanción. Actualmente no existe un procedimiento sancionatorio general, y por ello desde el inciso primero del art. 47 hemos buscado suplir de alguna manera el vacío existente (...) Vale la pena advertir que esta propuesta también toma en cuenta los pronunciamientos jurisprudenciales. Actualmente la única fuente normativa que existe para la Administración en materia sancionatoria es el Derecho Penal, y por ello la Administración suele aplicar mutatis mutandis los principios del derecho penal, práctica que es inconveniente, pues en buena

³² Zambrano Cetina, William, ex Consejero de Estado, Intervención en la Sesión No. 23 de la Comisión de Reforma. Cfr. Memorias de la Ley 1437 de 2011, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Volumen III, 2014, págs. 216-217.

*medida desvirtúa el carácter administrativo de los procedimientos sancionatorios que adelanta el ejecutivo.*³³

5. El ejercicio de las profesiones y los tribunales de ética

En el ordenamiento jurídico colombiano son tradiciones constitucionales tanto el derecho de las personas a escoger libremente profesión u oficio, como la vigilancia por el Estado del ejercicio de aquellas profesiones que, en términos de hoy, pueden implicar un riesgo social.

Además, la reglamentación de las profesiones y de su ejercicio son asuntos que el ordenamiento constitucional ha atribuido al legislador; y, como lo ha dicho esta Sala, “...el postulado constitucional asigna a las autoridades la función de inspeccionar y vigilar el ejercicio de las profesiones, con el fin de garantizar el interés público y los derechos de terceros, así como el derecho al trabajo en condiciones de igualdad”.³⁴

Dicen los textos constitucionales:

Constitución de 1886, artículo 44:

“Artículo 44.- Toda persona podrá abrazar cualquier oficio u ocupación honesta sin necesidad de pertenecer a gremio de maestros o doctores.

Las autoridades inspeccionarán las industrias y profesiones en lo relativo a la moralidad, la seguridad y la salubridad públicas.

La ley podrá exigir títulos de idoneidad para el ejercicio de las profesiones médicas y de sus auxiliares.”

Acto Legislativo número 1 de 1936, artículo 15:

“Toda persona es libre de escoger profesión u oficio.

La ley puede exigir títulos de idoneidad y reglamentar el ejercicio de las profesiones.

³³ Valderrama, Carmen Ligia, asesora de la Superintendencia de Industria y Comercio, invitada a la Comisión, intervención en la Sesión No. 23 de la Comisión de Reforma. Cfr. Memorias de la Ley 1437 de 2011, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, 2014, Volumen III, págs. 217-218.

³⁴ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 9 de junio de 2005, Radicación número: 1638. El concepto cita las Sentencias C-177 de 1993 C-606 de 1992, C-377 de 1994, C-660 de 1997 y C-251 de 1998 de la Corte Constitucional.

Las autoridades inspeccionarán las profesiones y oficios en lo relativo a la moralidad, seguridad y salubridad públicas.

La ley podrá restringir la producción y el consumo de los licores y de las bebidas fermentadas.

También podrá la ley ordenar la revisión y la fiscalización de las tarifas y reglamentos de las empresas de transporte o conducciones y demás servicios públicos.”

Constitución de 1991, artículo 26:

“Toda persona es libre de escoger profesión u oficio. La ley podrá exigir títulos de idoneidad. Las autoridades competentes inspeccionarán y vigilarán el ejercicio de las profesiones. Las ocupaciones, artes y oficios que no exijan formación académica son de libre ejercicio, salvo aquellas que impliquen un riesgo social.

Las profesiones legalmente reconocidas pueden organizarse en colegios. La estructura interna y el funcionamiento de éstos deberán ser democráticos. La ley podrá asignarles funciones públicas y establecer los debidos controles.”

Así, a lo largo de la historia constitucional, la libertad de escoger profesión u oficio no es absoluta y en la medida en que el ejercicio de una profesión pueda afectar el interés social, es objeto de regulación por la ley. En la jurisprudencia constitucional³⁵, puede leerse al respecto:

“Ni el derecho al trabajo, ni la libertad de escoger profesión u oficio tienen carácter absoluto, porque ‘en su ejercicio concurren distintas variables de naturaleza política y social’ y ‘porque la Constitución no patrocina ni incentiva un desempeño de las profesiones u oficios despojados de toda vinculación o nexo con los deberes y obligaciones que su ejercicio comporta’ lo que se traduce en la existencia de límites.

De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, esos límites son intrínsecos cuando ‘emanan de la esencia finita del objeto jurídico protegido y de la misma condición del sujeto que no es absoluto’ y son extrínsecos cuando ‘son impuestos por la ley como regulante de los derechos’.

El propio artículo 26 de la Carta señala, entre otros aspectos, que ‘las ocupaciones, artes y oficios que no exijan formación académica son de libre ejercicio, salvo aquellas que impliquen un riesgo social’ y adicionalmente prevé que ‘la ley podrá exigir títulos de idoneidad’ y que ‘las autoridades competentes inspeccionarán y vigilarán el ejercicio de las profesiones’. Puesto que la ‘delimitación de cada uno de

³⁵ Corte Constitucional, sentencia C-398-11 (18 de mayo) Referencia: expediente D-8344, Demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 29, numeral 3º (parcial), de la Ley 1123 de 2007, “Por la cual se establece el Código Disciplinario del Abogado”.

estos componentes no se agota en la norma constitucional', la Carta le reconoce al legislador un margen de configuración para regular cada actividad."

Con base en el artículo 150, numeral 8, de la Constitución de 1991, el Congreso expide "las normas a las cuales debe sujetarse el Gobierno para el ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia que le señala la Constitución."

La jurisprudencia constitucional ha dicho que, en armonía con el artículo 26 ya transrito, el legislador "ostenta una amplia potestad en cuanto a la conformación del órgano o entidad encargado de las funciones respecto de las profesiones legalmente establecidas, la determinación de las funciones y la decisión de si crea un órgano o entidad del orden nacional, o si más bien, en desarrollo del mismo artículo 26, en concordancia con el artículo 103 de la Constitución³⁶, atribuye la función a la asociación profesional que se organice como Colegio Profesional en los términos que señale la ley"³⁷.

Cabe agregar que, en su gran mayoría, las leyes expedidas para regular las distintas profesiones incorporan códigos de ética, procedimientos, y estructuras administrativas de autoridad integradas por los profesionales de la respectiva área del conocimiento, en las cuales el legislador radica el ejercicio de la función pública de inspección y vigilancia sobre el ejercicio de la profesión.

La medicina y sus profesiones afines, como quedó visto, desde la Constitución de 1886 son objeto de regulación especial por la ley, en los términos y con los propósitos señalados.

La Ley 23 de 1981 es la norma vigente para la medicina en particular: a partir de una "declaración de principios" definida como "el fundamento esencial para el desarrollo de las normas sobre Ética Médica" (artículo 1º), hace explícitas referencias a las relaciones del médico con sus pacientes, sus colegas, las instituciones, la sociedad y el Estado, así como sobre la función social que implica el ejercicio de esta profesión, y estructura un régimen disciplinario que comprende la tipificación de las conductas constitutivas de faltas contra la ética médica, las sanciones, el procedimiento para su imposición, y el Tribunal Nacional y los tribunales seccionales, conformados con profesionales de la medicina, encargados de "conocer de los procesos disciplinarios ético-profesionales que se presenten por razón del ejercicio de la medicina en Colombia."

La jurisprudencia constitucional, la jurisprudencia de esta Corporación, y en particular la de esta Sala de Consulta y Servicio Civil, no tienen duda alguna

³⁶ Constitución Política, artículo 103. "Son mecanismos de participación del pueblo en ejercicio de su soberanía: el voto, el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato. La ley los reglamentará. / El Estado contribuirá a la organización, promoción y capacitación de las asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamentales, sin detrimento de su autonomía con el objeto de que constituyan mecanismos democráticos de representación en las diferentes instancias de participación, concertación, control y vigilancia de la gestión pública que se establezcan."

³⁷ Sentencias C-482 de 2002 y C-078-03.

acerca de que los tribunales de ética médica cumplen funciones administrativas y en ningún caso funciones de naturaleza judicial.

Como ejemplo, cabe citar reciente decisión de la Sala en la cual se recogieron pronunciamientos anteriores y jurisprudencia constitucional para reafirmar la naturaleza administrativa de las funciones que ejercen los mencionados tribunales:³⁸

“El Tribunal Nacional de Ética Médica fue creado por el artículo 63 de la Ley 23 de 1981, con el fin de conocer los procesos disciplinarios ético-profesionales surgidos con ocasión del ejercicio de la medicina en Colombia...”

Ahora bien, el artículo 73 de la Ley 23 de 1981 dispone que los Tribunales de Ética Médica cumplen una función pública pero aclara que por ello sus miembros no adquieren la condición de funcionarios públicos:

“Artículo 73. Los Tribunales Ético-Profesionales en ejercicio de las atribuciones que se le confiere mediante la presente ley, cumplen una función pública, pero sus integrantes por el solo hecho de serlo no adquieren el carácter de funcionarios públicos”.

Sobre la naturaleza de la actividad que desarrollan los Tribunales de Ética Médica, la jurisprudencia y la doctrina de esta Sala se han referido en varias oportunidades por lo que existe a la fecha una posición clara al respecto, la cual fue recientemente consolidada en el conflicto No. 2015-00036 de 5 de mayo de 2015, en los siguientes términos:

“(i) La función que ejercen los Tribunales de ética Médica es de naturaleza administrativa

Así se indicó en Concepto 1756 de 2006 de esta Sala, al resolver una consulta sobre la normatividad aplicable en caso de vacíos en el procedimiento disciplinario establecido en la Ley 23 de 1981:

“La naturaleza administrativa del procedimiento ético médico, de una parte, y la materia disciplinaria del mismo, de la otra, plantearían la posibilidad de aplicación subsidiaria ya del Código Contencioso Administrativo ora de la ley 734 de 2002,

³⁸ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, decisión del 10 de septiembre de 2015, radicación número: 11001-03-06-000-2015-00116-00(c), C.P Álvaro Namén Vargas. Conflicto de competencias administrativas – entre la sala disciplinaria del consejo superior de la judicatura y la procuraduría delegada para la vigilancia judicial y la policía judicial / Tribunal de Ética Médica – Entidad competente para conocer de los procesos disciplinarios contra magistrados de tales tribunales”. Reiterado en la decisión del 4 de febrero de 2016, Radicación número: 11001-03-06-000-2015-00176-00(C), C. P., Germán Bula Escobar. Conflicto de competencias administrativas – Entre la Procuraduría General de la Nación y la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura / TRIBUNALES DE ETICA MEDICA – Autoridad competente para investigar a los magistrados cuando incurran en posibles fallas disciplinarias.

*en cuanto dicho proceso ético médico es una modalidad del derecho administrativo disciplinario, que constituye una rama del derecho administrativo*³⁹.

Sobre la naturaleza administrativa de las funciones ejercidas por los Tribunales de Ética Médica también se había pronunciado ya la Corte Constitucional al resolver una demanda de inconstitucionalidad de algunas disposiciones de la Ley 23 de 1981, oportunidad en la cual dicha corporación judicial señaló:

“Con respecto al debido proceso sin perjuicio de lo anterior estima la Corte que además, en tratándose de funciones administrativas como son las que desempeñan el Tribunal de Ética Médica para los efectos de la aplicación de las sanciones contra las faltas a la ética médica, por parte de los profesionales médicos y de acuerdo con su gravedad o con la reincidencia en ellas, resulta aplicable el artículo 12 del Decreto 2304 de 1989 que subrogó el artículo 82 del C.C.A., en virtud del cual la jurisdicción contencioso administrativa tiene competencia para conocer y juzgar controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas, lo que da mayor garantía al debido proceso dentro del régimen disciplinario aplicable a los profesionales de la medicina”⁴⁰

(ii) El carácter no judicial de los Tribunales de Ética Médica

Este aspecto en particular, que es a su vez consecuencia de lo señalado en el punto anterior (naturaleza administrativa de las funciones desarrolladas por los Tribunales de Ética Médica), fue analizado con detenimiento por la Corte Constitucional en Sentencia C-620 de 2008, en la que se indicó lo siguiente:

*“4.5. Teniendo en cuenta que la función pública asignada a los Tribunales de ética-médica, tanto al nacional como a los seccionales, está relacionada con la potestad de adelantar procesos administrativos de naturaleza disciplinaria, encuentra la Sala que el legislador no desconoció lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo 116 de la Constitución Política, según el cual los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la **función de administrar justicia** en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, pues, como se ha explicado, la función pública asignada a estos tribunales es de naturaleza administrativa.*

La Sala reitera que los tribunales de ética-médica no ejercen actividad judicial, sino que han sido habilitados por el legislador para adelantar una función administrativa de carácter disciplinario relacionada con el ejercicio de la medicina,

³⁹ Con la salvedad de que el mismo concepto aclara a continuación que la remisión normativa en caso de vacío debe hacerse al Código Penal, de conformidad con lo dispuesto expresamente por la Ley 23 de 1981. Ver también sentencia del 2 de septiembre de 2014, Sección 2^a del Consejo de Estado, expediente 2014-00541 (AC), en la que se reafirma el carácter disciplinario de las sanciones de los tribunales profesionales y la aplicación del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo).

⁴⁰ . Sentencia C-259 de 1995, reiterada en C-762 de 2009.

por lo cual los artículos 63, 67 y 73 de la Ley 23 de 1981 tampoco vulneran lo dispuesto en el artículo 228 de la Carta Política, según el cual la administración de justicia es función pública a cargo de los órganos que integran la rama judicial del poder público, con las excepciones previstas en el ordenamiento jurídico.”
(Resaltado del texto original)

Ahora bien, en vigencia de la Constitución de 1886 y sus reformas, las leyes relativas a las profesiones y a su ejercicio, entre ellas la citada Ley 23 de 1981 disponían la remisión al procedimiento penal para suplir sus vacíos, como consecuencia lógica de la identidad entre el derecho penal y el *ius puniendi* del Estado.

Como se expresó atrás, la autonomía del derecho administrativo sancionador, sin perjuicio de la comunidad de principios pero claramente basada en las diferencias con el derecho penal por razón de la naturaleza y los fines de los respectivos campos de acción del Estado, sustenta la necesidad de revisar la vigencia de la aplicación del procedimiento penal como sustitutivo o complementario de normatividades esencialmente administrativas.

En ese sentido, el procedimiento administrativo sancionatorio regulado en el CPACA se constituye en el ordenamiento jurídico aplicable a las actuaciones de naturaleza administrativa adelantadas tanto por las autoridades públicas como por los particulares investidos de funciones de esta naturaleza, porque, como se dejó explicado, la parte primera del código en cita que incluye el procedimiento en cuestión es la norma aplicable en ausencia de norma especial.

En el punto estudiado, indudablemente los mandatos del CPACA tienen como consecuencia jurídica la derogatoria tácita de las disposiciones que en las distintas leyes sobre ejercicio de las profesiones, y por supuesto en la Ley 23 de 1981 - objeto concreto de la consulta-, remiten a las normas procesales penales para llenar sus vacíos.

Recuérdese que, de acuerdo con el artículo 71 del Código Civil, la ley nueva puede expresar que deroga la ley antigua – derogatoria expresa –, o puede contener “*disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior*” – derogatoria tácita.

Y que, en los términos del artículo 72 del mismo Código Civil:

“La derogación tácita deja vigente en las leyes anteriores, aunque versen sobre la misma materia, todo aquello que no pugna con las disposiciones de la nueva ley.”

Aplicados los conceptos al caso consultado, se configura la derogatoria tácita de las remisiones al procedimiento penal para resolver carencias de los

procedimientos de naturaleza administrativa y sancionatoria administrativa, dadas las diferencias en la naturaleza y fines que terminaron configurando la autonomía de la potestad sancionatoria de las autoridades públicas en ejercicio de la función administrativa.

Es preciso hacer una mención del concepto emitido por esta Sala, de fecha 5 de diciembre de 2006 -radicación 1756-, que analiza la consulta, porque en él se afirmó la vigencia de la remisión al Código de Procedimiento Penal ordenada en el artículo 82 de la Ley 23 de 1981.

Para la época aún regía el Código Contencioso Administrativo⁴¹ que, como se explicó en el citado concepto, regulaba un procedimiento general para las actuaciones de las autoridades administrativas, respecto del cual la Ley 734 de 2002 -Código Disciplinario Único-, por la cual se consultaba, era una norma especial no aplicable en razón de sus propias especificidades.

El CPACA configura un contexto normativo esencialmente diferente que, si bien también excluye la aplicación de la Ley 734 para resolver los vacíos de leyes como la Ley 23 de 1981, no admite la continuidad de la remisión a las normas de procedimiento penal, porque dicho Código contiene las normas de naturaleza administrativa sancionatoria que han de aplicarse para tal efecto según se explicó⁴².

Finalmente debe señalarse que el CPACA dispuso las reglas para su entrada en vigencia, en los siguientes términos:

“Artículo 308. Régimen de transición y vigencia. El presente Código comenzará a regir el dos (2) de julio del año 2012.

Este Código sólo se aplicará a los procedimientos y las actuaciones administrativas que se inicien, así como a las demandas y procesos que se instauren con posterioridad a la entrada en vigencia.

⁴¹ Decreto ley 01 de 1984 (enero 2), “Por el cual se reforma el Código Contencioso Administrativo.”

⁴² Esta central explicación será además reiterada en las respuestas a la consulta: El artículo 47 -inciso primero- de la Ley 1437 de 2011 instituyó el procedimiento administrativo sancionatorio (arts. 47 a 52) como la regulación general que debe aplicar la autoridad administrativa para el ejercicio de la facultad sancionatoria a ella asignada por el ordenamiento jurídico, cuando no existe un procedimiento administrativo especial o cuando, existiendo, el mismo adolece de vacíos o lagunas. En caso de que estas normas sean también insuficientes en la actuación administrativa sancionatoria, los vacíos y las lagunas deben llenarse y solucionarse con sujeción a las demás disposiciones de la parte primera del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (arts. 1 a 46 y 53 a 97 ibídem) y, en su defecto, es decir, en los aspectos no contemplados o regulados por este, es necesario acudir a las normas del Código de Procedimiento Civil, o del Código General del Proceso a partir del 1 de enero de 2014, en lo que sea compatible con la naturaleza de la actuación sancionatoria (arts. 34 y 306 ejusdem).

Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior.”

En consecuencia, tratándose de la derogatoria tácita del artículo 82 de la Ley 23 de 1981, por la entrada en vigencia del CPACA, es preciso dar aplicación al régimen de transición y vigencia dispuesto en este código respecto de los procesos de competencia de los tribunales de ética médica nacional y seccionales, es decir que serán aplicables las disposiciones del Código de Procedimiento Penal respecto de las actuaciones iniciadas antes del 2 de julio de 2012. Para las iniciadas después, la aplicación de la Ley 23 de 1981 se completará con el procedimiento administrativo sancionatorio consagrado en el CPACA.

III. La Sala RESPONDE:

“1. ¿Puede afirmarse que la Ley 1437 de 2011, unificó el procedimiento administrativo sancionatorio a cargo de las autoridades en Colombia, con lo cual subsumió o subrogó la remisión prevista en las leyes especiales en cuanto al procedimiento administrativo sancionatorio?

Sí. Las disposiciones que en el CPACA regulan el procedimiento administrativo sancionatorio están definidas como el procedimiento general que deben aplicar los servidores públicos y los particulares que ejerzan funciones administrativas, en ausencia de leyes especiales que regulen procedimientos sancionatorios. Por lo demás, son también las normas que deben aplicar para llenar los vacíos de las leyes especiales.

2. ¿A partir de la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, resultan incompatibles con este las remisiones hechas por las Leyes 23 de 1981, 35 de 1989 y 266 de 1996 (Modificada por la Ley 911 de 2004), en cuanto al procedimiento administrativo sancionatorio?

Sí. La potestad sancionatoria en ejercicio de la función administrativa ha adquirido autonomía respecto de la potestad sancionatoria penal, dadas las diferencias entre la naturaleza y los fines de una y otra, sin perjuicio de ser ambas expresión del *ius puniendi* del Estado.

3. ¿De ser procedente la aplicación de la Ley 1437 de 2011 a los procesos disciplinarios – ético profesionales en medicina, odontología y enfermería, como garantía del debido proceso y del principio de favorabilidad, es válido aplicar la referida ley a los procesos de ética disciplinaria que se encontraban en curso a la fecha de su entrada en vigencia?

No. La Ley 1437 de 2011 fijó las reglas para su entrada en vigencia y de manera clara ordenó su aplicación solamente a las actuaciones administrativas que se iniciaran a partir del 2 de julio de 2012.

En consecuencia, los vacíos que resultaren por razón de la aplicación de la Ley 23 de 1981 respecto de las actuaciones iniciadas antes del 2 de julio de 2012, deben llenarse con las disposiciones del Código de Procedimiento Penal. El procedimiento administrativo sancionatorio consagrado en la Ley 1437 de 2011 debe aplicarse a las actuaciones iniciadas o que se inicien a partir de esa fecha.

4. ¿Cómo garantía del debido proceso y en aplicación de la interpretación analógica, la norma de procedimiento a tener en cuenta frente a la remisión normativa que contienen los artículos 82 de la Ley 23 de 1981, 78 de la Ley 35 de 1989 y 68 de la Ley 266 de 1996, es la Ley 734 de 2002 –Código Disciplinario Único?”

No. La Ley 734 de 2002, Código Disciplinario Único, regula un aspecto particular de las relaciones entre el Estado y las personas que mediante vínculo laboral, contractual o de manejo y administración de bienes públicos, se encuentran en una relación de subordinación que incorpora el control disciplinario, cuya fuente se halla en el principio de responsabilidad consagrado en el artículo 6º de la Constitución Política.

La fuente constitucional de las potestades sancionatorias en el ejercicio de las profesiones es el artículo 26 de la Carta que consagra una libertad ciudadana, la de escoger profesión u oficio, pero limitada por cuanto el ejercicio de la actividad puede implicar un riesgo social.

El artículo 47 -inciso primero- de la Ley 1437 de 2011 que expidió el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, instituyó el procedimiento administrativo sancionatorio (arts. 47 a 52) como la regulación general que debe aplicar la autoridad administrativa para el ejercicio de la facultad sancionatoria a ella asignada por el ordenamiento jurídico, cuando no existe un procedimiento administrativo especial o cuando, existiendo, el mismo adolece de vacíos o lagunas. En caso de que estas normas sean también insuficientes en la actuación administrativa sancionatoria, los vacíos y las lagunas deben llenarse y solucionarse con sujeción a las demás disposiciones de la parte primera del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (arts. 1 a 46 y 53 a 97 *ibidem*) y, en su defecto, es decir, en los aspectos no contemplados o regulados por este, es necesario acudir a las normas del Código de Procedimiento Civil, o del Código General del Proceso a partir del 1 de enero de 2014, en lo que sea compatible con la naturaleza de la actuación sancionatoria (arts. 34 y 306 *ejusdem*).

Remítase al señor Ministro de Salud y Protección Social y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR
Presidente de la Sala

OSCAR DARIO AMAYA NAVAS
Consejero de Estado

EDGAR LÓPEZ GONZÁLEZ
Consejero de Estado

ÁLVARO NAMÉN VARGAS
Consejero de Estado

LUCÍA MAZUERA ROMERO
Secretario de la Sala