



Guía práctica para la solución de los errores más comunes en los procesos disciplinarios

Juan Manuel Padilla Maldonado

Trabajo de grado para optar al título profesional:
Curso de Información Militar (CIM)

Escuela Superior de Guerra “General Rafael Reyes Prieto”
Bogotá D.C., Colombia

**FUERZAS MILITARES DE COLOMBIA
ESCUELA SUPERIOR DE GUERRA**



TRABAJO DE FUERZA

**GUÍA PRÁCTICA PARA LA SOLUCIÓN DE LOS ERRORES MÁS COMUNES
EN LOS PROCESOS DISCIPLINARIOS**

MY. (Abogado) JUAN MANUEL PADILLA MALDONADO

Asesor Jurídico Oficina Asuntos Disciplinarios y Administrativos

Inspección General Comando General Fuerzas Militares

MY. (Abogado) RUBEN ORLANDO VARGAS

Fiscal Segundo Delegado ante el Tribunal Superior Militar

Curso CIM-2008

Bogotá DC. Abril de 2.008

Nota de aceptación:

Firma del presidente del jurado



Firma del jurado

Firma del jurado

Bogotá, D.C. Abril de 2.008

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN.....	5
1. JUSTIFICACIÓN.....	6
2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	9
2.1. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	10
2.2. OBJETIVO GENERAL.....	11
2.3. OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	11
3. FUNDAMENTACIÓN DEL PROYECTO.....	12
3.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN.....	12
4. MARCO TEÓRICO.....	13
5. MARCO INSTITUCIONAL.....	17
6. MARCO LEGAL.....	18
7. MATERIAL Y MÉTODOS.....	19
8. CONCLUSIONES.....	20
8.1 RECOMENDACIONES.....	21
BIBLIOGRAFÍA.....	22
ANEXO A.....	24

RESUMEN

La guía disciplinaria que se elabora como anexo del presente trabajo de investigación, contiene de manera clara y detallada la enumeración de los errores más comunes en ésta área del derecho, y la explicación de cada uno de ellos, desde la óptica jurisprudencial, doctrinal y de las providencias proferidas por el Comando General de las Fuerzas Militares, que coadyuvará significativamente a erradicar dichas falencias en la instrucción, calificación y decisión de éste tipo de procesos.

Palabras Clave: Guía disciplinaria, errores comunes, jurisprudencial, doctrinal, instrucción, calificación, decisión.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo ofrece una herramienta de consulta a todos los Asesores jurídicos de las Fuerzas, con el propósito que las investigaciones disciplinarias y las decisiones a tomar, sean en derecho, para salirle al paso a las múltiples nulidades que se reportan en la oficina Asesora del Comandante General de las Fuerzas Militares, pues no obstante haberse cumplido casi cinco años de expedida la Ley 836 de 2.003, las irregularidades procedimentales van en aumento, en desmedro de una justicia clara, oportuna y eficaz.

Bajo los anteriores parámetros, y teniendo como base la circular No. 4836 del 9 de octubre de 2.007, emanada del Comando General de las Fuerzas Militares, en la que se condensaron las principales inconsistencias en el adelantamiento y fallo de los procesos disciplinarios, se entregará una guía práctica respaldada en jurisprudencia, doctrina, y en algunas decisiones adoptadas por el Comando General como fallador de segunda instancia, que proporcione a los asesores un instrumento permanente de consulta, que contribuirá de manera eficaz a la reducción de los errores e inconsistencias legales, generadores de nulidad.

Se espera, por tanto, contribuir de esta manera a que el pilar fundamental de las Fuerzas Militares, como lo es la disciplina, sea fortalecido mediante la administración de una pronta y cumplida justicia en ésta rama del derecho.

1. JUSTIFICACIÓN

No se puede continuar con la indolencia frente a las investigaciones disciplinarias mal instruidas y mal falladas. La Oficina de Asuntos Disciplinarios y Administrativos del Comando General de las FF.MM, estadísticamente reporta nulidades en el Ejército para el año 2006, en la circular No. 5254 del 31 de Octubre de 2.007.

Según dicha circular, se hizo la presentación estadística de las diferentes irregularidades que fueron advertidas en los procesos disciplinarios para los años 2.004, 2.005 y 2.006, en el Congreso disciplinario que programó la Fuerza Aérea en 2007.

Igualmente, fueron proferidas las circulares Números 131596 del 29 de octubre de 2004, en la que se hace la presentación de las Nulidades de 2.003, y 4610 del 25 de agosto de 2006, en las que se hace la presentación de las Nulidades de 2.004 y 2.005.

Son, por tanto, continuos los pronunciamientos que hace el Comando General de las Fuerzas Militares alrededor del tema de la Nulidad, lo que demuestra la necesidad ineludible de dar solución inmediata a dicha problemática, generada en la mayoría de los casos, por la carencia o ausencia de asesoramiento efectivo que se ha intentado remediar por diferentes canales sin resultados óptimos, obligando a que sea en un Manual, en el que se advierta de las principales inconsistencias para ser entregado a todos los asesores en las tres Fuerzas.

A manera de ejemplo, se pueden citar, entre otros, los siguientes pronunciamientos a los cuales se hará mención en la guía que se entrega como anexo:

- Proceso seguido al C3. ROBINSON TORRES SIERRA, en el que hubo necesidad de nulitar la providencia de primera instancia por ausencia de notificación del pliego de cargos, al apoderado e investigado, y por no dárseles la oportunidad de presentar alegatos de conclusión.
- Proceso seguido al señor SS. OSCAR JULIAN RESTREPO SANCHEZ, en el que hubo de nulitarse las pruebas, toda vez que las mismas fueron practicadas antes de haberse ordenado indagación preliminar o investigación disciplinaria, encontrándonos incluso, en presencia de una inexistencia.

En el mismo proceso, hubo la necesidad de decretar la nulidad de la providencia de primera Instancia, por incumplimiento de los requisitos formales del auto de cargos, y por ausencia de defensa técnica.

- Proceso seguido al señor SP. (r) HERIBERTO TIRADO SILVA, en el que fue nulitada la providencia de primera instancia, por violación al principio de legalidad de la falta y de la sanción.

Un ítem que agrava la situación, lo constituye las posibles demandas ante el Contencioso Administrativo donde muy seguramente se percatarán las fallas con el consecuente perjuicio económico para la Institución. Además, no se puede olvidar que si esto ocurre con las investigaciones de competencia del señor

Comandante General FFMM, qué se podrá pensar de aquellas que no llegan a esta instancia.

Por tanto, se debe aplicar recta justicia disciplinaria sin consecuencias personales ni pecuniarias, razones todas éstas en la que estriba la justificación del presente trabajo de interés Institucional.

2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Como quiera que las irregularidades que con mayor frecuencia se presentan en las investigaciones disciplinarias, ya han sido identificadas, se procederá con cada una de ellas, a ofrecer las explicaciones y análisis pertinentes, con apoyo en la jurisprudencia, la doctrina y en los fallos emitidos por el Comando General de las Fuerzas Militares, para evitar que las mismas se sigan presentando en las investigaciones futuras.

Tales anomalías procedimentales son las siguientes:

- Incumplimiento de los requisitos formales del auto de cargos.
- No se analizan las pruebas que establezcan la comisión de la faltas.
- No se elevan cargos, técnica, ni jurídicamente.
- No se indica la descripción y determinación de la conducta.
- No se da la oportunidad de presentar alegatos de conclusión.
- Versión libre y espontánea, sin que se den a conocer los derechos del investigado.
- Violación al principio de legalidad de la sanción.
- Incorrecta imputación de la falta descrita en el numeral 30 del artículo 58, de la ley 836 de 2.003 (en consideración a ser un “tipo en blanco”, el operador disciplinario habrá de remitirse al Código Penal para llenarlo).
- Error en la distinción entre falta y cargo.
- Abstención del A-quo, de considerar la solicitud de pruebas.
- No otorgar el recurso de reposición sobre la negativa de practicar las pruebas.
- Práctica de pruebas sin que se haya ordenado Indagación preliminar o investigación disciplinaria.

- Falta de motivación de la decisión.
- Ausencia de defensa Técnica.
- Se imputan faltas que fueron declaradas inexequibles, o que no se encuentran tipificadas como tales.
- Se transcribe la norma que se considera vulnerada, sin que se indiquen las pruebas que configuran la falta.
- Imputación de la falta en forma genérica, sin que se especifique si se transgredió toda o parte de ella.
- No se formula cargo alguno.
- Análisis de la prueba, no significa transcripción de las mismas.
- Ausencia de notificación del pliego de cargos, al apoderado y al investigado.
- Incompetencia del funcionario que profirió el pliego de cargos.
- No se da traslado al disciplinado de la prueba trasladada.
- Ausencia de valoración probatoria en el auto de cargos, como en el fallo.
- Se profiere fallo, sin que se haya elevado pliego de cargos.

En la guía que se entrega como anexo, se explicará en detalle cada una de estas irregularidades, y se presentarán ejemplos de las mismas.

2.1. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿Cómo solucionar el alto índice de nulidades que se reportan en los procesos disciplinarios que se tramitan en las Fuerzas Militares?

2.2. OBJETIVO GENERAL

Elaborar una guía en la que se plasmen las directrices sustantivas y adjetivas a tener en cuenta en la Instrucción, calificación y decisión de las investigaciones disciplinarias que se adelantan al interior de las Fuerzas, objetivo que se desarrollará a partir de la revisión jurisprudencial disciplinaria, de las directrices que sobre el particular ha proferido el Comando General de las Fuerzas Militares y de la doctrina de varios connotados tratadistas sobre la materia.

2.3. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

2.3.1. Revisar la jurisprudencia de la Corte Constitucional, emitida en torno a los aspectos procedimentales del proceso disciplinario, cuyos parámetros servirán como fundamento para la solución de las inconsistencias detectadas.

2.3.2. Proporcionar a los asesores en materia disciplinaria, los pronunciamientos que en segunda instancia ha emitido el Comando General de las Fuerzas Militares, al momento de detectar las nulidades.

2.3.3. Revisar la doctrina sobre los tópicos generadores de nulidad en los procesos disciplinarios.

3. FUNDAMENTACIÓN DEL PROYECTO

3.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

Desde la expedición de la ley 836 de julio 16 de 2.003, “Régimen disciplinario de las Fuerzas Militares”, ha sido una constante en la Oficina Asesora del Comandante General de las Fuerzas Militares, la detección de gran cantidad de nulidades que se reportan en los procesos, lo que obligó a la programación de varios congresos en ésta materia, con el fin de unificar criterios y crear conciencia en un área tan sensible dentro de las Fuerzas Militares, como lo es la disciplinaria, uno de los pilares fundamentales de la Institución.

El objetivo se ha venido cumpliendo, pero el devenir propio de la Institución armada, sigue generando problemas que requieren inmediata solución, entre otros muchos, la ausencia o alta rotación de los Asesores jurídicos que deben atender los procesos disciplinarios, razón por la cual se ha estimado conveniente la expedición de una guía que sirva como herramienta permanente y de primera mano para la solución de los diferentes conflictos generadores de nulidad.

4. MARCO TEÓRICO

Es una realidad innegable la serie de nulidades que presentan las investigaciones disciplinarias adelantadas al interior de las Fuerzas Militares, tópico éste que ha sido igualmente preocupación de la doctrina, destacándose por sus comentarios, entre otros, el Dr. Jaime Mejía Ossman, quien en su obra¹, fija los parámetros básicos para evitar que la figura de la Nulidad se convierta en una constante en éste tipo de actuaciones.

Tal es así, que el señor General Freddy Padilla de León, Comandante General de las Fuerzas Militares, al hacer la presentación de la obra del citado autor, indica que la misma coadyuvará a evitar las continuas declaratorias de nulidad en que se incurre por desconocimiento y falta de claridad de los principios Constitucionales y legales que rigen dicho procedimiento. Expresó el señor General lo siguiente:

*“Constituye un aporte importante para el personal Militar con atribuciones disciplinarias, toda vez que compila de una manera clara la normativa Constitucional y legal vigente, las posiciones doctrinales y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, permitiendo a dichos funcionarios contar con un instrumento que coadyuvará a la correcta interpretación de la ley 836 del 16 de julio de 2.003 “Reglamento de Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares”, evitando con ello las continuas declaraciones de nulidad, en que se incurrirá por desconocimiento y falta de claridad de los principios Constitucionales y legales que deben regir éstos procedimientos”.*²

¹ MEJÍA OSMAN, Jaime. Principios Constitucionales y Legales, Ley Disciplinaria Fuerzas Militares de Colombia, 1ª Edición, Bogotá D.C.; Talleres Gráficos de Stilo Impresores Ltda. 2006.

² Presentación al libro, MEJÍA OSMAN, Jaime. Principios Constitucionales y Legales, Ley Disciplinaria Fuerzas Militares de Colombia, 1ª Edición, Bogotá D.C.; Talleres Gráficos de Stilo Impresores Ltda. 2006. por el General Freddy Padilla de León, Comandante general de las fuerzas militares.

Otro tanto, es la preocupación que sobre esta materia, ha puesto de manifiesto el Dr. Silvio San Martín Quiñones Ramos, en una de sus obras³, y en sus disertaciones y múltiples conferencias y congresos en que ha participado, sentando su postura sobre las implicaciones y consecuencias que dichas actuaciones generan para el proceso en sí, y en especial para el sujeto disciplinable.

Señala el autor en la presentación de la obra en cita:

“... que es una herramienta dirigida de manera especial a todos los servidores públicos, particulares y abogados que están en contacto con el tema disciplinario sancionatorio, cuyo objetivo principal es presentarles una precisa ilustración de su normatividad, con concordancias constitucionales y legales vigentes, así como una sinopsis jurisprudencial de las principales sentencias de Constitucionalidad y la más autorizada doctrina que sobre el tema existe en el país.

Así mismo, ésta obra permite al lector, consultar de manera ordenada, con los respectivos tiempos y las indicaciones pertinentes, cómo deben llevarse las etapas del proceso disciplinario sancionatorio, a través de flujogramas de procedimiento que se diseñaron con un propósito pedagógico y para que el debido proceso se cumpla a entera cabalidad.

Esta obra, además de ser un aporte a la función social que dentro del Estado de Derecho debe cumplir cualquier profesión, a lo cual no puede sustraerse la noble profesión del abogado, es igualmente una invitación para que quienes de una u otra forma tengan la necesidad de conocer o

³ QUIÑONES RAMOS, Silvio San Martín. Código Disciplinario Único, Ley 734 de febrero 5 de 2.002, Concordancias, Jurisprudencia y Doctrina, 1ª Edición, Santiago de Cali, Talleres de Centro Gráfico Ltda.

aplicar el Código Disciplinario único lo hagan con respecto a los principios que gobiernan la actuación disciplinaria...⁴

Por su parte, la Procuraduría General de la Nación, por conducto de la Dra. Martha Helena Quintero Quintero, en su obra⁵, también hace un claro, preciso y detallado análisis de ésta vicisitud que se presenta en estos procesos, aduciendo que:

“La nulidad en materia disciplinaria consiste en el pronunciamiento que se hace por parte del operador jurídico sobre la ausencia de valor o fuerza de una o varias decisiones, proferidas dentro del proceso disciplinario, dejándolas sin efecto por ser contrarias a las disposiciones que rigen la materia o por la carencia de solemnidades que se requieren en la sustancia o en el acto.

Se erige entonces la nulidad como la sanción para el funcionario competente mediante la cual se dejan sin efecto actos procesales producidos por él en ejercicio de la función administrativa, en éste caso dentro del proceso disciplinario, por no ajustarse a la ritualidad que para su elaboración ha establecido la ley; determinación que se adopta a través de una decisión proferida por el A-quo o por su superior funcional, ya sea a solicitud del implicado o de oficio.

Igualmente, para la jurisprudencia Constitucional las nulidades consisten en tomar ineficaces los actos procesales que se han realizado con violación de los requisitos que la ley ha instituido para la validez de aquellos; y a través

⁴ QUIÑONES RAMOS, Silvio San Martín. Código Disciplinario Único, Ley 734 de febrero 5 de 2.002, Concordancias, Jurisprudencia y Doctrina, 1ª Edición, Santiago de Cali, Talleres de Centro Gráfico Ltda. Presentación. p V.

⁵ QUINTERO QUINTERO, Martha Helena, Nulidades en el Proceso Disciplinario, 1ª Edición, Bogotá D.C.; Imprenta Nacional, 2005.

de ellas se controla la regularidad de la actuación procesal, y se asegura a las partes el derecho Constitucional al debido proceso^{6,7}

Basta en consecuencia, la mención de los anteriores autores, para destacar la importancia que éste tema tiene para quienes aplican diariamente el derecho disciplinario al interior de las Fuerzas Militares.

La realización de esta guía se sustenta en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que será citada a medida que se aborde cada una de las inconsistencias procesales detectadas, así como en la doctrina existente sobre cada uno de esos tópicos y, finalmente en los pronunciamientos proferidos por el Comandante General de las Fuerzas Militares, siendo ésta en esencia, la metodología a utilizar.

⁶ Sentencia C-394 del 8 de Septiembre de 1994, M.P. Antonio Barrera Carbonel

⁷ QUINTERO QUINTERO, Martha Helena, Nulidades en el Proceso Disciplinario, 1ª Edición, Bogotá D.C.; Imprenta Nacional, 2005. p. 15-16

5. MARCO INSTITUCIONAL

El Comando General de las Fuerzas Militares, preocupado por la problemática a la que se ha venido haciendo alusión, la cual fue presentada a la Escuela Superior de Guerra como una propuesta de trabajo Institucional, han dado su aval para que a partir de la experiencia, se condense en una guía la solución a ese cúmulo de falencias procedimentales, con miras a reducirlas a cifras aceptables desde el punto de vista legal, y con la proyección de que éste trabajo tenga como real beneficiario, no solo al Asesor jurídico encargado de sustanciar las providencias, sino en general a todos los operadores disciplinarios.

6. MARCO LEGAL

El principal soporte de la presente monografía descansa en la Constitución Política de Colombia, en la ley 836 de julio 16 de 2.003 “Régimen disciplinario de las Fuerzas Militares”, en los pronunciamientos que sobre la ley, ha efectuado la Corte Constitucional, en las decisiones proferidas por el Comandante General de las Fuerzas Militares en los procesos de su competencia y en la doctrina de los más connotados tratadistas.

En cuanto a la citada ley se refiere, en su artículo 160 describe las causales de nulidad, siendo las más recurrentes, la violación del derecho de defensa, y la existencia de irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso, las que por demás tienen consagración Constitucional en su artículo 29.

Cabe anotar, igualmente, que con fundamento en el Artículo 161 de la misma codificación disciplinaria, en cualquier estado de la actuación en que el funcionario de conocimiento advierta que existe alguna de las causales previstas en el artículo 160, decretará la nulidad parcial de lo actuado desde el momento que se presentó la causal, y ordenará que se reponga la actuación que dependa del acto declarado nulo para que se subsane lo afectado.

Igual tratamiento se da a éstas causales en la ley 734 de 2.002 “Código disciplinario único”, lo que determina la importancia y relación inescindible que ambas codificaciones dan a éste tema, ampliamente desarrollado como arriba se indicara, por la Jurisprudencia y la doctrina Nacional.

7. MATERIAL Y MÉTODOS

El presente trabajo de investigación, tiene como fundamento esencial, las circulares Números **4836** del 9 de octubre de 2.007, en la que se condensaron las principales inconsistencias en el adelantamiento y fallo de los procesos disciplinarios; **5254** del 31 de octubre de 2.007, en la que se hace la presentación estadística de las diferentes irregularidades advertidas en los procesos disciplinarios para los años 2.004, 2005 y 2.006, en el Congreso disciplinario que programó la Fuerza Aérea en el año 2.007; **131596** del 29 de octubre de 2.004, en la que se hace la presentación de la nulidades del año 2.003, y **4610** del 25 de agosto de 2.006, en la que se hace la presentación de las nulidades de 2.004 y 2.005, así como en las estadísticas de los últimos años, en las que se reflejan los altos índices de nulidad detectados en los procesos de competencia del Comandante General de las Fuerzas Militares, documentos todos éstos que fueron recopilados, sistematizados, procesados y analizados, para arribar a las conclusiones que aquí se presentan.

8. CONCLUSIONES

La experiencia adquirida en la Oficina de Asuntos disciplinarios y Administrativos del Comando General de las Fuerzas Militares, ha permitido establecer que una de las principales preocupaciones de los Asesores jurídicos, es la de no contar con un documento unificador de las principales falencias al interior de los procesos disciplinarios, en el que, además de identificarlas y decantarlas, se condensen las soluciones frente a cada una de ellas, y que sirva a la vez como herramienta permanente de consulta.

Con la guía que se entrega como anexo, se logrará, a más de solucionar las falencias procedimentales ya detectadas, que se aplique una recta y cumplida justicia disciplinaria al interior de las Fuerzas Militares, como quiera que el fortalecimiento de la disciplina, debe ser un compromiso permanente en la lucha contra los factores de corrupción a que se ve sometido el sector defensa.

El cúmulo de nulidades que se logrará reducir a través de la cabal aplicación de la guía, se orienta a la vez a que la facultad disciplinaria no se siga disipando en el tiempo, pues el ideal es que se adelanten investigaciones con total ceñimiento a la ley, que las mismas sean ágiles y que si hay lugar a la aplicación de sanciones, que las mismas sean ejemplarizantes.

La guía que se entrega como anexo, se constituye en una valiosa herramienta para apoyar a los Asesores Jurídicos en el papel para el cual han sido llamados a servir a la Institución, en consideración a que el resultado de muchas investigaciones, es ineficaz frente a la indisciplina que se procura atacar, pues muchas de ellas culminan en impunidad, debido precisamente a los desatinos procedimentales con los que se adelantan, los que son generadores de las nulidades que se espera poder corregir.

La consigna esencial de éste trabajo, se orienta hacia la erradicación de las investigaciones mal instruidas y deficientemente calificadas y falladas, en consideración a que la pretensión se circunscribe al acatamiento estricto de los principios mínimos que gobiernan la actuación, como son, el debido proceso y el derecho de defensa.

8.1 RECOMENDACIONES

Habiéndose detectado claramente las fallas y siendo el objetivo erradicar las falencias sustantivas y procedimentales generadoras de nulidad en los procesos disciplinarios, se recomienda la difusión y entrega de la guía que se presenta como anexo, a todo el personal de Asesores Jurídicos de las Fuerzas Militares, como también al personal de abogados que en el futuro ingresarán a adelantar curso de escalafonamiento, con el propósito que la identificación de tales irregularidades, sea general y permanente y se eliminen definitivamente de las actuaciones, para que las mismas se surtan no solo con la agilidad que el hecho demanda, sino con el total apego al derecho de defensa y al debido proceso.

Con fundamento en lo anterior, se evitará que el investigado se vea avocado a la indeterminación de su responsabilidad y expuesta la imagen institucional por la continua y permanente presentación de anomalías que nunca podrán ser la regla, sino escasamente la excepción.

BIBLIOGRAFÍA

Constitución Política de Colombia., Editorial Linotipia Bolívar y Cía. S. en C. Segunda edición, 1992

DELGADO RODRÍGUEZ, Ana Patricia. Nuevo Código Disciplinario Único Concordado. Ley 734 de 2.002. Medellín, Coimpresos, 2002.

Ley 836 de julio 16 de 2003 "Régimen disciplinario de las Fuerzas Militares".

LÓPEZ GARZÓN, Edgar. Guía Práctica del Procedimiento Disciplinario, Bogotá, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., 2002.

MEJÍA OSSMAN, Jaime, Código Disciplinario Único, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2003.

MEJÍA OSSMAN, Jaime. Principios Constitucionales y Legales. Ley Disciplinaria Fuerzas Militares de Colombia, Bogotá, Talleres Gráficos Stilo Impresores Ltda, 2006.

Pronunciamientos de Segunda Instancia proferidos por el Comandante General de las Fuerzas Militares.

QUINTERO QUINTERO, Martha Helena. Nulidades en el Proceso Disciplinario. Bogotá, Imprenta Nacional, 2005.

QUIÑÓNEZ RAMOS, Silvio San Martín. Código Disciplinario Único. Ley 734 de febrero 05 de 2.002. Concordancias, jurisprudencia y Doctrina. Bogotá, Ed. Centro Gráfico Ltda., 2005.

RORY FORERO, José, De las Pruebas en Materia Disciplinaria, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005.

VELÁSQUEZ GÓMEZ, Iván. Manual de Derecho Disciplinario, Medellín, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda, 1999.

VILLEGAS GARZÓN, Oscar. El Proceso Disciplinario, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003.

Fuentes Internet:

Jurisprudencia Corte Constitucional

www.constitucional.gov.co

ANEXO A

Se anexa la "Guía Práctica para la solución de los errores más comunes en los procesos disciplinarios", la cual presenta la siguiente estructura:

- Enumeración e identificación de cada una de las causales de nulidad que con mayor frecuencia se presentan al interior de los procesos disciplinarios.
- Explicación de cada una de ellas, con fundamento en la jurisprudencia, en la doctrina, y en los pronunciamientos del Comandante General de las Fuerzas Militares, en su condición de fallador de segunda Instancia.

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
1. Incumplimiento de los requisitos formales del auto de cargos	5
2. No se analizan las pruebas que establezcan la comisión de la falta.....	10
3. No se elevan cargos técnica, ni jurídicamente.	12
4. No se indica la descripción y determinación de la conducta	15
5. No se da la oportunidad de presentar alegatos de conclusión.....	19
6. Versión libre y espontánea, sin que se den a conocer los derechos del investigado	23
7. Violación del principio de legalidad de la falta y la sanción	29
8. Incorrecta imputación de la falta descrita en el numeral 30 del artículo 58, ley 836 de 2003	33
9. Error en la distinción entre falta y cargo	34
10. Abstención del a-quo de considerar la solicitud de pruebas	37
11. No otorgar el recurso de reposición sobre la negativa de practicar pruebas...	40
12. Práctica de pruebas sin que se haya ordenado indagación o investigación disciplinaria.	41
13. Falta de motivación de la decisión	42
14. Ausencia de defensa técnica	47
15. Se imputan faltas que fueron declaradas inexequibles o que no se encuentran tipificadas como tales.	52
16. Se transcribe la norma que se considera vulnerada, sin que se indiquen las pruebas que configuran la falta	55

17. Imputación de la falta en forma genérica sin que se especifique si se transgredió toda o parte de ella.....	61
18. No se formula cargo alguno	65
19. Análisis de la prueba no significa transcripción de las pruebas.	66
20. Ausencia de notificación del pliego de cargos al apoderado e investigado.....	68
21. Incompetencia del funcionario que profirió el pliego de cargos.....	69
22. No se da traslado al disciplinado de la prueba trasladada.	70
23. Ausencia de valoración probatoria en el auto de cargos como en el fallo.....	72
24. Se profiere fallo sin que se haya elevado pliego de cargos	73

GUIA PRÁCTICA PARA LA SOLUCIÓN DE LOS ERRORES MÁS COMUNES EN LOS PROCESOS DISCIPLINARIOS

El fundamento de la presente guía, lo constituye la Circular No. 4836 CGFM-CGING-INGDA-743 del 9 de octubre de 2007, en la cual, el señor General Comandante General de las Fuerzas Militares, efectuó un sucinto pero contundente análisis de la problemática disciplinaria que se vive al interior de las Fuerzas, enunciando las principales irregularidades que en dichos procesos se suceden, y por lo mismo, configurando un patrón común de ellas, que se elevan a la categoría de nulidades y que es preciso corregir inmediatamente, las que por demás han sido advertidas a través de circulares, seminarios y congresos, y que ahora mediante esta Guía se pretende, no solo citarlas sino desarrollarlas, y con apoyo de la jurisprudencia, la doctrina y los pronunciamientos del Comandante General de las FF.MM. en las providencias que tocan estos tópicos, brindarle al operador disciplinario y a su asesor jurídico una herramienta de carácter permanente y porque no, indispensable, dada la alta rotación de este último personal en las diferentes unidades, además de la constante incorporación de miembros a la institución.

Preciso entonces recordar, a manera introductoria, lo que se dijo en la circular citada sobre este asunto, pues la vigencia de ésta cobra hoy actualidad dado que la problemática subsiste:

*“El **fortalecimiento de la disciplina** no solo es un lema sino una política institucional que a nivel de objetivo estratégico se han fijado las Fuerzas Militares, por tanto debe ser un compromiso permanente en la lucha contra los factores de corrupción a que se ve sometido el sector defensa.*”

Ingentes esfuerzos se han venido realizando en los últimos años en procura de aumentar no solo el número sino la calidad de los Asesores Jurídicos Militares que atienden las investigaciones disciplinarias y administrativas, amén de su rol propio en las diferentes áreas de asesoría que brindan a los Comandantes. Sin embargo, pareciera a veces que va más rápido el quebrantamiento de la disciplina que los mecanismos de prevención y sanción frente a todos aquellos actos que merecen algún reproche, bien sea mediante correctivos para su encausamiento o con la debida sanción para que la legitimidad no se vea menoscabada. Es precisamente sobre esta última situación que nos debemos detener, porque con preocupación ve este Comando que la facultad disciplinaria se disipa en el tiempo sin que se obtenga resultado, particularmente frente al acto oprobioso que causa mella en la imagen institucional, sobre el cual se ha de fijar como propósito permanente investigaciones ágiles y sanciones ejemplarizantes.

La consigna es entonces erradicar investigaciones mal instruidas y deficientemente calificadas y falladas, en consideración a que la pretensión no es más que la exigencia al acatamiento estricto de los principios mínimos que gobiernan la actuación como son el debido proceso y el derecho de defensa”.¹

Teniendo como base el planteamiento del Comando General, las nulidades recaen principalmente sobre las siguientes causales:

¹ Circular No. 4836- CGFM-CGING-INGDA-743 del 9 de octubre de 2.007

1. INCUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS FORMALES DEL AUTO DE CARGOS

Se citará al efecto al tratadista Oscar Villegas Garzón quien en su obra “El Proceso Disciplinario”, con juiciosa argumentación discurre sobre el pliego de cargos y describe la nulidad que puede afectar a éste por la ambigüedad en su formulación al inculpado.

Indica el citado autor que:

“El pliego de cargos constituye una providencia de especial importancia en el proceso disciplinario y con ella se define la incriminación concreta que el Estado-jurisdicción le hace a un sujeto disciplinable a quien considera presunto autor de una falta disciplinaria.

De su innegable trascendencia se ha ocupado la jurisprudencia y la doctrina al punto que el pliego acusatorio se considera como el núcleo del proceso investigativo que si se dan las exigencias recogidas en el artículo 162 (184 de la Ley 836 de 2003) no queda alternativa distinta a la de proferir esta decisión de cargos.

...el pliego de cargos –al igual que en su contexto ocurría con el auto de citación a audiencia- constituye pieza medular dentro del proceso disciplinario pues sin él no será posible dictar fallo sancionatorio; se trata de un auto interlocutorio toda vez que define aspecto sustancial de la actuación en cuanto, de una parte, sitúa la relación del investigado frente al proceso al confirmarlo como sujeto procesal y, de otra parte, materializa la acusación que el Estado-jurisdicción le hace a quien considera como persona que tiene comprometida su responsabilidad”.²

² VILLEGAS GARZÓN, Oscar. El Proceso Disciplinario. Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003: p. 529

Por tanto, la ostensible vaguedad o ambigüedad de los cargos y la imprecisión de las normas en que se fundamenta, es una más de las causales por la cual habrá de nulitarse un proceso, en consideración a la existencia de irregularidades sustanciales que lo afectan.

La nulidad radicará entonces en la imprecisión de la norma que se estima violada y que se traduce en una eventual falta disciplinaria. Bien lo anota el tratadista Villegas Garzón cuando afirma que:

*“Esta adecuación debe ser lo más precisa posible, al punto que si la conducta encaja en varios numerales, hay que señalar el que más se aproxime a la realidad histórica y a las pruebas, porque si se señalan todas las normas que se piensa fueron transgredidas, lo que se termina es haciendo doble, triple o cuádruple imputación, con violación al debido proceso y menoscabo del derecho de defensa. Esta separación de una conducta única en pluralidad de faltas disciplinarias, o en pluralidad de normas transgredidas, conduce a la nulidad del proceso. La desmembración de la conducta viola una de las bases fundamentales del derecho de defensa”.*³

Importante mencionar que el pliego de cargos no solo es nulo por lo anotado sino que la nulidad podría recaer también por la variación que se haga de él, conmutación que por demás no está prohibida en la ley, simplemente que si se hace no violente las garantías procesales y se incurra en los mismos errores de la inicial formulación de cargos, pues no basta que se indique que no es ésta sino aquella conducta, sino que es necesario que dicha modificación venga precedida

³VILLEGAS GARZÓN, Oscar. El Proceso Disciplinario. Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003; p. 544

del análisis que la nueva calificación impone, y claro está, que se dé la oportunidad al disciplinado de solicitar y/o aportar nuevas pruebas.

Refiere sobre el particular Villegas Garzón que:

*“Advertido el error se debe proceder a la variación lo que no implica, de manera forzosa, repetir de nuevo la integridad del pliego de cargos (aunque puede ser aconsejable), según el caso, sino explicar la nueva incriminación que se hace, superado el error, o efectuado el ajuste a partir de la prueba sobreviniente”.*⁴

Concordante con lo anterior, la transcripción literal de cada prueba carece de sentido, de lo que se trata es de efectuar un análisis crítico de acuerdo con las reglas de la sana crítica, reflejado en el grado de convicción que cada una ofrezca. La prueba debe ser objeto de valoración, no bastando por tanto la simple enunciación de las probanzas sin ningún tipo de reflexión, las pruebas deben cribarse, sopesarse, ser estudiadas y analizadas y expresar hasta donde ellas soportan cada una de las acusaciones que se hacen a los disciplinados.

Se recalca entonces que la nulidad puede recaer porque el hecho constitutivo de la falta disciplinaria no fue objeto de una adecuada calificación. Se ha dicho ya, la importancia que tiene la resolución del auto acusatorio en un proceso de este talante. Por ende, si allí es donde el Estado materializa los cargos, evidente es que, ellos deben aparecer diáfanos, precisos e indubitables, porque de lo contrario, se reitera, se vulneran derechos constitucionales, como las formas del juicio y el derecho de defensa.

⁴ VILLEGAS GARZÓN, Oscar. El Proceso Disciplinario. Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003

Por su parte también se aprecia en los procesos que es débil el análisis de las pruebas que determinan la comisión de la falta, como la que establece la presunta responsabilidad y culpabilidad de los disciplinados, pues sin desconocer que la misma pueda ser aportada a la investigación no es objeto de análisis en los términos indicados en la norma, no bastando por tanto la mera transcripción de éstas. Y finalmente, la ausencia de análisis de culpabilidad.

Al respecto se pronunció la Doctora Martha Helena Quintero en su obra "Nulidades en el proceso disciplinario", cuando expuso sobre el particular lo siguiente:

***"Análisis de la prueba en que se fundamenta el cargo.** Este constituye un requisito esencial para que el auto de cargos pueda erigirse en la columna vertebral del proceso disciplinario llevado a cabo, porque del análisis probatorio surgen las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se realizaron los hechos, por acción u omisión.*

No basta entonces con hacer una relación de los medios probatorios obrantes en el proceso, sino que cada uno de ellos debe ser objeto de calificación y valoración precisa, porque sobre esta valoración el disciplinado muy seguramente ejercerá su derecho de defensa.

Si no se cumple con este requisito, esta omisión indefectiblemente se erige como causal de nulidad, porque ataca el derecho de defensa del acusado, pues esta garantía procesal precisamente obliga a que se le informe de manera clara y precisa sobre cuáles pruebas se edifica la imputación de que está siendo objeto y respecto de la cual tendrá que defenderse.

***...La forma de culpabilidad.** En materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva. Las faltas solo son sancionables a título de dolo o culpa.*

Requisito de carácter esencial, de modo que su pretermisión genere sin lugar a duda la nulidad de lo actuado.

El artículo 13 del NCDU (Nuevo Código Disciplinario Único) permite afirmar que mientras en el derecho penal el dolo y la culpa son modalidades de la culpa, en el derecho disciplinario son formas de culpabilidad, lo que nos lleva en la formulación del auto de cargos a tener especial cuidado en su análisis.

El legislador de 2002 consagró taxativamente tal requisito, hoy de obligatorio cumplimiento en la redacción y elaboración del auto de cargos, máxime cuando, como lo ha sostenido el precedente jurisprudencial, sólo se vulnerará el régimen jurídico por conductas realizadas de manera culposa o dolosa”.⁵

Se concluye este aparte indicando lo expresado por la autora Martha Helena Quintero:

“El respeto por el cumplimiento de los requisitos formales del auto de cargos continúa erigiéndose como el pilar que sostiene el proceso disciplinario. Estos requisitos fueron ajustados en el Nuevo Código Disciplinario Único acogiendo los lineamientos jurisprudenciales en esta materia, especialmente en cuanto a la exigencia para que se analice la forma de culpabilidad del disciplinado, se realice un análisis de la prueba en que fundamentan los cargos y los argumentos expuestos por los sujetos procesales, garantizándose con mayor fuerza el derecho de defensa y el debido proceso, lo cual redundará a favor del disciplinado y obliga al operador jurídico disciplinario a tener un mayor cuidado en su formulación”.⁶

⁵ QUINTERO QUINTERO, Martha Helena. Nulidades en el Proceso Disciplinario, Bogotá, Imprenta Nacional, 2005; p. 65 y 66

⁶ *Ibidem*, p. 58

2. NO SE ANALIZAN LAS PRUEBAS QUE ESTABLEZCAN LA COMISIÓN DE LA FALTA.

Como se ha venido señalando, uno de los requisitos sustanciales del Auto de cargos, es el de la necesidad de hacer la descripción de la conducta violatoria del derecho, deber, prohibición, inhabilidad, etc., señalando por separado la prueba en que se fundamenta cada uno de los cargos, de suerte que para garantizar el adecuado ejercicio del derecho de defensa, cuando se trate de varias faltas disciplinarias, se deben describir las conductas de manera separada, con indicación expresa de la norma infringida **y de las pruebas en que se soporta cada cargo.**

De otra parte, no debe perderse de vista que el artículo 152 de la ley 836 de 2003, dispone que toda providencia disciplinaria deba fundarse en pruebas legalmente producidas y allegadas al proceso, lo cual permite su valoración y contradicción en la instancia y por ende, garantiza el derecho de defensa del implicado.

Ahora bien. Además del señalamiento de las pruebas en que se fundamenta cada uno de los cargos, el artículo 156 de la ley 836 de 2003, ordena la **apreciación integral de las pruebas**, esto es, su valoración en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, considerando prudente en éste punto, señalar lo que al respecto manifestara el tratadista Devis Echandía, en los siguientes términos:

“... Para esta labor de valoración de los diversos medios de prueba, tomados en conjunto, el juez no debe hacer distinción alguna en cuanto al origen de la prueba, como lo enseña el principio de su comunidad o adquisición; es decir, no interesa si llegó al proceso inquisitivamente por actividad oficiosa del juez o por solicitud o a instancia de parte y mucho menos si proviene del demandante o del demandado o de un tercero

interventor. Por otra parte, como dijimos al estudiar el principio de la unidad de prueba, los diversos medios aportados deben apreciarse como un todo, en conjunto, sin que importe ese resultado sea adverso a quien lo aportó, porque no existe un derecho sobre su valor de convicción; una vez que han sido aportadas legalmente, su resultado depende sólo de la fuerza de convicción que en ellas se encuentre.

“Para una correcta apreciación no basta tener en cuenta cada medio aisladamente, ni siquiera darle el sentido y alcance que realmente le corresponda, porque la prueba es el resultado de los múltiples elementos probatorios reunidos en el proceso, tomados en su conjunto, como una “masa de pruebas” según la expresión de los juristas ingleses y norteamericanos. Es indispensable analizar las varias pruebas referentes a cada hecho y luego estudiar globalmente los diversos hechos, es decir, “el tejido probatorio que surge de la investigación”, agrupando las que resulten favorables a una hipótesis y las que por el contrario la desfavorezcan, para luego analizarlas comparativamente, pesando su valor intrínseco y, si existe tarifa legal, su valor formal, para que la conclusión sea una verdadera síntesis de la totalidad de los medios probatorios y de los hechos que en ellos se contiene...”.⁷

No sobra anotar que de conformidad con lo establecido en el artículo 152 de la ley 836 de 2003, para que las pruebas puedan ser valoradas por quien tiene la labor de hacerlo, las mismas deben haber sido allegadas al proceso disciplinario

⁷ Devis Echandía, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. Ed. Zavalia, 3ª. Ed., Buenos Aires, 1976; p. 305-306

cumpliendo con los requisitos de legalidad en cuanto a su producción, pues de lo contrario, como expresamente lo consagra el artículo 159 de la ley 836 de 2003, serán inexistentes.

3. NO SE ELEVAN CARGOS TÉCNICA, NI JURÍDICAMENTE.

Frente a ésta causal tan reiterativa de nulidad que se presenta en los procesos disciplinarios de conocimiento del Comando General de las Fuerzas Militares, no debe perderse de vista por parte de los operadores en ésta materia, que en el artículo 184 de la ley 836 de 2003, se señalan claramente los requisitos tanto formales como sustanciales del auto de cargos, y que son los siguientes:

1. El medio por el cual se han conocido los hechos, y la narración y descripción sucinta de los mismos y de la conducta investigada, con indicación de las circunstancias de tiempo modo y lugar en que se realizó.

Cabe señalar igualmente, que en cuanto a éste requisito se refiere, la descripción que se haga de la conducta, debe comprender todas las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que la misma se realizó, pues de ello depende tanto la presentación de los descargos por parte del implicado, como su análisis al momento del fallo, evitándose del mismo modo, la formulación de unos cargos ambiguos, que como se sabe, constituye una de las causales de nulidad, según se encuentra establecido en el artículo 160 de la ley 836 de 2.003.

2. Una breve indicación del soporte probatorio de cada uno de los hechos, debiéndose aclarar en éste punto, que no se trata de hacer una reproducción exacta de cada uno de los medios de convicción legalmente

allegados al proceso disciplinario, sino de la mención de sus aspectos más relevantes.

Conviene igualmente señalar en cuanto a éste presupuesto se requiere, que tampoco se hace menester hacer mención de todos los medios de prueba recaudados, sino de los que resulten conducentes y pertinentes para la adopción de las decisiones que en derecho correspondan.

3. La individualización e identificación del posible o posibles autores de las faltas que son materia de investigación, indicando además sus grados y cargos, y las entidades en las que se desempeñaban para la fecha de la comisión de las mismas, así como la fecha o época aproximada de su ocurrencia.
4. Análisis de las pruebas que establezcan la comisión de la falta o faltas por cada uno de los cargos.
5. Análisis de las pruebas que establezcan la presunta responsabilidad y culpabilidad del disciplinado, por cada uno de los cargos, debiéndose agregar que cuando la investigación verse sobre varias faltas disciplinarias, se deben indicar las conductas en forma aislada, haciendo una expresa indicación de la norma o normas infringidas, así como de las pruebas en que se fundamenta cada cargo.
6. Determinación jurídica de la naturaleza de la falta, con indicación de la norma que la contiene.
7. La forma de culpabilidad para cada uno de los inculpados y respecto de cada uno de los cargos.

Como puede apreciarse, ésta providencia por medio de la cual se hace la formulación de los cargos a un implicado, no es de libre elaboración por parte de los operadores disciplinarios, como quiera que se constituye en la columna dorsal del proceso, siendo esta la razón por la cual, la no observancia de tales presupuestos, se constituye en causal de nulidad como lo dispone el artículo 160 de la ley 836 de 2003.

Sobre éste punto, el tratadista Iván Velásquez Gómez, ha dicho lo siguiente:

“... Para una correcta formulación del auto de cargos que no dé lugar a la nulidad, debe tenerse en cuenta que la descripción de la conducta violatoria del derecho, deber, prohibición, inhabilidad, incompatibilidad o impedimento exigida por el numeral 5 del artículo 92 C.D.U. [actualmente artículo 184.1 de la ley 836 de 2003] no puede hacerse de manera genérica, imprecisa o ambigua, esto es, “ que pueda entenderse de varios modos o admitir distintas interpretaciones y dar, por consiguiente, motivo a dudas, incertidumbre o confusión”, según definición del Diccionario de la Lengua Española.

Puede afirmarse que una adecuada descripción de la conducta será aquella que comprenda todas las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ella se realizó; que individualice cada uno de los comportamientos reprochados sin mezclarlos, cuando se trate de varias faltas disciplinarias; que, en fin, concrete con toda claridad los elementos específicos que tipifican la falta de manera que no quede ninguna duda acerca de cuál fue la acción o la omisión del investigado que dio lugar a la acusación.

En cuanto a la segunda parte de esta causal, esto es, la imprecisión de las normas en que se fundamenten los cargos, el examen de su violación debe ser en extremo cuidadoso pues una conducta bien puede estar tipificada como falta disciplinaria en diversas disposiciones que, conforme a los

numerales 4 y 6 del artículo 92 C.D.U., [actualmente artículo 184.6 de la ley 836 de .003] se le deben indicar al investigado en el auto de cargos, de suerte que la omisión en la determinación de una de ellas dentro de un criterio absolutamente formalista, podrían dar al traste con la actuación.

Como entre la descripción de la conducta y las normas que se señalan como infringidas existe una indisoluble ligazón, lo que debe observarse para efectos de la nulidad es que la adecuación típica que se propuso en el auto de cargos cumpla mínimamente con el propósito de señalarle al investigado cual es el contenido preciso de la acusación. Citar algunas normas en exceso que no correspondan a la tipificación de la falta u omitir otras que no la afectan, no constituirá por lo tanto un vicio sustancial que afecte la validez de la actuación. Naturalmente, en éste último caso el fallo no podrá considerar las disposiciones omitidas y el análisis tendrá que reducirse forzosamente a las citadas.”⁸

4. NO SE INDICA LA DESCRIPCIÓN Y DETERMINACIÓN DE LA CONDUCTA

Como ya se había indicado, al hacer mención de los requisitos formales y sustanciales previstos en el artículo 184 de la ley 836 de 2.003, uno de ellos es precisamente el de hacer la descripción de la conducta violatoria del derecho, deber, prohibición, inhabilidad, etc., señalando por separado la prueba en que se fundamenta cada uno de los cargos, existiendo igualmente la necesidad (cuando se trate de varias faltas disciplinarias) para garantizarle al implicado el adecuado

⁸ VELÁSQUEZ GÓMEZ, Iván, Manual de Derecho Disciplinario, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., 2ª Edición, 1999

ejercicio del derecho de defensa, de describir las conductas por separado, haciendo expresa mención de las normas infringidas y de las pruebas en que se fundamenta cada cargo.

Cabe anotar en igual sentido, que la descripción de la conducta que se le endilga al implicado, debe contener todas las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que la misma se realizó, pues sólo de esa manera se facilita la presentación de los descargos, y además de ello, se facilita para el operador disciplinario el análisis de la conducta al momento de emitir el fallo correspondiente, y finalmente, sin ser lo menos importante, se evita la vaguedad o ambigüedad de los cargos, que como ya lo vimos, se constituye en una de las causales de nulidad contempladas en el artículo 160 de la ley 836 de 2003.

Para ilustrar de mejor manera la necesidad de que en el auto de cargos, se debe hacer una clara indicación y determinación de la conducta, traemos a colación los apartes esenciales de la providencia emitida por la Procuraduría General de la Nación, en el siguiente radicado, en el que hubo necesidad de decretar la Nulidad de lo actuado:

Radicación: 161-00417 (013-31777/99, Disciplinado: Hernando Martínez Aguilera, Cargo y Entidad: Alcalde Municipal de Villavicencio, Quejoso: Yesid Ballén Vargas, Fecha queja: Octubre 1º. de 1999, Fecha Hechos: Diciembre 24 de 1997, Asunto: Declaratoria de Nulidad.

“...Advierte esta Sala Disciplinaria que la redacción y estructura del auto de cargos no son discrecionales, sino que está estricta y suficientemente reglada por la respectiva ley, en el caso de autos por la ley 734 de 2002, artículo 163, en forma tal, que la pretermisión de alguno de sus elementos,

puede determinar la nulidad de la actuación, cuando aquella se adecua en alguna de las causales taxativas descritas en el artículo 143.

Entre las garantías procesales que el artículo 29 de la Constitución Política consagra, se encuentra que nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de las formas propias de cada juicio.

Si la anterior preceptiva constitucional se aplica al auto de cargos formulado al señor Hernando Martínez Aguilera, se debe concluir que el mismo no cumple a cabalidad con los requisitos exigidos por el artículo 163 de la ley 734 de 2002 (aplicable en cuanto al procedimiento al asunto en examen), como básicos para que una pieza procesal de esta naturaleza nazca a la vida jurídica.

Efectivamente, el artículo 163 del nuevo C.D.U. exige, de un lado, la descripción y determinación de la conducta investigada que se formula al acusado como cargo y, de otro, un riguroso proceso de adecuación típica que consiste en subsumir el hecho en la norma legal que lo describe, como que se deben citar las normas presuntamente violadas y el concepto de la violación, concretando la modalidad específica de la conducta, las cuales deben estar vigentes para la época de los hechos.

En el caso examinado, la Sala observa que el auto de cargos en contra del señor HERNANDO MARTINEZ AGUILERA, fue proferido el 17 de septiembre de 2002 (folio 433 a 438), en vigencia de la ley 734 de 2002, por lo que el procedimiento a seguir era el regulado en la citada ley, por lo que el contenido de la decisión de cargos tenía que ajustarse a lo establecido en el artículo 163. En el auto de cargos al disciplinado únicamente se le citó como norma presuntamente violada, el artículo 34 numerales 1, 2 y 10, de

la ley 734 de 2002, normatividad sustantiva que no estaba vigente para la época de los hechos, pues éstos tuvieron ocurrencia de diciembre de 1997 a diciembre de 1999 y hasta abril del 2000, y la ley 734 empezó a regir el 5 de mayo de 2002.

Concatenando el artículo 163 de la ley 734 de 2002, en el que se regula el contenido de la decisión de cargos, con el artículo 29 de la Constitución Política, en el que establece el debido proceso, necesariamente hay que concluir que cuando en el numeral 2 del artículo 163 de la citada ley se señala que el auto de cargos deberá contener “las normas presuntamente violadas...”, se refiere a las normas sustantivas que se encontraban vigentes al momento de la comisión del hecho y mientras éste se mantiene en el tiempo.

De otro lado, revisada la decisión proferida por la Procuraduría Primera Delegada Vigilancia Administrativa con fecha 29 de octubre de 2003, observa esta Sala Disciplinaria que pese a haberse advertido tal irregularidad, se procedió a emitir fallo absolutorio, situación que no comparte esta instancia porque la omisión de este requisito sustancial no se subsana declarando la absolución del disciplinado y menos aún puede sustentar el fallo objeto de alzada, porque en este último debe observarse el principio de congruencia entre el auto de cargos y el fallo.

Al omitirse en el auto de cargos citar las normas sustantivas vigentes para el año de 1997 a 2000, fecha en que sucedieron los hechos, se incurrió en una irregularidad sustancial que afectó el derecho constitucional fundamental del debido proceso, la que se erige en la causal de nulidad descrita en el numeral 3 del artículo 143.

Aparte de lo anterior, en el artículo 144 de la ley 734 del 2002 se establece la declaratoria oficiosa de la nulidad, al señalar que “En cualquier estado de

la actuación disciplinaria, cuando el funcionario que conozca del asunto advierta la existencia de alguna de las causales previstas en la norma anterior, declarara la nulidad de lo actuado”.

Por lo expuesto, se declarará la nulidad de lo actuado en este proceso a partir de la providencia de cargos emitida el 17 de septiembre de 2002, inclusive (folios 433 a 438), y se ordenará que se reponga la actuación anulada, pero conservando plena validez las pruebas allegadas y practicadas legalmente...⁹

5. NO SE DA LA OPORTUNIDAD DE PRESENTAR ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

Es clara la postura que sobre el particular tiene el Comando General Fuerzas Militares, quien en reiteradas providencias ha expresado la irregularidad que se comete al omitirse tan alto derecho del investigado, que se traduce en violación al debido proceso por omisión a los sujetos procesales para presentar alegatos de conclusión, al efecto expresó:

“Es una realidad que revisada la investigación esta carece de una etapa en la que se brinde a la defensa la posibilidad de rendir alegatos antes del fallo de Primera Instancia, constituyendo esta falencia en una vulneración del Debido Proceso que necesariamente debemos corregir.

El artículo 13 del Reglamento de Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares de Colombia consagra que “En la interpretación y aplicación de este reglamento prevalecerán los principios rectores que determinan la Constitución Política, la ley 734 de 2002 y la presente ley”.

⁹ Procuraduría General de la Nación, Radicación: 161-00417 (013-31777/99)

Ante tal norma imperativa, es deber del servidor público que pretende aplicar la ley 836 de 2003, interpretar sistemáticamente las normas dando prelación a los principios rectores, pues lo estipulado en la normatividad disciplinaria no es más que el desarrollo de los citados principios.

La interpretación y aplicación de la ley disciplinaria militar, debe entonces regirse por parámetros lógicos y objetivos sin que jamás se opongan a los valores y derechos consagrados positivamente, pues los intereses jurídicos son protegidos y garantizados por el procedimiento disciplinario de manera cierta e indiscutible a través de los principios rectores.

Al permitir el artículo 13 de la Ley Disciplinaria Militar la remisión a la ley 734 de febrero 5 de 2002, el cual a su vez contempla la aplicación de los Principios Rectores del Código Penal, es absolutamente claro que en materia disciplinaria se aplica el inciso 3º del artículo 6º del Código Penal (ley 599 de julio 24 de 2000), los cuales permiten la aplicación analógica de normas y principios en aquellos aspectos que sean favorables.

Por lo anterior, se hace necesario implementar no solo en los procesos ordinarios sino también en los abreviados de competencia de las Fuerzas Militares, la etapa de alegatos antes del fallo de Primera Instancia, como quiera que es un derecho de los disciplinados que se encuentra previsto en el numeral 8º del artículo 92 de la Ley 734 de 2002, siendo indispensable dar cuenta de ellos en el fallo de Primera Instancia, tal como lo prevé el numeral 4º del artículo 170 de la norma ídem.

Es así que mediante circulares No.134671 CGFM-ING-ADYA-743 del 1º de diciembre de 2004, No. 134448 del 19 de septiembre de 2005 y No. 4480 del 17 de julio de 2006, el Comando General dio instrucciones al Comando del Ejército Nacional para que difundiera a todas sus Unidades acerca de la

necesidad de implementar la etapa de alegatos en los procesos disciplinarios del personal militar".¹⁰

Tal omisión genera nulidad de la actuación por violación del Derecho de Defensa consagrado en el numeral 2 del artículo 160 de la ley 836 de 2003. En la misma decisión que acaba de citarse, se indicó lo siguiente:

"El término de traslado es de cinco (5) días de conformidad con la sentencia de la Corte Constitucional C-107 de 2004 y Resolución No. 089 del 25 de marzo de 2004 de la Procuraduría General de la Nación, término que comienza a correr a partir de la notificación personal del auto correspondiente, al tener las características del consagrado en el artículo 103 de la ley 734 de 2003.

De conformidad con lo expresado en el numeral 8º del artículo 92 de la ley 734 de febrero 5 de 2002 (aplicable por mandato de los artículos 106 y 198 de la ley 836 de julio 16 de 2003), habiéndose vencido el término probatorio, se ordena dar traslado al disciplinado para que presente dentro de los cinco (5) días hábiles, contados a partir del día siguiente de la ejecutoria de la notificación del presente auto, los correspondientes alegatos de conclusión.

La notificación de esta providencia, se surte por estado, según las previsiones contenidas en el artículo 129 de la ley 836 de 2003.

Con relación a este tema, el Procurador General de la Nación en Resolución No. 089 de marzo 25 de 2004, expresó: "Los sujetos procesales tienen derecho a presentar alegatos de conclusión antes del fallo de primera o única instancia. Para tal efecto, de conformidad con lo señalado por la Corte Constitucional en sentencia C-107 de 2004, el día siguiente al

¹⁰ Decisión adoptada en el proceso seguido al señor C3. Robinson Torres Sierra, 27 de Noviembre de 2.006

*de la fecha de vencimiento del término probatorio si se decretaron y practicaron pruebas o al de la fecha de vencimiento del término para presentar descargos, en caso contrario, mediante auto se dispondrá que el expediente quede a su disposición por cinco (5) días, término establecido de conformidad con el artículo 165 del Código de Procedimiento Penal, aplicable por remisión permitida en el artículo 21 de la ley 734 de 2002”.*¹¹

Con respecto a los alegatos de conclusión se pronunció la Corte Constitucional en Sentencia C-107 de 2004 en la que manifestó:

*“la dinámica de los alegatos de conclusión tiene la virtualidad de facilitarle a los interesados o contendientes la oportunidad para esgrimir sus argumentos culminantes en procura de sus propios derechos e intereses; y de otra, tal dinámica se ofrece a los ojos de la autoridad administrativa o del juez correspondiente como un conjunto de razonamientos que a manera de referente interpretativo les permite examinar retrospectivamente todas y cada una de las actuaciones surtidas”.*¹²

Sobre el tema de los alegatos de conclusión es preciso traer a colación, algunos apartes de los doctrinantes Jaime Mejía Ossman y Silvio San Martín Quiñones Ramos, quienes en su obra sostienen lo siguiente:

“(…) La norma transcrita no encontraba similar en la pasada Ley Disciplinaria, la cual consideramos beneficiosa al derecho de defensa y al derecho de contradicción del disciplinado, pues este mecanismo le permite controvertir las argumentaciones que en su contra le formula el operador

¹¹ Decisión adoptada en el proceso seguido al señor C3. Robinson Torres Sierra, 27 de Noviembre de 2.006

¹² Sentencia C-107 de 2.004 Corte Constitucional, M.P. Jaime Araújo Rentería

disciplinario, convirtiéndose el defensor o el investigado, además, en un direccionador del resultado de la investigación.

Si la ley disciplinaria permite, como derecho del investigado, el presentar alegatos de conclusión antes del fallo de primera o de única instancia, es muy claro que dicha decisión debe quedar plasmada en un auto de sustanciación, que así lo ordene con el fin de que se conozca dicha determinación y el término que se tiene para alegar, auto susceptible del recurso de reposición de conformidad con lo prescrito en el artículo 180 del Código Contencioso Administrativo, por remisión del artículo 96 inciso 2º de la ley 734 de febrero 5 de 2002".¹³

6. VERSIÓN LIBRE Y ESPONTÁNEA, SIN QUE SE DEN A CONOCER LOS DERECHOS DEL INVESTIGADO

Lo primero que se debe tener en cuenta es que la versión libre y espontánea es uno de los derechos del investigado, como sujeto procesal, según lo enseñan el artículo 92 de la ley 734 de 2002, y el artículo 124 de la ley 836 de 2003.

Es pertinente dicha precisión, en cuanto la naturaleza jurídica del "derecho del disciplinado", le da una connotación distinta a la de prueba dentro del proceso. En tal virtud, la diligencia de versión libre y espontánea no es prueba en sí misma, pues lo que tiene tal carácter es, por ejemplo, el aporte documental que en ella se hiciera o la confesión de la conducta investigada, o la imputación que en relación con terceros surgiera (caso en el cual se deberá tomar juramento al deponente).

Una nota común de los derechos del investigado, enlistados en el artículo 124 de la ley 836 de 2003, es el carácter disponible de los mismos, lo cual significa que el

¹³ "Procedimiento Disciplinario", Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá 2004, Pág. 472 y 480,

implicado bien puede hacer o no uso de estos, sin que ello afecte la legalidad de la actuación.

Así por ejemplo, puede o no designar defensor, puede o no aportar, controvertir o intervenir en la práctica de las pruebas, puede o no rendir descargos, puede o no impugnar las decisiones, etc.

En cuanto hace a la diligencia de versión libre, debe reiterarse que es del resorte exclusivo del implicado, pues debe nacer de su voluntad la intención de dar su versión de los hechos ante el investigador. Por eso es "espontánea"; no puede ser impuesta.

La diligencia de versión libre se asemeja a la indagatoria en materia penal; ambas se reciben a la persona comprometida y están orientadas a que ellas, libre de cualquier apremio o coerción, rindan un relato de los hechos y de su participación en los mismos; más que un medio probatorio tales diligencias constituyen un medio de defensa, precisamente porque es la oportunidad para que la persona comprometida explique las circunstancias que rodearon los sucesos y la conducta que es objeto de investigación.

Conforme a lo dicho, pueden tenerse en cuenta para el proceso disciplinario las condiciones que se imponen para la recepción de la citada diligencia en los procesos penales, en el sentido de que sólo está autorizado para recibirlas el funcionario instructor, siendo éste el único que puede interrogar; se debe realizar en presencia del investigado y de su defensor, cuyo papel es totalmente pasivo, pues no puede interrogar ni participar en la diligencia y tampoco debe insinuar respuestas al investigado ni contestar por él.

En consecuencia, si existen limitaciones para el defensor en relación con su representado, con mayor razón deben hacerse extensivas a quien sea apoderado de otra persona. Ahora bien, aunque no hay norma que autorice o prohíba la

presencia de éstos en dichas actuaciones, es claro que no podrían asumir ninguna actitud activa en la misma y por imposición del principio del ejercicio del derecho de defensa de manera personal, sin presión alguna, no se debe permitir la presencia de otros defensores.

Conviene traer a colación en éste punto, el concepto No. 238 emitido con fecha 16 de agosto de 2.006 por la Dra. María Leonor Rueda Rueda, Procuradora Auxiliar para Asuntos Disciplinarios, a propósito de la consulta elevada por la Dra. Sandra Liliana Portela Tarquino, Jefe de la Oficina de Control Disciplinario interno del D.A.S., en el que se hace una clara disertación en torno a la Versión libre, como uno de los derechos que le asisten al investigado:

*“...A propósito de la versión libre, se debe recordar lo que expresó la Corte Constitucional, en sentencia C-430 del 4 de septiembre de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell, al declarar inexecutable la expresión **«aquél la recibirá cuando considere que existen dudas sobre la autoría de la falta que se investiga. En caso contrario negará la solicitud con auto de trámite»** del artículo 147 de la ley 200 de 1995:*

*“...ARTÍCULO 147, Ley 200 de 1995. Oportunidad para rendir exposición. Quien tenga conocimiento de la existencia de una investigación disciplinaria en su contra y antes de que se le formulen cargos, podrá solicitar al correspondiente funcionario que le reciba la exposición espontánea; **aquél la recibirá cuando considere que existen dudas sobre la autoría de la falta que se investiga. En caso contrario negará la solicitud con auto de trámite.***

(...) 2.7. Según el demandante la norma del artículo 147 desconoce el derecho de defensa del investigado, en la medida en que queda a discreción del funcionario la recepción o no de la exposición

espontánea, cuando ella constituye un derecho que tiene el investigado, y porque la oportunidad para rendir dicha exposición se restringe a partir de la apertura de la investigación disciplinaria, y en todo caso antes de que se le formulen cargos, con lo cual se lesiona su derecho a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra.

La disposición acusada se encuentra incluida dentro de las normas del Capítulo III del Título VIII del C.D.U. que regulan la etapa de la investigación.

Interpretada en su contexto literal podría dar lugar a que se piense que con anterioridad a la investigación, esto es, dentro de la indagación preliminar no es procedente la rendición de dicha exposición. Sin embargo, el criterio de la Corte es bien diferente, pues considera de que dentro de dicha indagación **es posible que el inculpado pueda solicitar que se le reciba su exposición espontánea, porque al igual que la indagatoria en los procesos penales ella es un acto de defensa, en cuanto tiene como finalidad fijar con claridad la posición de quien es señalado como presunto infractor de una norma penal, contravencional disciplinaria sobre su presunta culpabilidad, en el sentido de que puede admitir su responsabilidad, con o sin condicionamientos, o no aceptarla y, en tal virtud, reiterar su presunción de inocencia. Ambas posiciones, indudablemente tienen repercusiones en el adelantamiento y en el resultado de la actuación disciplinaria.**

Esta Corte en varias sentencias ha sostenido que el derecho de defensa debe asegurarse permanentemente, es decir, tanto en la etapa de la investigación previa como en la investigación y en el juicio, Sentencias C-150/93 M.P. Fabio Morón Díaz; C-411/93 M.P. Carlos

Gaviria Díaz; C- 412/93 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz., por lo tanto, no se justifica que se restrinja el derecho a rendir exposición en la etapa de la indagación preliminar.

En las condiciones anotadas, no encuentra la Corte razonable ni proporcionada a la finalidad que pretende perseguirse –eventualmente la economía procesal o la eficiencia y la eficacia para la administración de la actuación disciplinaria- el que quede a la voluntad del funcionario recibir o no la exposición espontánea que solicita el inculpado, pues siendo ella como se dijo un acto de defensa, no existe justificación alguna valedera para su restricción...”¹⁴

En el mismo concepto, continúa diciendo la señora Procuradora lo siguiente:

“...Por lo anterior, ha de entenderse que para someter o vincular a un servidor público, bien a una indagación preliminar, bien a una investigación disciplinaria, se debe cumplir con los requisitos establecidos en los artículos 150, 152 y siguientes de la Ley 734 de 2002; esto es, que, por lo menos, en términos generales, el posible autor de la falta se encuentre identificado; proceder de otra forma es atentar contra los derechos fundamentales al debido proceso y al derecho de defensa. Si no está identificado el posible autor, se debe llegar a ello, en el caso de que sea viable, a través de los medios probatorios establecidos en el artículo 130 del C.U.D.

¹⁴ Concepto No. 238 emitido con fecha 16 de agosto de 2.006 por la Dra. María Leonor Rueda Rueda, Procuradora Auxiliar para Asuntos Disciplinarios

En resumidas cuentas, la respuesta, tocante a los posibles derechos vulnerados en las situaciones descritas en las preguntas 3 a 7, es la siguiente:

En el interrogante 3, si no hay auto de indagación preliminar que vincule a los disciplinados a la actuación disciplinaria y se les recibe versión libre, no se les vulnera ningún derecho fundamental, puesto que, precisamente, la finalidad de la averiguación de responsables es recaudar las pruebas para el esclarecimiento de la verdad y el hecho de que se les cite a versión no significa que ya queden vinculados definitivamente al proceso, pues el análisis de dicha vinculación se hace en el momento de hacer la respectiva evaluación y allí se decide si hay mérito o no para abrir investigación disciplinaria.

Sobre el interrogante 4, es viable oír en versión libre a varios disciplinados vinculados a la indagación mediante auto de indagación; pero dicha providencia, según el artículo 101 de la Ley 734 de 2002, debe ser notificada de manera personal, la cual debe cumplirse una vez producida la decisión mediante la citación del investigado, quien tiene que presentarse en la secretaría del despacho que profirió la decisión en el término allí fijado, determinándose que en caso de que éste no lo haga, procede como medida supletoria la notificación por edicto (artículo 107 CDU).

En tal virtud, si no se ha cumplido con la notificación se desconoce el principio de legalidad al que están comprometidas las autoridades judiciales y administrativas, «razón por la cual, éstas se encuentran obligadas a respetar las formas propias de cada juicio y a asegurar la efectividad de todas las garantías constitucionales básicas como son el derecho de defensa, de contradicción, de impugnación, etc. En estos términos, el deber de salvaguardar dichas garantías constitucionales le impone a las autoridades

públicas, la obligación de motivar sus determinaciones y de publicarlas de conformidad con los sistemas de comunicación previstos en la ley. De ahí que esta Corporación haya definido el derecho fundamental al debido proceso, como la regulación jurídica que de manera previa limita los poderes del Estado y establece las garantías de protección a los derechos de los individuos, de modo que ninguna de las actuaciones de las autoridades públicas dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentren sujetas a los procedimientos señalados en la ley. Mirar entre otras, las Sentencias T-467 de 1995, T-238 de 1996 y T-061 de 2002» (sentencia C-641 de 2002 Corte Constitucional).

Por consiguiente, se pueden vulnerar el derecho al debido proceso y a la defensa, consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política...”¹⁵

7. VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LA FALTA Y LA SANCIÓN

El principio de legalidad se encuentra consagrado en el artículo 3 del Reglamento de Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares de Colombia, en los siguientes términos: **“Legalidad.** *Los destinatarios de éste reglamento sólo serán investigados y sancionados disciplinariamente por comportamientos que estén descritos como falta en la ley vigente al momento de su realización”.*

Este principio igualmente se describe con el aforismo “nullum crimen, nulla poena, nulla mensura sine lege scripta, stricta, certa et praevia”, siendo varias las consecuencias que se derivan de ese principio de raigambre Constitucional, como

¹⁵ Concepto No. 238 emitido con fecha 16 de agosto de 2.006 por la Dra. María Leonor Rueda Rueda, Procuradora Auxiliar para Asuntos Disciplinarios

lo expone el tratadista Fernando Velásquez, en su obra "Derecho Penal", en los siguientes términos:

"... En primer lugar, la ley tiene que ser escrita, esto es, está prohibido acudir al derecho consuetudinario para crear supuestos de hecho, penas o medidas de seguridad; la costumbre (...) no tiene eficacia de fuente constitutiva de figuras ni de sanciones de índole penal, ni permite imponerlas o aplicarlas.

"Así mismo, en segundo lugar, la ley tiene que ser estricta, lo cual es consecuencia de la prohibición de la aplicación analógica de la ley penal, pues el intérprete no puede llenar los vacíos de la misma acudiendo a una norma semejante o similar, so pretexto de que donde hay la misma razón debe regir la misma disposición. En consecuencia; no se pueden crear figuras penales ni consecuencias jurídicas por vía analógica, así sea para agravar o imponer las que ya ha contemplado la ley; excepcionalmente sin embargo, se admite la analogía favorable al reo.

"En tercer lugar, la ley debe ser cierta. Esto es, rige la exigencia de certeza, determinación o taxatividad, según la cual, tanto las conductas punibles como las consecuencias jurídicas derivadas de ellas, incluyendo las medidas de seguridad, deben estar consagradas de manera clara, precisa, y determinadas en la ley para que no haya dudas en torno a su contenido y a sus alcances.

"Para terminar, en cuarto lugar, la ley debe ser previa, en razón de que ella rige para el futuro y no se puede aplicar a hechos perpetrados con

anterioridad a su entrada en vigencia. Sin embargo, por vía de excepción impera la aplicación retroactiva cuando la ley posterior es más favorable".¹⁶

Sobre el punto, resulta conveniente traer a colación los apartes esenciales de la siguiente providencia proferida por la Procuraduría Segunda Delegada para la vigilancia administrativa:

Bogotá D.C, 12 de junio de 20, Dependencia: Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa, Radicación: 025-119293-05, Disciplinado: José Edilberto Caicedo Sastoque, Cargo y entidad: Alcalde de Zipaquirá, Quejosos: Mario Alvarado Muñoz y Leonardo Robayo Ramírez, Fecha queja: 10 de febrero de 2005, Fecha hechos: 5 de mayo de 2004, Asunto: Fallo de segunda instancia:

"...Con relación al principio de legalidad, el comportamiento sancionable, las sanciones, los criterios para su determinación y los procedimientos previstos para su imposición, deben estar previamente definidos, en forma suficientemente clara, por la ley, es decir, que permita establecer con suficiente grado de certeza aquellas conductas infractoras del correcto funcionamiento de la función pública y las sanciones correspondientes por su realización, por un lado y, por otro, la relativa a la exigencia y existencia de una norma de rango legal, que convalide el ejercicio de los poderes sancionatorios en manos de la administración.

En el campo disciplinario, el principio de legalidad se encuentra reconocido en varias disposiciones constitucionales. En primer lugar, en los artículos 6 y 29 que establecen que los servidores públicos no pueden ser juzgados

¹⁶ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Derecho Penal, parte general. Ed. Temis, Bogotá, 2ª ed., 1995; p.223

sino conforme a las leyes preexistentes, y que sólo son responsables por infringir la Constitución y la ley. En segundo término, al disponer los artículos 122 y 123 que los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones se someterán a los comportamientos descritos en la Constitución, la ley y el reglamento y que, en todo caso, no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en la ley o reglamento. Y, finalmente, en el artículo 124 que le asigna al legislador la potestad normativa para crear, modificar o derogar el régimen de responsabilidad al que se someten los servidores del Estado. Esta última norma dispone que “la ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva”.

Esta positivización constitucional del principio de legalidad en el derecho disciplinario, le confiere un alcance netamente garantista a dicha especie del derecho punitivo del Estado. En efecto, el sujeto disciplinado tiene derecho a conocer anticipadamente cuáles son las conductas prohibidas y las sanciones que se derivan de su infracción. Al igual que puede exigir que su juicio se adelante conforme a los procedimientos preexistentes al acto que se le imputa y según las normas vigentes al momento de comisión del comportamiento antijurídico (artículo 29 Constitución Política).

*Adicional al principio de legalidad, en el derecho disciplinario, también resulta exigible el principio de tipicidad. De conformidad con esta garantía del debido proceso disciplinario, debe describir clara, expresa e inequívocamente las conductas que pueden ser sancionadas y el contenido material de las infracciones, así como la correlación entre unas y otras. Por tanto, mediante el principio de tipicidad se desarrolla el principio fundamental *nullum crimen, nulla poena sine lege*, es decir, la abstracta descripción que tipifica el legislador con su correspondiente sanción, debe ser de tal claridad que permita que su destinatario conozca, exactamente, la*

conducta punitiva; en principio, se debe evitar, pues, la indeterminación para no caer en una decisión subjetiva y arbitraria.

La aplicabilidad del principio de tipicidad en el campo disciplinario, exige que la conducta del servidor público, que la ley erige como falta, sea previamente definida por el legislador, así como la sanción correspondiente.

De esta manera, lo que se exige frente al derecho al debido proceso, que impida y erradique la arbitrariedad y el autoritarismo, que haga prevalecer los principios de legalidad y de justicia social, así como los demás principios y fines del Estado, y que asegure los derechos constitucionales, los intereses legítimos y los derechos de origen legal o convencional de todas las personas...¹⁷

De allí la importancia que el asesor jurídico este atento al acontecer judicial del país, y no peque de negligente imputando faltas o imponiendo sanciones que no correspondan al comportamiento realizado, por haber salido ésta o aquella del ordenamiento legal.

8. INCORRECTA IMPUTACIÓN DE LA FALTA DESCRITA EN EL NUMERAL 30 DEL ARTÍCULO 58, LEY 836 DE 2003

Respecto a la causal que se aborda, es absolutamente impreciso que se eleven cargos por *“Realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión*

¹⁷ Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa, Radicación: 025-119293-05.

o como consecuencia de la función o cargo o abusando del mismo” ¹⁸ y dicha vaguedad radica en que nos encontramos en presencia de un tipo en blanco que es necesario llenar, así entonces, con dicha redacción no se indica cuál fue la realización objetiva de la descripción típica consagrada en la ley como delito, no bastando citar la serie de declaraciones vertidas en el proceso, sino que es necesario se indique con toda claridad cuál fue la conducta, porque de no ser así se podría responsabilizar y sancionar fácilmente a un miembro de la institución sin que esta sepa exactamente cuál fue su falta.

Reitérese por tanto que por encontrarnos en presencia de un tipo en blanco el operador disciplinario está en la obligación de llenarlo, citando la conducta por la cual se va a encausar al inculpado, es decir, habremos de remitirnos en qué descripción típica del Código Penal se adecua la conducta del investigado.

9. ERROR EN LA DISTINCIÓN ENTRE FALTA Y CARGO

Se debe precisar, y es lo importante, que si bien el **cargo** y la **norma** presuntamente violada son requisitos que se parecen no son los mismos. La ley 836 de 2003 habla del primero en el numeral 1 del artículo 184, y del segundo, en su numeral 6. Por su parte la ley 734 de 2002 se refiere al primero en el numeral 1 del artículo 163, y al segundo, en su numeral 2. Por consiguiente la nulidad en un proceso también aplica por lo expuesto.

La Doctora Martha Helena Quintero Quintero en su obra “Nulidades en el Proceso Disciplinario” explica el alcance y contenido de estos requisitos así:

¹⁸ Ley 836 de 2003, artículo 58, numeral 30.

“Cabe precisar al presente estudio que de los requisitos señalados precedentemente, los que destacan mayor fuerza para efecto de que su pretermisión genere nulidad son los siguientes:

“La descripción y determinación de la conducta investigada, con indicación de las circunstancias de modo, tiempo y lugar. La redacción de este punto específico exige, de una parte, que se le indique al servidor público investigado si con la conducta desplegada (positiva o negativa) desconoció un deber, un derecho o incurrió en alguna prohibición y, de otra, especificar el verbo rector que subsume la conducta, además de la fecha en que ocurrieron los hechos y el lugar donde se verificó la conducta investigada”.

*“El auto de cargos se erige entonces en la columna vertebral del proceso disciplinario, razón por la que este debe contener una acusación concreta, lejana de ambiguas y abstractas expresiones, porque lo esencial del reproche disciplinario es que este no dé lugar a obstáculos en la defensa del disciplinado, o que finalmente sea sancionado por motivos diferentes de los que figuran en el respectivo auto inculpatario; ello en el evento de que este no haya sido ampliado, modificado o aclarado”.*¹⁹

Por consiguiente la formulación de cargos no es la transcripción de la norma que se considera infringida, pues éstos apuntan a que el fallador de instancia le indique al investigado cuál es la acción que éste ejecutó con las circunstancias de tiempo, modo y lugar, señalándole que con esa conducta desplegada transgrede un precepto legal, y por lo mismo, que con ese obrar desconoce un deber, un derecho, o infringe una prohibición. Dicho en otras palabras, el cargo corresponde a la descripción de lo sucedido, es un acontecer fáctico que esta precedido de un verbo que se subsume a la vez en una conducta.

¹⁹ QUINTERO QUINTERO, Martha Helena, Nulidades en el Proceso Disciplinario, 1ª Edición, Bogotá D.C.; Imprenta Nacional, 2005; p. 61

La doctrinante en cita, señala igualmente como causal generadora de nulidad, la siguiente circunstancia:

“Las normas presuntamente violadas y el concepto de la violación, concretando la modalidad específica de las conductas. Aspecto este que hace referencia a la adecuación típica de la conducta, la cual una vez descrita en sus circunstancias es sometida a una actividad jurídica de aplicación del precepto legal que la concreta, y el cual exige una determinación previa legal de dicho comportamiento.

...Para una correcta formulación del auto de cargos que no dé lugar a la declaratoria de nulidad, debe tenerse en cuenta, como ya se indicó, que la descripción de la conducta violatoria del derecho, deber, prohibición, inhabilidad, incompatibilidad o impedimento, exigida en el numeral 2 del artículo 163 del NCDU, no se realice de manera genérica, imprecisa o ambigua; esto es, que de ella puedan derivarse varios modos o admitir varias interpretaciones.

Lo anterior, teniendo en cuenta que las normas legales consagran tipos en los que se establece una pluralidad de conductas señaladas a través de varios verbos rectores, cada uno de los cuales puede constituir un tipo autónomo, aun cuando estos estén dirigidos a la protección del mismo deber jurídico”.²⁰

²⁰ QUINTERO QUINTERO, Martha Helena, Nulidades en el Proceso Disciplinario, 1ª Edición, Bogotá D.C.; Imprenta Nacional, 2005; p. 61, 62 y 63

10. ABSTENCIÓN DEL A-QUO DE CONSIDERAR LA SOLICITUD DE PRUEBAS

Esta abstención por parte del A-quo, se traduce a no dudarle, en una clara vulneración de los principios de contradicción y defensa del investigado, pues no debe perderse de vista que éste último, de conformidad con lo establecido en el artículo 124 de la ley 836 de 2003, tiene derecho a conocer las diligencias, tanto en la indagación preliminar, como en la investigación disciplinaria para solicitar la práctica de pruebas, y para controvertir las que se alleguen en su contra.

Así las cosas, dentro de los derechos del disciplinado, se encuentra el de que se practiquen las pruebas conducentes por él solicitadas e intervenir en la práctica de las que estime pertinentes, pues de conformidad con lo normado en el Artículo 127 de la ley 836 de 2003, [adicionado en la sentencia C-555 del 31 de Mayo de 2001], la comunicación sobre la iniciación de la indagación preliminar o del proceso disciplinario, tiene por objeto que el disciplinado ejerza sus derechos de contradicción y de defensa, los cuales se materializan no sólo mediante el análisis del material probatorio desde la óptica del implicado, sino también a través de la práctica de pruebas que pretenden favorecer sus intereses o en virtud de la intervención en las decretadas oficiosamente, para que el órgano de prueba se refiera a aspectos específicos que pretenda demostrar en la actuación disciplinaria, aunque se debe aclarar que ese derecho se circunscribe a la práctica de aquellos medios de convicción que sean conducentes y pertinentes para contribuir a la claridad del punto en discusión, o dicho en otras palabras, aquellas que tengan relación con el tema y potencialmente aptas para acreditar lo que se pretende.

Clarificado lo anterior, es deber del A-quo pronunciarse positiva o negativamente acerca de la solicitud de práctica de pruebas efectuada por parte del disciplinado, como también que en el evento de la negativa, que dicho auto sea motivado. Sobre el punto, en cuanto al auto que niega la práctica de las pruebas solicitadas por el investigado y los recursos que contra tal providencia proceden, el estatuto disciplinario hace distinción en cuanto a que ello ocurra en la indagación preliminar o en el proceso, y en éste último evento, teniendo en cuenta la clase de procedimiento que se surte.

Para mayor claridad sobre el punto que se viene tratando, conviene traer a colación los apartes esenciales del concepto emitido con fecha 12 de agosto de 2003, por el Dr. Alfredo Alfonso Ariza Padilla, Procurador Cuarto Delegado para la Casación Penal, dentro del proceso No. 15.095, en el que se aprecia que realmente lo trascendente es que el funcionario se pronuncie en torno a la solicitud de práctica de pruebas, ya sea decretándolas, o negando su práctica, sin que por ello pueda abstenerse el funcionario de considerar la solicitud de las mismas:

“...En cuanto se relaciona con la presunta transgresión del principio de investigación integral, se limitó el demandante a relacionar algunas pruebas que en su sentir era necesario practicar, pero sin tener en cuenta que si bien la negativa en investigar lo favorable puede constituir causal de nulidad, los elementos de juicio dejados de allegar a la actuación deben referirse a aspectos fundamentales de la imputación, es decir los tendientes a demostrar la existencia o inexistencia del ilícito, de la responsabilidad del procesado o de cualquier circunstancia modificadora de la infracción en sus aristas esenciales, y en consecuencia la omisión en la práctica de diligencias dirigidas a verificar hechos simplemente accidentales o que se

encuentran acreditados en el expediente mediante otras pruebas, no afecta en ningún sentido el principio cuya vulneración se invoca.

El derecho a la prueba no implica una facultad ilimitada de llevar a cabo la actividad que se proponga la parte, pues, la misma ley procesal autoriza al funcionario judicial a rechazar la práctica de las legalmente prohibidas o ineficaces, las que versen sobre hechos notoriamente impertinentes y las manifiestamente superfluas, lo cual significa que cuando se demande en casación la afectación a dicha prerrogativa se deben individualizar los elementos de juicio omitidos, así como justificar su pertinencia.

En torno a la demostración de la trascendencia del vicio anunciado, ningún otro se observa al relacionado con la exposición del disenso del libelista en punto de las proyecciones de una sentencia opuesta a sus loables intereses de defensa, sin que cueste dificultad destacar que no realizó una confrontación hipotética entre lo que estaban llamadas a acreditar las pruebas que echa de menos, de modo que si se hubieran allegado a la actuación y tenido como sustento de la sentencia el sentido de esta habría sido diferente, esfuerzo que de todas formas ningún éxito habría alcanzado, toda vez que, como quedó visto, se trata de aspectos que ninguna incidencia tendrían en la determinación adoptada en el sentencia impugnada...”²¹

²¹ Concepto emitido con fecha 12 de agosto de 2003, por el Dr. Alfredo Alfonso Ariza Padilla, Procurador Cuarto Delegado para la Casación Penal, dentro del proceso No. 15.095,

11. NO OTORGAR EL RECURSO DE REPOSICIÓN SOBRE LA NEGATIVA DE PRACTICAR PRUEBAS.

Como acabamos de indicar en el apartado anterior, el legislador distingue claramente diversas situaciones en torno al momento en que se niega la práctica de pruebas, y los recursos que contra dicha providencia puedan interponerse.

Respecto de la procedencia del recurso de reposición, la ley 836 de 2003 claramente establece en el artículo 140, que *“El recurso de reposición procede contra los autos de sustanciación expresamente previstos en éste reglamento, contra los autos que niegan las pruebas solicitadas durante la Instrucción y contra los fallos de única instancia, y será decidido por el mismo funcionario que emitió la providencia recurrida.*

El Auto que resuelve la Reposición no es susceptible de recurso alguno, a menos que se refiera a aspectos no resueltos en la providencia inicial”²²

De la transcripción de la norma en cita, debe colegirse que en aquellos eventos en que el A-quo no de trámite al señalado recurso, a pesar de tener el mismo una consagración legal, está incurriendo en una clara vulneración del debido proceso y del derecho de defensa del implicado.

Conforme lo señala el artículo 140 de la ley 836 de 2003, la providencia que decide la reposición no es susceptible de recurso alguno, salvo que contenga puntos que no habían sido decididos en el auto impugnado, caso en el cual podrá interponerse recurso respecto de los puntos nuevos, debiéndose entender por punto nuevo al decir de Devis Echandía, *“... el contenido en las decisiones del*

²² Artículo 140 de la ley 836 de 2003

auto, es decir, en las resoluciones adicionales que adopte, y no los argumentos o fundamentos complementarios o sustitutivos que se tengan en cuenta para confirmar o modificar las conclusiones del primer auto. Cuando el auto que falla la reposición se limita a revocar total o parcialmente el anterior, no puede alegarse punto nuevo para una reposición...”

12. PRÁCTICA DE PRUEBAS SIN QUE SE HAYA ORDENADO INDAGACIÓN O INVESTIGACIÓN DISCIPLINARIA.

Sobre el particular es pertinente indicar que en muchos averiguatorios se aprecia que se allegan al expediente diligencias (pruebas) que no fueron ordenadas por investigación o indagación alguna, sobre las cuales se edifican los pronunciamientos subsiguientes del proceso, las que dicho sea de paso indicar no podrán ser tenidas en cuenta en consideración a que se genera nulidad por esta irregular aportación probatoria, circunstancia que por demás encuentra perfecta adecuación en el numeral 3 del artículo 160 de la codificación disciplinaria castrense, al indicarse en este, que es causal de nulidad la existencia de irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso.

Se constata, entonces, que a los expedientes se arriman declaraciones con fecha anterior a la apertura de formal investigación disciplinaria, por una parte, y por otra, sin que las mismas hubieren sido ordenadas por autoridad disciplinaria alguna, encontrándonos en consecuencia ante actuaciones viciadas de nulidad o mejor inexistentes.

La Doctora Martha Helena Quintero Quintero en su obra “Nulidades en el Proceso Disciplinario” señala esta particular novedad a que estamos haciendo referencia, indicando al efecto que dicha nulidad es una de las más frecuentes que se

presentan en este derecho sancionador, consistente en fundamentar la investigación en una etapa inexistente dentro de ésta. Indica la autora:

“Por lo tanto, las etapas del proceso disciplinario ordinario o verbal están claramente delimitadas en la normatividad en cita, las cuales corresponden a una necesidad procesal específica; de allí que una vez el ente investigador tiene conocimiento de la comisión de una posible falta disciplinaria (por queja o por informe), no puede ordenar la práctica de pruebas sin que se haya ordenado previamente indagación preliminar o apertura de investigación, porque sería agregarle al procedimiento disciplinario otra etapa, con lo cual se desconocería el debido proceso, ya que las pruebas deben incorporarse legalmente al expediente, es decir, deben ser solicitadas, ordenadas y practicadas dentro de los términos, oportunidades y etapas procesales previstos en la Ley”.²³

13. FALTA DE MOTIVACIÓN DE LA DECISIÓN

Como es de todos sabido, el proceso disciplinario, con independencia del número de disciplinados vinculados, de los cargos formulados o de los procesos acumulados, debe culminar mediante la adopción de un solo fallo, en el cual debe ser examinado de manera detallada y ordenada, el grado de responsabilidad de cada uno de los implicados, debiéndose destacar que no se trata de una providencia de libre formulación, sino que la misma debe cumplir una serie de requisitos claramente señalados en el artículo 191 de la ley 836 de 2003, y que son los siguientes:

²³ QUINTERO QUINTERO, Martha Helena. Nulidades en el Proceso Disciplinario, Bogotá, Imprenta Nacional, 2005; p. 53

1. *La identidad del Investigado*
2. *Resumen de los hechos*
3. *Un análisis jurídico probatorio, fundamento del fallo.*
4. *Análisis y valoración jurídica de los cargos imputados, y de los descargos. Si fueren varios los acusados, se hará por separado.*
5. *La Calificación de la Falta*
6. *El análisis de la culpabilidad*
7. *Las razones de la sanción o de la absolución*
8. *La exposición fundamentada de los criterios utilizados para determinar la graduación de la sanción.*
9. *La Decisión*²⁴

Son éstos requisitos, en esencia, los mismos que se señalan en la ley 734 de 2002, por lo que resulta conveniente traer a colación los apartes esenciales de la providencia emitida por la Procuraduría Primera delegada para la Vigilancia Administrativa, en la que al desatar el recurso de alzada contra el fallo disciplinario proferido por el A-quo, se decretó la nulidad de lo actuado desde el momento de la adopción de dicha decisión, precisamente ante la inobservancia de tales requisitos:

Dependencia: Procuraduría Primera Delegada Vigilancia Administrativa,
Radicación: 087-02036-03, Disciplinado: María Cristina Andrade Castillo, Cargo y entidad: Profesional Especializada del Grupo Trabajo Empleo y Seguridad Social,

²⁴ Artículo 191 de la ley 836 de 2003

Fecha queja: 03-10 de 2003, Fecha hechos: 02-10 de 2003, Asunto: Resolver recurso de alzada, Bogotá DC, 14 SET. 2005

“...En efecto, en el ordenamiento disciplinario vigente, Ley 734 de 2002, el Legislador enumera expresamente en el artículo 48 las faltas gravísimas con las que se puede infringir el deber funcional que le asiste al servidor público; en cambio, no hizo lo propio en relación con las faltas graves o leves, para ello acudió a otra técnica, consistente en, primero, indicar la base de la falta lo cual hizo en el artículo 50 ibídem, es decir, incumplir el deber abusando de los derechos, extralimitando las funciones, o violando el régimen de prohibiciones, impedimentos, inhabilidades e incompatibilidades o conflicto de intereses, consagrado en la Constitución o las leyes y, segundo, señalar los criterios para determinar cuando cierta conducta constituye falta grave o leve.

Dichos criterios aparecen claramente señalados en el artículo 43 ibídem, y hacen referencia al grado de culpabilidad, la naturaleza esencial del servicio, el grado de perturbación del servicio, la jerarquía y mando que el servidor público tenga en la respectiva institución, la trascendencia social de la falta o el perjuicio causado, las modalidades y circunstancias en que se cometió la falta, los motivos determinantes del comportamiento, si la falta se realiza con intervención de varias personas, ya particulares, ya servidores públicos.

De manera que la gravedad o levedad de una falta disciplinaria sólo puede determinarse en aplicación estricta de los mencionados criterios y solamente con base en ellos podrá el operador disciplinario definir sobre la responsabilidad final del disciplinado y por ende señalar la respectiva sanción que corresponda con observancia del principio de proporcionalidad.

Se observa en esta instancia, que el a-quo omitió la aplicación de los mencionados criterios en su tarea de fundamentar la calificación de la falta, requisito sine qua non a observar en el respectivo fallo de instancia, se limitó a expresar: "La falta en el Auto de Cargos No. 008 del 31 de mayo de 2005, se calificó provisionalmente como grave, teniendo en cuenta que con su actuar estaba incumpliendo un deber y la orden dispuesta por el señor Ministro de la Protección Social, Jefe Máximo de dicho Organismo, dando así mal ejemplo a los demás funcionarios de la Dirección Territorial Cauca". "De la prueba practicada a posteriori de los cargos, es decir prueba de descargos, no se vislumbra motivo por el cual se deba variar la calificación de la falta (...)".

Al omitir el fallador de instancia este requisito en el fallo, dejó sin razón o motivo la decisión final con que afianzó y aseguró la sanción impuesta a la aquí disciplinada.

De manera que evidenciada tal irregularidad y de tal naturaleza en el proceso disciplinario que nos ocupa, la consecuencia conduce a invalidar la actuación procesal por violación al debido proceso y al derecho de defensa, con fundamento en lo previsto en el artículo 143 numerales 2 y 3 de la Ley 734 de 2002, para retrotraer la actuación desde la Resolución 008 de 31 de mayo de 2005 por el cual se impuso a la disciplinada MARÍA CRISTINA ANDRADE CASTILLO, la sanción ya conocida...²⁵

Como ya se había indicado, y como se desprende de los apartes de la providencia que acaba de citarse, el fallo que se emita en materia disciplinaria debe redactarse cumpliendo con los requisitos exigidos por la norma ya citada, en el

²⁵ Procuraduría Primera Delegada Vigilancia Administrativa, Radicación: 087-02036-03.

que se haga de manera minuciosa un examen integral de todos los medios de convicción vertidos en la investigación, análisis que no solo debe limitarse a la posición propia del investigador, sino que al mismo tiempo debe dar respuesta a la valoración que de esas mismas pruebas efectuó el disciplinado.

En cuanto al cuarto requisito se refiere, esto es, el referente al análisis y valoración jurídica de los cargos imputados y de los descargos, señala el Dr. Iván Velásquez Gómez, lo siguiente:

“... Si como debió hacerse cumpliendo la disposición del primer numeral del artículo 93, los cargos se resumieron separadamente, ese debe ser un orden consecuente que se observará a lo largo de la providencia de manera que se examine separadamente con relación a cada uno de los disciplinados, cada una de las conductas atribuidas en cuanto a los argumentos de la defensa y a la valoración probatoria. Al final de cada análisis debe consignarse como conclusión si el cargo subsiste o si ha sido desvirtuado y, en el primer caso, cuáles fueron las normas infringidas.

Que se exija un pronunciamiento sobre todos los cargos resulta acertado, pues ello supone que el fallador de primera instancia ofrecerá todos los argumentos de que disponga para sostener o no la acusación y permite al sancionado controvertirlos al sustentar los recursos pendientes. De otro lado, esta exigencia obliga a cumplir el principio de congruencia, en tanto el fallador debe referirse a todos y cada uno de los cargos que se formularon.

Importa resaltar que en virtud del mencionado principio de congruencia, el fallador está limitado por el auto de cargos de suerte que no puede variar ni la manera como ellos fueron endilgados, ni las circunstancias que rodearon los hechos, ni las normas que se señalaron como violadas o como

*tipificadoras de la falta disciplinaria. El auto de cargos constituye, como se le conoció siempre al calificadorio en materia penal, “la ley del proceso” y a ella debe ceñirse el juzgador en su fallo.*²⁶

14. AUSENCIA DE DEFENSA TÉCNICA

Una particular circunstancia que se presenta dentro de las Fuerzas Militares es la de notificar al investigado los derechos que le asisten de conformidad con el artículo 124 de la ley 836 de 2003, sin embargo no es menos cierto que a partir de dicha determinación el militar encartado al no ser ubicado en su nueva unidad (sin que se registre documento alguno sobre el particular) a efecto de notificarle el auto de cargos, el fallador de instancia se ve precisado a nombrarle defensor de oficio, con el agregado que el encargo recae en un profesional del derecho que no asume tal postulación con la responsabilidad que el mandato impone, al punto que el abogado destinado para dicho menester solamente se notifica de la designación que se le hace sin que se aprecie en el expediente alguna actuación de su parte, y por lo mismo, que se pueda predicar la existencia de una defensa técnica en el proceso.

Nuevamente se hace preciso traer a colación lo manifestado por la Doctora Martha Helena Quintero Quintero en su obra “Nulidades en el Proceso Disciplinario” en el que indica lo siguiente:

²⁶ VELÁSQUEZ GÓMEZ, Iván, Manual de Derecho disciplinario. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., Bogotá, Segunda Edición, 1.999; p. 225

“La ley 200 de 1995, al extremo de garantizar el derecho defensa, estableció en el artículo 154 que “Si el disciplinado no presentare escrito de descargos se dejará constancia en este sentido y de inmediato se le designará un apoderado para que lo represente en el trámite procesal. Era entonces vinculante que ante la imposibilidad de notificarlo personalmente o de la renuncia del disciplinado a presentar descargos, se le nombrara un defensor de oficio”²⁷.

La normativa en cita le imponía a la Administración la obligación de nombrarlo, so pena de violar con ello el derecho de defensa; situación que varió radicalmente con la expedición de la ley 734 de 2002, toda vez que tal nombramiento debe hacerse únicamente en el evento de que se haga imposible la notificación personal al disciplinado o a su apoderado.

Pero la interpretación de dicha norma no puede quedarse en la simple designación, notificación y la presentación de los descargos por parte del defensor, sino que el operador jurídico disciplinario está en la obligación de valorar si esa defensa es adecuada o si el encargo que recayó en el defensor de oficio no fue suficiente. Ejemplo de ello lo constituye cuando el defensor se limita a expresar “me atengo a lo probado” o, en el peor de los casos, habiendo sido notificado el apoderado del auto de cargos, no presenta las respectivas explicaciones, siendo necesario entonces nombrarle un nuevo defensor, y compulsar copias ante el Consejo Superior de la Judicatura o el competente para que se investigue la conducta pasiva en la que incurrió el defensor nombrado y posesionado.

²⁷ QUINTERO QUINTERO, Martha Helena, Nulidades en el Proceso Disciplinario, 1ª Edición, Bogotá D.C.; Imprenta Nacional, 2005.

Por tanto es indubitable que en un proceso de esta naturaleza nos encontramos ante ausencia de defensa técnica que genera nulidad de la actuación.

Además de lo anterior es claro que difícilmente dentro de la institución armada se pueda predicar que alguien no es fácilmente ubicable, pues independiente de la lejanía o cercanía donde se sitúe el militar, su ubicación será correcta y ágilmente determinable por las secciones de personal correspondientes, de allí que no sea de recibo la anotación que fue 'imposible' la ubicación del investigado. Cosa diferente es la renuencia de éste a actuar dentro del proceso.

Resulta de igual manera conveniente señalar en éste punto, que en la sentencia C- 131 de 2002, la Corte Constitucional concluyó que:

“... La defensa técnica como derecho fundamental ha sido circunscrita por el constituyente al proceso penal” y que “... en los eventos en que el Constituyente ha guardado silencio sobre el carácter obligatorio o facultativo del derecho de defensa, la especificación de los términos en que debe ser reconocido, le corresponde al legislador pues éste se encuentra legitimado para precisar tales circunstancias del derecho de defensa técnica, la especificación de los términos en que debe ser reconocido le corresponde al legislador pues éste se encuentra legitimado para precisar tales circunstancias...”

*“...Pues bien, quiso el legislador que en **el proceso disciplinario** no fuera absolutamente necesaria la defensa técnica, lo que se deduce del inciso 3 del artículo 91 de la ley 734 de 2.002; inciso final del artículo 107; artículo 155 inciso primero; artículos 165 y 167. Pero así como concedió al investigado la facultad de no hacer uso de ese derecho, también le*

reconoció especial importancia a la defensa técnica una vez que el disciplinado considere que la necesita y por eso elevó al defensor a la categoría de sujeto procesal, concediéndole las mismas facultades del investigado pero, además, otorgándole preeminencia de sus criterios sobre los de éste (artículos 89,92 y 93). Es decir, que una cosa es que el disciplinado pueda renunciar al derecho a la defensa técnica y otra muy diferente que al defensor se le ignore como sujeto procesal...”²⁸

Se colige en consecuencia de la sentencia traída a colación, que aunque el sujeto disciplinable está en la capacidad de renunciar a ser representado por un defensor técnico dentro del proceso disciplinario, en el evento de que solicite la designación, así deberá procederse por parte de quien tenga a su cargo la actuación.

Sobre el punto, el Dr. Jaime Mejía Ossman, dijo lo siguiente:

*“...**Derecho a la defensa.** Como quiera que éste principio rector, de grandes significado y trascendencia para la Ley disciplinaria Militar, no se encuentra redactado en el Reglamento de Régimen disciplinario para las Fuerzas Militares de Colombia, es menester acudir al artículo 17 de la ley 734 de febrero 5 de 2.002, el cual tiene aplicación y permite su interpretación por mandato del artículo 13 de la ley 836 de julio 16 de 2.003.*

El Artículo 17 del Código Disciplinario único, señala:

²⁸ Sentencia C- 131 de 2002, la Corte Constitucional

“Artículo 17. Derecho a la defensa. Durante la actuación disciplinaria el investigado tiene derecho a la defensa material y a la designación de un abogado. Si el procesado solicita la designación de un defensor así deberá procederse. Cuando se juzgue como persona ausente deberá estar representado a través de apoderado judicial, si no lo hiciere se designará defensor de Oficio, que podrá ser estudiante del Consultorio jurídico de las universidades reconocidas legalmente...”²⁹

De acuerdo con todo lo expresado en precedencia, el investigado en un proceso disciplinario tiene derecho no solo al ejercicio de la defensa material, sino al de la defensa técnica, definiéndose la primera de ellas, la que desarrolla el investigado de manera directa y sin intervención de apoderado, estando por ende habilitado el propio sujeto disciplinable para presentar sus descargos, solicitar pruebas, peticionar la terminación del procedimiento o el archivo de las diligencias, la acumulación de las investigaciones disciplinarias que se estén adelantando en su contra, interponer recursos, solicitar nulidades, hacer uso de la revocatoria directa y en fin, el derecho a ser oído dentro del proceso.

De igual manera, y como se anticipó, también tiene el derecho (renunciable) a ser representado por un defensor técnico, de acuerdo a lo preceptuado en el citado artículo 17 del C.D.U., y en cuanto a la posibilidad de que esa defensa sea asumida por los estudiantes de los Consultorios jurídicos, posibilidad declarada exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-948 de noviembre 6 de 2.002, con ponencia del Magistrado Álvaro Tafúr Gálvis.

²⁹ MEJÍA OSMAN, Jaime. Principios Constitucionales y Legales Ley Disciplinaria Fuerzas Militares de Colombia. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá. 2006; p. 441.

15. SE IMPUTAN FALTAS QUE FUERON DECLARADAS INEXEQUIBLES O QUE NO SE ENCUENTRAN TIPIFICADAS COMO TALES.

Se consagran en los artículos 3 y 12 de la ley 836 de 2003, los principios rectores de la Legalidad y de la Especialidad, según los cuales *“Los destinatarios de este reglamento sólo serán investigados y sancionados disciplinariamente por comportamientos que estén descritos como falta en la ley vigente al momento de su realización”*³⁰ y que *“En desarrollo de los postulados constitucionales, al personal militar le serán aplicables las faltas y sanciones de que trata este régimen disciplinario propio, así como las faltas aplicables a los demás servidores públicos que sean procedentes.”*³¹

De acuerdo con lo anterior, que la falta sea **Típica**, se traduce en que la conducta debe encontrarse descrita en una norma positiva como derecho, deber, prohibición, inhabilidad, incompatibilidad, impedimento o conflicto de interés.

No obstante lo que acaba de indicarse, no debe perderse de vista que a diferencia del derecho penal en el que se hace necesaria una precisa y estricta descripción típica, en el disciplinario se admite una más genérica y amplia, característica ésta última que ha sido desarrollada por nuestra Corte Suprema de Justicia, que en sentencia de junio 5 de 1.975, señaló lo siguiente:

“... Las faltas disciplinarias, en cambio, no son diseñadas con el mismo pormenor (que los delitos), y de ordinario se las señala en diversos ordenamientos por vía genérica, que dan margen de apreciación a quien

³⁰ Artículo 3 de la ley 836 de 2003,

³¹ Artículo 12 de la ley 836 de 2003,

*haya de calificarlas, pudiendo éste- para bien de la gestión pública-, decidir en algunas circunstancias si un hecho ofrece aspectos suficientemente reprobables para justificar o no un correctivo disciplinario...*³²

En sentencia más reciente, la Corte Constitucional al pronunciarse sobre la exequibilidad parcial del decreto 2699 de 1991, sostuvo lo siguiente en torno al tema que se viene tratando:

*“... La prohibición de la conducta delictiva involucra un conjunto de patrones que establecen una descripción tipológica en la que se describen de manera detallada los elementos conformantes del tipo, de manera que – sujeto activo, conducta, intención, sujeto pasivo y circunstancias- llevan en el procedimiento penal a una exhaustiva delimitación legal de las conductas; mientras que **en la definición de las faltas disciplinarias,** entran en juego elementos propios de la función pública que interesan por sobre todo a contenidos político- institucionales, que sitúan al superior jerárquico en condiciones de evaluar con mayor flexibilidad y de acuerdo con criterios que permiten un más amplio margen de apreciación (...)La naturaleza propia de las causales disciplinarias tanto en la legislación nacional como en la extranjera, no permite tener la causal, en manera alguna, en contravía de la lógica jurídica que inspira a los sistemas legales de esta clase...*

...Asiste razón al Ministerio Público al sostener la admisibilidad jurídica de la validez de tipos abiertos en las conductas constitutivas de falta disciplinaria, ante la imposibilidad de contar con un catálogo de conductas

³² Sentencia de junio 5 de 1.975, Corte Suprema de Justicia

donde se subsuman todas aquellas que se alejan de los propósitos de la función pública y, por ende, resulten sancionables.

Lo anterior no significa que las conductas tipificadas como falta disciplinaria no puedan ser claramente reconocidas por el servidor público, quien, además, al encontrarse en una de ellas, será juzgado conforme a la racionalidad propia de la causal, por la autoridad disciplinaria”³³

Sobre el punto, también el tratadista Iván Velásquez Gómez, ha señalado lo siguiente:

“... Así también lo ha entendido desde hace muchos años la Corte Suprema de Justicia, al señalar : “Claro que la regulación genérica de la conducta indebida del funcionario no comporta la facultad de su catalogación arbitraria o caprichosa, ni releva a la autoridad de ceñir sus mandatos o decisiones a los precisos cometidos propuestos”³⁴

Dijo igualmente el tratadista en mención:

“...Es preciso reiterarlo: del hecho de que en muchas oportunidades la falta no se detalle de manera estricta, no se deriva que en materia disciplinaria no opere el principio de legalidad y que, por lo tanto, el servidor público esté sometido al capricho de la jerarquía que, a su leal saber y entender, pudiese sancionarlo simplemente porque considera que un determinado

³³ Sentencia C-427 de septiembre 29 de 1.994, MP. Fabio Morón Díaz.

³⁴ Sentencia de agosto 12 de 1.982, M.P. Manuel Goana Cruz.

comportamiento es inadecuado sin que exista norma en la que se subsuma la supuesta conducta irregular...»³⁵

16. SE TRANSCRIBE LA NORMA QUE SE CONSIDERA VULNERADA, SIN QUE SE INDIQUEN LAS PRUEBAS QUE CONFIGURAN LA FALTA

Dispone el artículo 184 de la ley 836 de 1993, lo siguiente:

“ARTÍCULO 184. FORMULACIÓN DE CARGOS. El superior competente formulará cargos cuando esté demostrada objetivamente la falta y exista confesión, testimonio que ofrezca serios motivos de credibilidad, indicios graves, documentos, peritación o cualquier otro medio probatorio que comprometa la responsabilidad del investigado.

*Contra este auto no procede recurso alguno. **El auto de cargos debe contener:***

- 1. El medio por el cual se han conocido los hechos, y la narración y descripción sucinta de los mismos y de la conducta investigada, con indicación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se realizó.*
- 2. Una breve indicación del soporte probatorio de cada uno de los hechos.*
- 3. La identificación del posible autor o autores de la falta o faltas, señalando el grado y el cargo desempeñado en la época de los hechos, así como la fecha o época aproximada de ocurrencia de los mismos.*

³⁵ Iván Velásquez Gómez, Manual de Derecho disciplinario, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda- Medellín. Segunda Edición, 1.999

4. Análisis de las pruebas que establezcan la comisión de la falta o faltas, por cada uno de los cargos.

5. Análisis de las pruebas que establezcan la presunta responsabilidad y culpabilidad del disciplinado, por cada uno de los cargos.

6. Determinación jurídica de la naturaleza de la falta, con indicación de la norma que la contiene.

7. La forma de culpabilidad para cada uno de los inculpados y respecto de cada uno de los cargos.

8. La respuesta a los alegatos de las partes.”³⁶

De la transcripción de la anterior norma, fácil resulta colegir que cada una de las faltas que se le atribuyen a un sujeto disciplinable, deben estar soportadas en las pruebas legal y oportunamente allegadas al proceso disciplinario, pues solo de esa manera se garantizan los derechos de contradicción y de la defensa para quien se encuentra inmerso en una actuación de ésta naturaleza.

Sobre el punto, debe tenerse igualmente en cuenta lo preceptuado por el artículo 155 ley 836 de 1993, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 155. LIBERTAD DE PRUEBA. Los elementos constitutivos de la falta, la responsabilidad o inocencia del inculpado, podrán demostrarse con cualquiera de los medios de prueba previstos en los Códigos de Procedimiento Penal y de Procedimiento Civil. Su práctica y valoración se regularán por lo consagrado en los mismos.”³⁷

³⁶ Artículo 184 de la ley 836 de 1993

³⁷ Ibídem, artículo 155

Esta libertad de los medios de prueba a que se acaba de hacer mención, tiene aplicación en la actuación disciplinaria, no sólo para **demostrar la falta y la responsabilidad del disciplinado**, sino también para acreditar los extremos contrarios.

Conviene traer a colación en éste punto, los apartes esenciales de la siguiente providencia emanada de la Procuraduría segunda delegada para la contratación Estatal, en la que se declaró la nulidad parcial del pliego de cargos, precisamente por falencias como la que se viene analizando, esto es, por no hacer mención en el auto de cargos de las pruebas en que se fundamenta la falta que se atribuye al sujeto disciplinario.

Dependencia: Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal, Radicación: 089 02070-2003, Disciplinado: Idayris Yolima Carrillo Pérez y otros, Cargo y entidad: Alcalde de Riohacha y otros, Quejoso: De Oficio, Fecha Hechos: 2003, Asunto: Irregularidades por presunto sobrecosto y falta de vigilancia entre otros. Estado Procesal: Fallo de primera instancia y nulidad

*“En efecto, **aparte de la imprecisa descripción**, advertida por el apoderado de Carrillo Pérez, página 881, y planteada en otros términos por Pimienta Ramírez, folio 863, inc. 6, **brilla por su ausencia, en los apuntes referidos a las citadas conductas, el concepto de violación y el análisis de pruebas que fundamentan cada uno de esos sucesos**, como lo anota Edwin López Fuentes, hojas 834 y 835.*

*Nótese que el Procurador del conocimiento hizo alusión a las órdenes en forma **general**, folio 788, pero no se tomó el trabajo de identificar esos documentos, ni mucho menos de señalar frente a cada uno de ellos la falencia que padecían. **Tampoco se relacionó y mucho menos se analizó***

el medio de prueba que servía de cimiento a esos acontecimientos, de tal suerte que las irregularidades por presunta omisión de estudios previos, términos de referencia, liquidación y amparos carecen de soporte probatorio, pues la cita de los elementos demostrativos, esto es, las actas de visitas practicadas, señaladas en el folio 778, incisos 4 a 6, se contraen exclusivamente al tema de los contratos sin formalidades plenas, pero nada dicen sobre los otros puntos mencionados.

Referente al concepto de violación, la situación deviene igual. No analizó el Procurador Regional de la Guajira el comportamiento de la enjuiciada frente a las ausencias señaladas y las normas que consagran la observancia de los aspectos echados de menos, como tampoco cual fue la participación de la misma dentro del proceso contractual que permitiera endilgarle responsabilidad. La falta de calificación de esas posibles faltas así como el grado de culpabilidad también fulgura en el proveído de cargos, pues el pronunciamiento que sobre el tema reposa en la providencia, atañe únicamente a la conducta relacionada con haber contratado sin formalidades plenas.

*- La situación arriba descrita, se presentó igualmente con la conducta descrita por el Procurador Regional, en el folio 807 del cuaderno 3, según la cual, Carrillo Pérez habría participado o cohonestado una supuesta realización indebida de contratos, por celebrar a través de interpuesta persona contratos con entidades públicas, **suceso este que simplemente fue mencionado por el Procurador, pero no fue sustentado en medio demostrativo ninguno, ni calificado jurídica y disciplinariamente, sin contar con que tal acontecimiento no fue objeto de debate procesal.***

Así la situación procesal, se impone, de un lado, resaltar que en aras del debido proceso y el derecho de defensa contenidos en el artículo 29

superior, el estudio de la presente acusación girará exclusivamente en torno a la conducta concretizada por el Procurador Regional y que cumplen a cabalidad las exigencias del artículo 163 de la Ley 734 de 2002 y, por otra parte, que respecto a los otros comportamientos mencionados, vale decir, la ausencia de estudios previos, términos de referencia, garantías y liquidación de las órdenes de trabajo y la posible celebración indebida de contratos, que adolecen de las falencias referidas, serán objeto de nulidad.

Lo anterior, debido a que en materia de derechos fundamentales, la Carta Política consagra el debido proceso consagrado en el artículo 29, aplicable a toda clase de actuación judicial y administrativa. Dentro de ese debido proceso, aparece como una especie de éste el derecho a la defensa, cimentado, entre otros aspectos, en la adecuada configuración de la imputación, con estricta sujeción a exigencias propias de cada ordenamiento.

En el caso bajo revisión, el arco toral de esa infraestructura normativa y axiológica se desarrolla en materia disciplinaria en la Ley 734 de 2002, cuyo artículo 6 impone que el sujeto disciplinable deberá ser investigado con observancia formal y material de las normas que determinan la ritualidad del proceso, en los términos allí previstos.

Igualmente, otro de los rasgos fundamentales, dentro de ese sólido e insoslayable bloque, lo constituye el reglado 163, contentivo de los requisitos del proveído de reproches, entre los cuales se encuentra:

- 1. La descripción y determinación de la conducta investigada, con indicación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se realizó;*
- 2. Las normas presuntamente violadas y el concepto de violación, concretando la modalidad específica de la conducta;*

3. El análisis de las pruebas en que se fundamenta cada uno de los cargos formulados (Se destaca).

Por último, dicho bloque garantista lo integra también el reglado 169, ibídem, inherente al contenido del fallo, en el que debe aparecer el análisis y valoración jurídica de los cargos, para citar sólo unos de los presupuestos.

A su vez, el normado 143 del mismo ordenamiento, señala, en los numerales 2 y 3 como causales de nulidad, la violación del derecho de defensa del investigado y la existencia de irregularidades substanciales que afecten el debido proceso. En el párrafo se prescribe que los principios que orientan la declaratoria de nulidad y su convalidación, consagrados en el Código de Procedimiento Penal, se aplicarán a este procedimiento.

Los preceptos sobre la materia están recogidos en el artículo 310 de la Ley 600 de 2000, norma sobre la cual, por cierto, se trazaron precisos lineamientos en la Directiva 0010 del pasado 23 de mayo, expedida por el jefe del Ministerio Público, sobre la cual y en punto del asunto sub júdice, se hará luego el pertinente análisis.

El reglado 144 del Estatuto Disciplinario, por último, impone la declaración oficiosa de la nulidad en cualquier estado de la actuación.

En este sentido, es de anotar que, en criterio de los tratadistas de la materia, CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU y JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS, se requiere, en el proceso la valoración de pruebas en el auto acusatorio, lo que, agrega el Despacho, con más veras, resulta imperioso en el proceso ordinario. Así, expresan que “Es deber de todo funcionario valorar y motivar todas sus decisiones cuando se afecten derechos fundamentales; por ende, así apenas se diga que las pruebas

sólo precisan ser enumeradas (...), es menester que ellas se valoren, para que pueda así facilitarse la defensa (Se subraya)³⁸.

17. IMPUTACIÓN DE LA FALTA EN FORMA GENÉRICA SIN QUE SE ESPECIFIQUE SI SE TRANSGREDIÓ TODA O PARTE DE ELLA.

Indica la doctora Martha Helena Quintero en su obra ya citada que:

“El derecho disciplinario, no obstante no contar con una específica tipicidad como la del derecho penal, excluye la analogía y no es discrecional; de allí que la conducta activa u omisiva descrita en el auto de cargos debe hallarse claramente definida como falta dentro del catálogo mencionado, en el cual encontramos igualmente tipos abiertos y en blanco que nos permiten la remisión a otras normas. Esto, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 4° de la Ley 734 de 2002: “El servidor público y el particular en los casos previstos en este código sólo serán investigados y sancionados disciplinariamente por comportamientos que estén descritos como falta en la ley vigente al momento de su realización”. Redacción que igualmente se encuentra en el artículo 3° de la Ley 836 de 2003: “Los destinatarios de este reglamento sólo serán investigados y sancionados disciplinariamente por comportamientos que estén descritos como falta en la ley vigente al momento de su realización”.³⁹

Agrega la autora que:

³⁸ Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal, Radicación: 089 02070-2003

³⁹ QUINTERO QUINTERO, Martha Helena, Nulidades en el Proceso Disciplinario, 1ª Edición, Bogotá D.C.; Imprenta Nacional, 2005.

“para una correcta formulación del auto de cargos que no dé lugar a la declaratoria de nulidad, debe tenerse en cuenta, como ya se indicó, que la descripción de la conducta violatoria del derecho, deber, prohibición, inhabilidad, incompatibilidad o impedimento, exigida en el numeral 2 del artículo 163 del NCDU (numeral 6 artículo 184 Ley 836 de 2003), no se realice en forma genérica, imprecisa o ambigua; esto es, que de ella puedan derivarse varios modos o admitir varias interpretaciones.

Lo anterior teniendo en cuenta que las normas legales consagran tipos en los que se establece una pluralidad de conductas señaladas a través de varios verbos rectores, cada uno de los cuales puede constituir un tipo autónomo, aun cuando estos estén dirigidos a la protección del mismo deber jurídico.

Ejemplo de ello lo constituye para el derecho disciplinario el numeral 4 del artículo 48 de la ley 734 de 2002, según el cual:

Son faltas gravísimas las siguientes:

(...)

4. Omitir, retardar y obstaculizar la tramitación de la actuación disciplinaria originada en faltas gravísimas cometidas por los servidores públicos u omitir o retardar la denuncia de faltas gravísimas o delitos dolosos, preterintencionales o culposos investigables de oficio de que tenga conocimiento en razón del cargo o función.

Así, la normativa en cita contiene tres (3) verbos rectores: omitir, retardar y obstaculizar, y dos (2) formas de realización: 1) La tramitación de la actuación disciplinaria (...). 2) La denuncia de faltas gravísimas o tres formas de delitos, surgiendo en total nueve (9) tipos autónomos, así:

- 1. Omitir... la tramitación de la actuación disciplinaria originada en faltas gravísimas cometidas por los servidores públicos.*
- 2. Omitir... la denuncia de los delitos dolosos, investigables de oficio.*

3. *Omitir... la denuncia de los delitos preterintencionales investigables de oficio.*
4. *Omitir... la denuncia de los delitos culposos investigables de oficio.*
5. *Retardar... la tramitación de la actuación disciplinaria originada en faltas gravísimas cometidas por los servidores públicos.*
6. *Retardar... la denuncia de los delitos dolosos investigables de oficio.*
7. *Retardar... la denuncia de los delitos preterintencionales investigables de oficio.*
8. *Retardar... la denuncia de los delitos culposos investigables de oficio.*
9. *Obstaculizar... la tramitación de la actuación disciplinaria originada en faltas gravísimas cometidas por los servidores públicos.*

*En la medida en que según el Diccionario de la Lengua Española **omitir** es abstenerse de hacer una cosa, **retardar** es diferir o suspender la ejecución de una cosa, y **obstaculizar**, impedir o dificultar la consecución de un propósito, podemos afirmar que estos son verbos que denotan acciones diferentes, como que no es lo mismo omitir que obstaculizar, ni omitir que retardar.*

Es pues esa precisión la que exige ahora la ley 734 de 2002 (y por supuesto la ley 836 de 2003) para la configuración del auto de cargos, dada

*la multiplicidad de verbos rectores contenidos en las disposiciones legales, los cuales la mayoría de las veces no son aplicables en su totalidad.*⁴⁰

Por consiguiente al momento de formular el auto de cargos y determinar la falta cometida, se reitera, se citará la norma que la contiene, subrayando o indicándose por aparte la particular descripción que se considera violada, pues son comunes los tipos disciplinario que contienen varios verbos rectores y varias formas de realizar la conducta, reiterándose el error de que se indique como violado el canon disciplinario sin hacer la desagregación que se comenta, pues de qué se puede defender el investigado si se le imputa todo el texto sin la aclaración explicada en el presente numeral.

Valga citar otro ejemplo para corroborar el aserto de lo dicho, por lo cual se han presentado las correspondientes nulidades, en una falta que por lo amplia no se le puede dejar al encartado que escoja su responsabilidad, como lo es la descripción del numeral 1, artículo 58 ley 836 de 2003:

"Elaborar, cultivar, suministrar, traficar, vender, transportar, distribuir, portar, adquirir, guardar cualquier tipo de droga heroica, estupefacientes, o sustancias precursoras; así como permitir estas actividades.

*(La expresión "portar, adquirir, guardar" declarada **CONDICIONALMENTE** exequible, "... bajo el entendido según el cual la conducta no se refiere a las faltas graves de que trata el numeral 2 del artículo 59, en los términos de esta Sentencia"; la expresión "permitir estas actividades" declarada **CONDICIONALMENTE** exequible "... en el entendido según el cual la conducta no se refiere a la falta grave descrita en el numeral 2 del artículo 59, en los términos de esta Sentencia"; el aparte -o mantener amistad con*

⁴⁰QUINTERO QUINTERO, Martha Helena, Nulidades en el Proceso Disciplinario, 1ª Edición, Bogotá D.C.; Imprenta Nacional, 2005.; p. 62-65

*personas vinculadas a estos procedimientos- declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-431 del 6 de mayo de 2004, Magistrado Ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra).*⁴¹

18. NO SE FORMULA CARGO ALGUNO

Como ya se señalara al analizar la causal de nulidad signada con el No. 16, de las que se vienen analizando en la presente guía, el Auto de cargos debe tener unos requisitos formales y sustanciales que son insoslayables, y que se encuentran claramente consagrados en el citado artículo 184 de la ley 836 de 2003, en el entendido de que solamente resulta viable la formulación de cargos, cuando esté demostrada objetivamente la falta y se cuente dentro de la actuación con cualquier medio de convicción que comprometa la responsabilidad del investigado, requiriéndose además el análisis de las pruebas que establezcan la comisión de la falta por cada uno de los cargos, así como el de aquellas que establezcan su presunta responsabilidad y culpabilidad.

Lo anterior por cuanto el pliego de cargos, constituye a no dudarlo, el eje sobre el cual gravita el proceso, y que permite la oportunidad tanto para el Estado de pedir explicaciones por una determinada conducta descrita en la Ley 836 de 2003, como deber o prohibición y para el servidor público militar, de hacer valer su derecho a la defensa, frente a una endilgación debidamente sustentada con antecedentes, circunstancias, testigos, etc., que puedan colocar al disciplinado en igualdad de condiciones, frente a la administración pública, para desvirtuar las acusaciones.

⁴¹ Artículo 58, numeral 1 ley 836 de 2003

En Sentencia T-418 de 1997, la Corte Constitucional, señaló que “(...) *El auto de formulación de cargos es una providencia de trámite que sienta los cimientos sobre los cuales se edifica el proceso destinado a establecer la responsabilidad disciplinaria del inculpado, de modo que el órgano titular del poder disciplinario fija en aquella el objeto de su actuación y le señala al imputado, en forma concreta, cuál es la falta disciplinaria que se le endilga a efecto de que pueda ejercer su derecho de defensa (...)*”.

19. ANÁLISIS DE LA PRUEBA NO SIGNIFICA TRANSCRIPCIÓN DE LAS PRUEBAS.

Se ha convertido en una constante el no efectuar el análisis de las pruebas en las decisiones de fondo que se deben adoptar, el cual ha de ser un estudio serio, juicioso, ponderado, crítico de ellas y no un procedimiento donde baste su literal inserción al proceso. Se tiene la costumbre de repetir en los fallos el contenido integral de cada testimonio, lo que es equivocado en principio (sin que se llegue a entender que no se puedan citar estos), simplemente que hay que tener en cuenta que el fundamento de tal proceder ha de estar guiado por el principio de que las pruebas se analizan, no se transcriben.

Señala el tratadista Oscar Villegas Garzón en su obra *El Proceso Disciplinario* citando a la Procuraduría:

“que las pruebas deben apreciarse en forma conjunta de acuerdo con las reglas de la sana crítica, significa que el Código Disciplinario Único adoptó el sistema de persuasión racional en el sentido que ningún medio probatorio tiene señalada, con antelación, una tarifa y en donde se impone al funcionario la obligación de examinar la prueba de acuerdo con las reglas

de la lógica, con el entendimiento humano, con los principios generales de derecho “para obtener conclusiones homogéneas y en donde no exista desconocimiento del contenido objetivo de las pruebas, ya sea porque se tergiverse, se desconozca o se suponga”.

“...Dicho en otros términos, la apreciación conjunta de los medios probatorios, comporta la comparación recíproca de todos y cada uno de los medios de prueba existentes y válidos, con el propósito de obtener certeza y certidumbre sobre la cuestión fáctica que será objeto de análisis desde el punto de vista de las diferentes normas materiales. Hecha la confrontación y conexión de las pruebas obrantes en un determinado asunto se puede concluir qué prueba o conjunto de pruebas ofrecen credibilidad, confiabilidad, atención y qué prueba o conjunto de pruebas rompen la coherencia y no brindan ni certeza ni certidumbre. Se explica de esta manera la esencia de la prueba, como es la de formar el convencimiento del funcionario y de tener certeza sobre los supuestos de hecho que permiten la aplicación de una norma material disciplinaria (Procuraduría General de la Nación. Fallo de abril 1 de 1998. Suscrito por Eduardo Montealegre L. Procurador General de la Nación (E)...”⁴²

Agrega el citado tratadista que “enemigos de una buena valoración de la prueba son las siguientes circunstancias que ejemplifica Devis Echandía: la ignorancia, la pereza intelectual, la pretensión de no necesitar de la asesoría que le puedan brindar la doctrina o la jurisprudencia o expertos, actuar por simpatía o desamor, contentarse con la primera impresión que le dejan las pruebas, olvidar el examen del contenido de cada una de ellas y del estudio comparado en su conjunto”.⁴³

⁴² VILLEGAS GARZÓN, Oscar. El proceso Disciplinario. Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Primera Edición, páginas 368-369

⁴³ Ibídem, p. 370

20. AUSENCIA DE NOTIFICACIÓN DEL PLIEGO DE CARGOS AL APODERADO E INVESTIGADO.

Señaló la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación en proceso con Radicación No. 161-01435 (155-33124-99) lo siguiente:

*“Pues bien, quiso el legislador que en el proceso disciplinario no fuera absolutamente necesaria la defensa técnica, lo que se deduce del inciso 3 del artículo 91 de la ley 734 de 2002; inciso final del artículo 107; artículo 155 inciso primero; artículos 165 y 167. Pero así como concedió al investigado la facultad de no hacer uso de ese derecho, también le reconoció especial importancia a la defensa técnica una vez que el disciplinado considere que la necesita y por eso elevó al defensor a la categoría de sujeto procesal, concediéndole las mismas facultades del investigado pero, además, otorgándole preeminencia de sus criterios sobre los de éste (artículos 89, 92 y 93). Es decir, que una cosa es que el disciplinado pueda renunciar al derecho a la defensa técnica y otra muy diferente que al defensor se le ignore como sujeto procesal”.*⁴⁴

Agregó la Procuraduría en su pronunciamiento al citar al Honorable Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, en sentencia de julio 18 de 1997, radicación 8297, Consejera Ponente: doctora Consuelo Sarria Olcos:

“La notificación del acto administrativo como ha precisado esta Sala constituye la forma como se garantiza y materializa el derecho de defensa (...) es por ello que todo acto administrativo que afecte los derechos de los

⁴⁴ Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación , proceso No. 161-01435 (155-33124-99)

administrados directa o indirectamente debe ser notificado a quien indica la ley, y de la forma en ella establecida (...) si el interesado constituye apoderado especial para adelantar la actuación administrativa, es a dicho apoderado a quien, una vez reconocido, debe la Administración citarlo para efectuarle la notificación personal y solo en el evento de su no comparecencia, proceder a notificarlo por edicto (...) si la notificación no se efectúa como lo ordena la ley, no se tiene por hecha ni produce efectos jurídicos, y por ende el acto administrativo no es ejecutable...”.⁴⁵

Por consiguiente la notificación se hará en la forma que lo dispone la Ley 836 de 2003, debiéndose consignar en el paginario las constancias que sobre el particular haya lugar, es decir, si se notifica y no se presentan descargos que de esta situación quede prueba o si se presentaron los descargos que igualmente se manifieste cuándo fueron presentados, no dejándole al intérprete que entre a adivinar si en efecto se hizo o no se hizo una determinada actuación.

21. INCOMPETENCIA DEL FUNCIONARIO QUE PROFIRIÓ EL PLIEGO DE CARGOS.

Es nulo el auto de cargos proferido por funcionario que carece de atribución legal para hacerlo, pues no basta que el que sí es competente mediante auto haya delegado esta facultad, pues ha de tenerse en cuenta que el requisito sine qua non para proferirlo no es la voluntad del superior, sino el mandato legal que otorga esta particular capacidad a un determinado miembro de la institución, independiente que el auto acusatorio en su estructura esté bien formulado, por

⁴⁵ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, en sentencia de julio 18 de 1997, radicación 8297.

cuanto la competencia es de orden público e indelegable, y máxime que la misma sólo la detenta el superior competente de conformidad con el artículo 184 de la ley 836 de 2003.

Entonces es claro que no habiéndose atribuido por el legislador dicha facultad a persona distinta del competente, mal hace un superior a través de un auto de sustanciación resignar su competencia; y por su parte, mal hace quien la asume sin verificar que en efecto le correspondía, hecho que por demás es generador de nulidad de conformidad con el numeral 1 del artículo 160 del Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares, el cual preceptúa que se tipifica ésta por la falta de competencia del funcionario para proferir el fallo o tomar decisión de fondo.

22. NO SE DA TRASLADO AL DISCIPLINADO DE LA PRUEBA TRASLADADA.

Indica el artículo 158 de la ley 836 de 2003 que *“las pruebas obrantes válidamente en un proceso, judicial o administrativo, podrán trasladarse al proceso disciplinario en copia simple; estas pruebas deberán ponerse en conocimiento de las partes para garantizar la contradicción de las mismas. Los demás documentos se aportarán a la investigación en original o fotocopia autenticada o autorizada”*.

Es entonces claro la obligación que se tiene de ponerlas en conocimiento de las partes para garantizar la contradicción de éstas, y no violentar así el derecho de defensa, como principio rector de la actuación disciplinaria que le asiste al investigado, pues su transgresión se configura en causal de nulidad como bien lo indica el artículo 160 de la codificación castrense disciplinaria, no sobrando

señalar y reiterar como bien lo enuncian los tratadistas Jaime Mejía Ossman y Silvio San Martín Quiñones, que:

*“observar el derecho de defensa, es pues una obligación del operador disciplinario, toda vez que su violación no solamente conlleva a la afectación del debido proceso constitucional, sino a la transgresión del derecho de defensa legal que inspira cualquier régimen sancionatorio y por consiguiente el principio de la dignidad humana que trae expresamente contemplado el artículo 1º no solo de la Ley de Leyes sino el Código Penal y el Código de Procedimiento penal”.*⁴⁶

Así mismo indica el tratadista Óscar Villegas Garzón que:

*“la prueba que se traslada de un proceso civil, penal, fiscal, o cualquier otro, al disciplinario, para que se la pueda tener como referente en una toma de decisión, debe cumplir con determinadas exigencias, entre ellas que haya cumplido en su producción con las características de publicidad y contradicción, como tutela del debido proceso y del derecho de defensa; si en el proceso de que se trate (penal, civil, etc.) fue debate contradictorio no cabe la menor duda de su eficacia; lo que en realidad comunica valor a las pruebas producidas es que lo hayan sido con intervención del disciplinado, que se le haya brindado la oportunidad de debatirlas, además de las formalidades fijadas por la ley para su práctica”.*⁴⁷

⁴⁶ Mejía Ossman Jaime y Quiñones Ramos Silvio San Martín, Procedimiento Disciplinario. Ediciones Doctrina y Ley Ltda., pág 56, Bogotá, Sept. De 2004.

⁴⁷ Obra citada, página 367.

23. AUSENCIA DE VALORACIÓN PROBATORIA EN EL AUTO DE CARGOS COMO EN EL FALLO.

Si bien esta circunstancia generadora de nulidad ya ha sido advertida en otros apartes de la presente guía, nuevamente su reiteración se hace pertinente, en el ánimo se erradique definitivamente de las investigaciones en sus dos etapas cumbres como son, el auto de cargos y el fallo.

Valga recordar por tanto lo señalado por la Procuraduría General de la Nación al indicar:

“...Dicho en otros términos, la apreciación conjunta de los medios probatorios, comporta la comparación recíproca de todos y cada uno de los medios de prueba existentes y válidos, con el propósito de obtener certeza y certidumbre sobre la cuestión fáctica que será objeto de análisis desde el punto de vista de las diferentes normas materiales. Hecha la confrontación y conexión de las pruebas obrantes en un determinada asunto se puede concluir qué prueba o conjunto de pruebas ofrecen credibilidad, confiabilidad, atención y qué prueba o conjunto de pruebas rompen la coherencia y no brindan ni certeza ni certidumbre. Se explica de esta manera la esencia de la prueba, como es la de formar el convencimiento del funcionario y de tener certeza sobre los supuestos de hecho que permiten la aplicación de una norma material disciplinaria...”⁴⁸

Como compendio de lo anterior se citará al tratadista Oscar Villegas Garzón, que con juicio raciocinio identifica en qué se centra el problema de que se trata, al indicar que:

⁴⁸ Procuraduría General de la Nación. Fallo de abril 1 de 1998, suscrito por Eduardo Montealegre L. Procurador General de la Nación (E).

*“enemigos de una buena valoración de la prueba son las siguientes circunstancias que ejemplifica Devis Echandía: la ignorancia, la pereza intelectual, la pretensión de no necesitar de la asesoría que le puedan brindar la doctrina o la jurisprudencia o expertos, actuar por simpatía o desamor, contentarse con la primera impresión que le dejan las pruebas, olvidar el examen del contenido de cada una de ellas y del estudio comparado en su conjunto”.*⁴⁹

24. SE PROFIERE FALLO SIN QUE SE HAYA ELEVADO PLIEGO DE CARGOS

La configuración de la presente causal es demostrativa de la impericia del asesor, pero no por ello justificable en tratándose de la principal providencia de la actuación disciplinaria, que conduce inexorablemente a la nulidad.

Al efecto, su contravención no solo es violatoria del derecho de defensa, sino la encarnación de la existencia de irregularidad sustancial que afecta el debido proceso, en la medida que no habiendo acusación de parte del Estado al encartado, obvio es colegir que le resultará bastante difícil defenderse a este último, si nunca se le elevó una incriminación, y mucho menos supo, por qué fue sancionado.

Por tanto, no deja de ser paradójico, que así sea por vía de excepción, la causal que se enuncia ha tenido ocurrencia al interior de la Institución, debiéndose por tanto desterrar tan garrafal y absurdo olvido procesal, y que solo quede en el plano de lo anecdótico su ocurrencia.

Baste por tanto reiterar lo que indica el tratadista Oscar Villegas Garzón:

⁴⁹ Obra citada, página 370

“el decreto de nulidad de un proceso, total o parcialmente, constituye la manera de ordenar la invalidez jurídica de un acto procesal; las nulidades se fundamentan en el hecho de que las normas legales que regulan un proceso, disciplinario en nuestro caso, se deben respetar en toda su extensión, no solo por quienes actúan en nombre del Estado investidos de jurisdicción y competencia, sino también por los destinatarios de la ley disciplinaria, toda vez que, como anota Gilberto Martínez Rave, esas normas son las que permiten y facilitan el desenvolvimiento armónico de todos los derechos, de los intereses en juego.

Esto explica por qué cuando esas normas son desconocidas, las diligencias o los actos realizados carecen de validez jurídica...

*...Lo que sí debe quedar claro es que las nulidades se entienden establecidas a favor de los procesados, no del Estado, para hacer más efectivo el pleno derecho de su defensa (Corte Suprema de Justicia, sentencia del 26 de octubre de 1928), expresión que se mantiene intacta en cuanto a su vigencia, contenido y alcances”.*⁵⁰

⁵⁰ VILLEGAS GARZÓN, Oscar. El Proceso Disciplinario. Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003: p 387 y 389

BIBLIOTECA CENTRAL DE LAS FF. MM.
"TOMAS RUEDA VARGAS"



052263