

# De la seguridad a la inseguridad jurídica en la potestad sancionadora disciplinaria (Análisis de la sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado, del 29 de septiembre de 2009)

ALBERTO MORALES TÁMARA<sup>1</sup>

## RESUMEN

La sentencia a la que hacemos referencia señala una equivocada dirección, porque se fundamenta en una errada interpretación de algunas disposiciones normativas y no en la plenitud del orden jurídico y su necesaria coherencia; justamente por ello, parece una sentencia hito al momento de definir el ámbito temporal de la caducidad o de la prescripción de la acción disciplinaria, pero en realidad es una decisión que afecta profundamente una serie de garantías que conforman el derecho fundamental constitucional al debido proceso.

## PALABRAS CLAVES

Sentencia, errada interpretación, imprescriptibilidad, debido proceso, acción disciplinaria.

1 Abogado de la Universidad La Gran Colombia, Especialista y Mágister en Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia. amoralesta@gmail.com

## FROM THE SECURITY TO THE JURIDICAL INSECURITY OF THE DISCIPLINARY SANCIONATORY POWER

### ABSTRACT

The sentence to which we refer points to a wrong direction because it is based on an erroneous interpretation of certain provisions not in the fullness of the legal order and the necessary consistency, precisely because it seems to be a landmark ruling when defining the temporal scope the revocation or limitation of disciplinary action but is actually a decision that profoundly affects a number of safeguards that make up the fundamental constitutional right to due process.

### KEY WORDS

Sentence, erroneous interpretation, wot expire, due process, disciplinary action.

Varias cuestiones serán abordadas en esta oportunidad. En primer lugar, debemos precisar qué nos ha llevado a afirmar que hemos pasado de la seguridad a la inseguridad jurídica en el ámbito de la potestad sancionadora; en segundo lugar, analizaremos con algún detalle el contenido de la sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado que nos ha permitido sostener semejante tesis; en tercer lugar, a partir de las aporías y perplejidades que surgen de la decisión judicial en cuestión, trataremos de proponer algunas soluciones; y, finalmente, a partir de los textos normativos propuestos en la reforma al Código Contencioso Administrativo haremos algunas reflexiones sobre el punto.

### 1. LOS HITOS EQUIVOCADOS DE LA SENTENCIA DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 2009 DE LA SALA PLENA DEL CONSEJO DE ESTADO

Cuando los competentes para ejercer la potestad sancionadora disciplinaria en la Administración conocieron el contenido de la sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado, de 29 de septiembre de 2009, en la que fue ponente la Consejera SUSANA BUITRAGO DE VALENCIA, adscrita a la Sección Quinta de esa Corporación, algunos sectores encontraron un alivio a las dilaciones en el trámite y, de cierta manera, hallaron la forma de liberarse del peso del yugo que impone el tiempo máximo para el ejercicio de esa potestad sin que opere el fenómeno jurídico de la caducidad. Pareciera que no sólo se identificaron conceptualmente con la decisión judicial contenida en esa sentencia, sino que

contaron con el apoyo tácito que derivó del silencio de quienes sistemáticamente han enarbolado la bandera de la defensa de los derechos humanos; ese silencio nos parece cómplice, asumiendo todas las consecuencias que pueden derivar de ello, porque la complacencia generalizada con el alcance de la decisión, aun cuando parezca contradictorio, les impidió ver, o no quisieron ver, la manifiesta violación al derecho fundamental al debido proceso que se estatuye en la sentencia. En efecto, los defensores de los derechos humanos quedaron satisfechos con el pronunciamiento, porque lograban que un fallo sancionatorio de naturaleza disciplinaria, proferido por parte de la Procuraduría en contra de un oficial de alto rango del Ejército Nacional, quedara en firme, sólo que la firmeza fue a cualquier precio y el precio que se pagó y se debe continuar pagando es demasiado alto.

La sentencia a la que hacemos referencia señala una equivocada dirección, porque se fundamenta en una errada interpretación de algunas disposiciones normativas y no en la plenitud del orden jurídico y su necesaria coherencia; justamente por ello, parece una sentencia hito al momento de definir el ámbito temporal de la caducidad o de la prescripción de la acción disciplinaria, pero en realidad es una decisión que afecta profundamente una serie de garantías que conforman el derecho fundamental constitucional al debido proceso.

En este contexto debemos preguntarnos ¿qué causó tal sensación?, ¿qué fue lo que encegueció y dejó silentes a tantos? y ¿por qué repercutió tan profundamente en aquellas dependencias del Estado en las que concurren dos elementos en común: su pertenencia al Establecimiento y la competencia para aplicar el derecho en el campo de la potestad sancionadora, bien sea disciplinaria o de naturaleza pura y estrictamente administrativa?

La complacencia no tenía nada que ver con el loable propósito expresado en uno de los apartados de la sentencia según el cual "el recurso extraordinario de súplica fue concebido como un instrumento procesal en defensa de la Constitución y de la ley y, por ende, de la seguridad jurídica, pues el ordenamiento jurídico exige del máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo un grado importante de certeza jurídica, igualdad en el trato jurídico y un correcto entendimiento del derecho objetivo, en tanto que su ámbito de aplicación se reserva a la violación directa de normas sustanciales"; tampoco tenía que ver con las precisiones respecto a los fundamentos y la finalidad del recurso extraordinario de súplica de acuerdo con la versión del artículo 194 del Código Contencioso Administrativo, luego de la modificación que introdujo la Ley 446 de 1998 y antes de su derogatoria por virtud de lo dispuesto en el artículo 2º de la Ley 954 de 2005.

No. El motivo era bien diferente y estaba más allá del simple examen de la prescripción de la potestad sancionadora, porque si bien es cierto una de las razones para la intervención de la Sala Plena tenía que ver con la "unificación de la jurisprudencia" de la Corporación en ese punto, también lo es que el tema estaba puesto en conexión, se encontraba anclado, no sólo al fenómeno jurídico

de la prescripción de dicha potestad, sino al problema relacionado con el "cuándo" debe entenderse impuesta la sanción, como quiera que la interpretación al respecto determinará la manera de establecer si la facultad sancionatoria en materia disciplinaria se ejerció o no de forma oportuna".

Y fue en virtud a una de las conclusiones de la sentencia para lograr la "unificación" de la jurisprudencia que se abrió un espacio insospechado, un auténtico agujero negro en torno a la prescripción de la potestad sancionadora, por lo menos en el ámbito del derecho disciplinario, pues dada la densidad que surge de la tesis expuesta por la Sala Plena todo parece indicar que la tardanza en el ejercicio de esa potestad la cual, en condiciones normales, se puede calificar como violación al debido proceso bajo la forma de dilaciones indebidas, ha dejado de tener mayor significado si la Administración, justo antes de que opere ese fenómeno jurídico, adopta una decisión sancionatoria respecto de la cual bastará con su notificación, independientemente de si queda o no ejecutoriada en ese mismo tiempo, para que se entienda que la potestad se ejerció oportunamente. A partir de ahí, a pesar de que el asunto no ha sido decidido definitivamente, pues deben resolverse los recursos que legalmente procedan y que se hayan interpuesto en el tiempo previsto para ello, el paso del tiempo deja de tener importancia, institucionalizando una suerte de imprescriptibilidad de la acción e incluso de la sanción impuesta, de manera que en esas condiciones el disciplinado no puede liberarse del poder punitivo del Estado porque se legitiman las dilaciones indebidas de la Administración y se amplía el plazo para el ejercicio de la potestad sancionadora de manera nada razonable.

Vista la cuestión en esa perspectiva, prácticamente queda institucionalizada la "imprescriptibilidad" de la acción, con todas las consecuencias que ello acarrea, cuando era más fácil argumentar la imprescriptibilidad de la acción por tratarse de una conducta de las calificadas como constitutiva de infracción de lesa humanidad, de conformidad con lo establecido en el parágrafo del artículo 30 de la Ley 734 de 2002, pero principalmente en el artículo 93 de la Carta, antes que cometer este despropósito, el de institucionalizar la "imprescriptibilidad de la acción" disciplinaria en todos los casos en que se produzca un fallo sancionatorio de primera instancia que se notifique dentro del término de cinco o doce años, según sea el caso<sup>2</sup>.

2 El artículo 30 de la Ley 734 de 2002 (Código Disciplinario Único) señala: "La acción disciplinaria prescribe en cinco años, contados para las faltas instantáneas desde el día de su consumación y para las de carácter permanente o continuado desde la realización del último acto.

En el término de doce años, para las faltas señaladas en los numerales 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10 de los artículos 48 y 55.

Cuando fueren varias las conductas juzgadas en un solo proceso, la prescripción de las acciones se cumple independientemente para cada una de ellas.

Parágrafo. Los términos prescriptivos aquí previstos quedan sujetos a lo establecido en los tratados internacionales que Colombia ratifique.

En efecto, la conclusión de la Sala Plena que nos permite hacer esta afirmación es del siguiente tenor "se considera que la tesis de recibo y que debe imperar es la que proclama que la sanción disciplinaria se impone cuando concluye la actuación administrativa al expedirse y notificarse el acto administrativo principal, decisión que resuelve de fondo el proceso disciplinario. Es este el acto que define la conducta investigada como constitutiva de falta disciplinaria. En él se concreta la expresión de la voluntad de la administración" en el entendido que la sentencia inició el estudio de esa problemática indicando que "La Sala comienza el análisis partiendo de la jurisprudencia de esta Corporación en relación con el manejo del tema de la prescripción de la acción sancionatoria acerca de cuándo debe entenderse 'impuesta la sanción', que no ha sido unánime" y de esta forma recordó las tres posiciones existentes sobre el particular, las cuales precisó en los siguientes términos:

"a) Se entiende ejercida la potestad disciplinaria cuando se produce la decisión que resuelve la actuación administrativa sancionatoria".

"b) Para que se considere "impuesta" la sanción es necesario no solo que el acto sancionatorio primigenio se expida, sino también que se notifique".

"c) Debe haberse expedido el acto sancionatorio, resuelto todos los recursos que se propusieron, y notificado las decisiones sobre éstos".

Para afirmar que la tesis correcta es la segunda, esto es, que resulta suficiente que antes de que opere la prescripción o la caducidad de la acción se expida el acto sancionatorio primigenio y se notifique para predicar que la acción se ejerció en tiempo, argumentó de la siguiente manera:

"(...) los actos que resuelven los recursos interpuestos en vía gubernativa contra el acto sancionatorio principal no pueden ser considerados como los que imponen la sanción porque corresponden a una etapa posterior cuyo propósito no es ya emitir el pronunciamiento que éste incluye la actuación sino permitir a la administración que éste sea revisado a instancias del administrado. Así, la existencia de esta segunda etapa denominada "vía gubernativa" queda al arbitrio del administrado que es quien decide si ejercita o no los recursos que legalmente procedan contra el acto".

"La actuación administrativa y la vía gubernativa son dos figuras autónomas y regidas por procedimientos propios. La primera, culmina cuando la administración, luego de tramitarla, define la investigación y expide el acto que impone la sanción. La segunda se erige en un medio de defensa del administrado afectado con la decisión sancionatoria en su contra, que se concreta en el ejercicio de los recursos propios de la vía gubernativa, dispuestos para controvertir la decisión primigenia, es decir, se trata de una nueva etapa respecto de una decisión ya tomada".

"Afirmar que la administración, además de estar en el deber de decidir y de notificar dentro del término de cinco años a partir del acto constitutivo de la falta

la actuación administrativa sancionatoria también está obligada dentro de ese lapso a resolver los recursos de la vía gubernativa e incluso a notificar el acto que resuelve el último recurso, es agregarle a la norma que consagra el término para ejercer la potestad sancionatoria disciplinaria una exigencia que no contempla y permite, finalmente, dejar en manos del investigado, a su arbitrio, la determinación de cuándo se "impone" la sanción, porque en muchas ocasiones es del administrado de quien dependen las incidencias del trámite de notificación de las providencias".

De esta forma, la Sala concluyó que en el fallo suplicado se había interpretado erróneamente el artículo 12 de la Ley 25 de 1974, con las modificaciones que le introdujo el artículo 6° de la Ley 13 de 1984, porque había otorgado un equivocado entendimiento a esa disposición normativa al considerar que el término de prescripción de la acción administrativa disciplinaria comprendía la notificación del acto administrativo que resuelve el último recurso de la vía gubernativa debido a que el correcto entendimiento consiste en que "imponer la sanción disciplinaria dentro del término de cinco (5) años contados a partir del último acto constitutivo de la falta, significa que, como máximo, dentro de dicho plazo debe la autoridad pública expedir y notificar el acto administrativo principal, es decir, el acto primigenio que resuelve y que pone fin a la actuación administrativa disciplinaria" y, siendo así, quedó claro que el denominado "acto administrativo principal" o "el acto primigenio" es, sin duda, el fallo de primera o única instancia notificado, independientemente de si contra el mismo proceden o no recursos.

Esta posición y conclusión sería razonable si en el Código Disciplinario Único no existieran disposiciones normativas que regulan de manera expresa y precisa los institutos jurídicos de la prescripción de la acción y de la sanción disciplinaria. Esas disposiciones no permiten la interpretación que efectuó la Sala Plena, la cual puede tener sustento si la disposición normativa objeto de análisis es la del actual artículo 38 del Código Contencioso Administrativo, artículo que ha permitido las diversas interpretaciones que fueron destacadas por la Corporación y que es de aplicación supletoria y no principal.

Evidentemente, el referido artículo 38 señala que "Salvo disposición especial en contrario, la facultad que tienen las autoridades administrativas para imponer sanciones caduca a los tres (3) años de producido el acto que pueda ocasionarlas". Por consiguiente, si existe "disposición especial en contrario" lo regulado en esa disposición no se puede aplicar a un caso concreto y, por tanto, la jurisprudencia que se haya podido generar en torno al alcance del referido artículo tiene aplicación sólo en ese ámbito y no se puede extender a otros campos no comprendidos, más aun cuando se trata de aplicar disposiciones relacionadas con la potestad sancionadora como expresión del *ius puniendi* estatal, que se encuentra gobernado por una serie de principios que si bien es cierto se aplican de forma matizada cuando se trata de la potestad

sancionadora de la Administración, también lo es que el matiz no puede afectar el núcleo esencial de las garantías que integran el derecho fundamental al debido proceso.

## 2. ANÁLISIS DE ALGUNOS ASPECTOS PUNTUALES DE LA SENTENCIA DE LA SALA PLENA DEL CONSEJO DE ESTADO DEL 29 DE SEPTIEMBRE DE 2009

En lo que tiene que ver con el segundo aspecto de esta ponencia, esto es, el análisis de algunos de los argumentos empleados por la Sala Plena para llegar a la conclusión que hemos dejado reseñada, tenemos que en el asunto que debía ser resuelto por esa Corporación era importante establecer no sólo a cuándo se entiende impuesta la sanción para determinar el término de prescripción de la facultad sancionatoria, sino que también era necesario establecer cuál era el régimen jurídico aplicable para la época, esto es, en julio de 1990.

Con fundamento en lo anterior, se dijo en la sentencia que se examina que "la normatividad que gobernaba correspondía a la consagrada en la Ley 25 de 1974, modificada por la Ley 13 de 1984" y, por consiguiente "(...) el término de prescripción aplicable en el *sub lite* es el de cinco años, razón por la cual corresponde ahora definir si la sanción se impuso dentro de ese tiempo. El cómputo del plazo de los cinco años para imponer la sanción se inicia a partir del 26 de julio de 1990, día este en que se encontró y se identificó el cadáver de la desaparecida, el término que fenecía, entonces, el 26 de julio de 1995".

Agregó que "En este lapso es preciso imponer la sanción, entendiendo por tal verbo rector expedir y notificar el acto principal, esto es, aquel mediante el cual se concluye la actuación con la atribución de responsabilidad al investigado, pero no se exige su firmeza porque la norma no lo prevé así, razón por la cual imponerle la condición de ejecutoria al acto sancionatorio principal que decidió la actuación administrativa disciplinaria significa ir más allá de lo que el legislador quiso al consagrar el artículo 12 de la Ley 25 de 1974 modificado por el artículo 13 de la Ley 13 de 1984. La decisión sobre los recursos que se interpongan contra el acto sancionatorio primigenio corresponde ya no a la actuación administrativa propiamente dicha, sino a la definición sobre el agotamiento de la vía gubernativa".

Para terminar afirmando que "*En su misión de unificar jurisprudencia, la Sala adopta la tesis según la cual entratándose de régimen sancionatorio disciplinario, la sanción se impone de manera oportuna si dentro del término asignado para ejercer esta potestad, se expide y se notifica el acto que concluye la actuación administrativa sancionatoria, que es el acto principal o primigenio y no el que resuelve los recursos de la vía gubernativa*", destacando, además que "*Esta posición unificada no aplica respecto de investigaciones en otras materias que se regulen por regímenes especiales*".

### 3. LAS APORÍAS QUE GENERA LA SENTENCIA DE LA SALA PLENA DEL CONSEJO DE ESTADO DEL 29 DE SEPTIEMBRE DE 2009

En relación con las perplejidades que surgen de la decisión judicial examinada debemos destacar que la posición asumida por la Sala Plena genera varias preguntas, así:

1. ¿Cuál es la disposición normativa que había permitido las tres interpretaciones que se destacan en la sentencia de la Sala Plena?

2. ¿Cuál es el impacto que tiene en la sentencia la expresión "Salvo disposición especial en contrario" que contiene el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo cuando precisa que "la facultad que tienen las autoridades administrativas para imponer sanciones caduca a los tres (3) años de producido el acto que pueda ocasionarlas"?

3. Teniendo en cuenta que la decisión fue adoptada con ocasión de un recurso extraordinario de súplica contra una sentencia que definía sobre la nulidad de varios actos administrativos proferidos por la Procuraduría General de la Nación dentro un proceso disciplinario, es decir, en ejercicio de la potestad disciplinaria, ¿las conclusiones que contiene la sentencia del 29 de septiembre de 2009, aplican exclusivamente a la potestad sancionadora disciplinaria?

4. En el evento de aplicarse exclusivamente a materia disciplinaria, ¿lo decidido por la Sala Plena puede ser aplicado, a su turno, como precedente a procesos disciplinarios que hayan sido resueltos con fundamento en una legislación diferente a aquella que fue empleada para resolver el caso que ocupó la atención del Consejo de Estado?

5. ¿Cuál es el impacto que tiene en la sentencia la línea jurisprudencial trazada por la Corte Constitucional y acogida por el Consejo de Estado que sostiene que el derecho disciplinario es una especie del *ius puniendi*?

6. ¿Cuál es el impacto en la sentencia de lo establecido en los artículos de la Constitución sobre la prohibición de la imprescriptibilidad de las penas (artículo 28); el debido proceso, principalmente en los componentes que se refieren a su aplicación a toda actuación judicial o administrativa, la prohibición de las dilaciones indebidas en trámites de esa naturaleza, la aplicación favorable de la ley posterior, las formas propias del juicio y el derecho a impugnar el fallo sancionatorio (artículo 29); y, por último, la prohibición de la *reformatio in pejus* cuando el sancionado sea apelante único (artículo 31)?

7. ¿Cuál es el impacto que tiene en la sentencia lo establecido en el artículo 8° de la Ley 16 de 1972, por medio de la cual se aprobó la Convención Americana sobre Derechos Humanos o "Pacto de San José de Costa Rica" y el artículo 14 de la Ley 74 de 1968 por medio de la cual se aprobaron los "Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de Derechos Civiles y Políticos, así como el Protocolo Facultativo de este último, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas"?

8. ¿Cuál es el impacto en la sentencia del principio rector de la ley disciplinaria contenido en el artículo 14 (principio de favorabilidad)<sup>3</sup> de la Ley 734 de 2002, así como lo regulado en los artículos 29, 30 y 31 de la misma ley sobre prescripción de la acción como causal de extinción de la acción disciplinaria, términos de prescripción de la acción disciplinaria y prescripción de la sanción?

9. ¿Cuál es el impacto en la sentencia del contenido y alcance de la sentencia C-1076 de 2002, por medio de la cual la Corte Constitucional declaró exequible con condiciones el artículo 119 de la Ley 734 de 2002 sobre la ejecutoria de las decisiones que se adoptan en el curso de un proceso disciplinario y que resuelven los recursos de apelación y queja, así como de aquellas contra las cuales no procede recurso alguno?

10. ¿Cuál es el impacto en la sentencia de la regulación detallada del régimen de notificaciones de las decisiones que se adoptan en el proceso disciplinario, específicamente las reglas sobre notificación del fallo contenidas en la Ley 734 de 2002 o Código Único Disciplinario?

11. ¿Cuál es el impacto que tiene en la sentencia el hecho de que en el marco de los tratados internacionales ratificados por Colombia se indique que sólo los crímenes de lesa humanidad son imprescriptibles?

12. ¿Tiene algún efecto práctico distinguir la prescripción de la acción versus la prescripción de la sanción? ¿Se hizo esa distinción en la sentencia de la Sala?

13. ¿Es cierto que en el proceso disciplinario es posible distinguir el trámite de primera o única instancia del trámite subsiguiente que se genera por la interposición de recursos contra la decisión que impone una sanción y, sobre esa base, afirmar que el primero corresponde a una actuación administrativa y el segundo a una etapa diferente e independiente por corresponder a la vía gubernativa?

14. ¿Tuvo en cuenta la sentencia de la Sala Plena que el agotamiento de la vía gubernativa interponiendo los recursos que prevé la ley, en los casos en que la decisión es susceptible de ser impugnada, hace parte de la garantía del derecho a la defensa del administrado con el fin de que se revoque el acto administrativo que, para casos como el examinado, imponen una sanción y afectan un derecho fundamental como lo es el acceso al ejercicio de la función pública?

15. ¿Tuvo en cuenta la Sala Plena, al proferir la sentencia que se examina, que la vía gubernativa no sólo es un procedimiento administrativo, sino una auténtica garantía del administrado para controvertir las decisiones de la Administración con el propósito de que sea la misma Administración la entidad que

3 En materia disciplinaria la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Este principio rige también para quien esté cumpliendo la sanción, salvo lo dispuesto en la Carta Política.

revise sus propios actos o decisiones para que enmiende o corrija sus errores de acuerdo con los principios del Estado social y democrático de derecho?

16. ¿Por qué en la sentencia de la Sala Plena no se hace mención a la necesidad de interpretar las disposiciones normativas, bien de carácter sustancial o procedimental, *pro homine*?

17. ¿Tuvo en cuenta la Sala Plena, al momento de proferir la sentencia, que en materia disciplinaria existe norma específica que establece que el fallo sancionatorio es susceptible de recurso de apelación y que al interponerse lo es en el efecto suspensivo, de conformidad con el artículo 115 de la Ley 734 de 2002, sin que existan reglas que permitan la aplicación del silencio administrativo positivo o negativo?

18. Y, finalmente, ¿la Sala Plena del Consejo de Estado tuvo en cuenta el precedente judicial contenido en la sentencia C-1076 de 2002, sentencia que condiciona la constitucionalidad del artículo 119 de la Ley 734 de 2002, relacionado con la ejecutoria de las decisiones adoptadas en el curso de un proceso disciplinario?

#### 4. LA SOLUCIÓN A ALGUNAS APORÍAS

Frente al dramático panorama que se viene planteando, ¿cuál es la solución a estas aporías? Indudablemente que un cambio de *episteme*, como ya se advierte en el Proyecto de Código Contencioso Administrativo y que ha sido mencionado en estas jornadas al proponer que el entendimiento tanto de las normas del Código como de las situaciones fácticas que se presentan en el dinámico ejercicio de la función pública, que comprende, por supuesto, la función administrativa, impone tomar en consideración los principios constitucionales para dotar de contenido legítimo tanto las normas como las decisiones administrativas, dejando de lado lo formal para ahondar en lo sustancial. Obviamente que ésto debe proyectarse, con mayor énfasis en el ejercicio de la potestad sancionadora del Estado y no puede quedar limitado a la potestad sancionadora de naturaleza disciplinaria, exclusivamente.

Recientemente, la Corte Constitucional al examinar el fenómeno de "la caducidad de la acción sancionatoria ambiental" regulada en el artículo 10 de la Ley 1333 de 2009, precisó en la sentencia C-401 de 2010, que "Es indudable que, como se sostiene por el actor, los daños ambientales pueden ser de manifestación tardía y establecerlos puede resultar muy complejo, pero ello no puede implicar necesariamente excluir la posibilidad de establecer un término de caducidad para la actividad sancionatoria del Estado, sino al imperativo de que dicho término se fije de acuerdo con criterios de razonabilidad y proporcionalidad, en función del bien jurídico que se busca proteger y la naturaleza de las sanciones que se han previsto para tal fin y consultando los requerimientos de la seguridad jurídica y el debido proceso".

Siendo este el estado actual de la cuestión, decisiones como la contenida en la sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado que se viene examinando, pugna con el conjunto de principios que emanan del complejo normativo que integra el llamado bloque de constitucionalidad, porque además so pretexto de consolidar la jurisprudencia terminó generando una protección excesiva para el Estado cuando ejerce la potestad sancionadora y una gran inseguridad jurídica para el administrado, pues se observa con preocupación, que se ha abierto paso a la imprescriptibilidad de la acción sancionatoria.

Todas las aporías destacadas tienen que ver con el contenido del fallo que se examina. Pero existen algunos errores evidentes que merecen ser destacados con el fin de asegurar la vigencia de un orden justo<sup>4</sup> y la aplicación del debido proceso a las actuaciones administrativas<sup>5</sup>.

En esta perspectiva debemos destacar que la Ley 734 de 2002, Código Disciplinario Único, regula de manera especial lo relativo a la prescripción de la acción y sanción disciplinaria, en varias disposiciones. Ya habíamos advertido que en el artículo 30 de la citada ley, el legislador señaló de manera precisa y expresa que "La acción disciplinaria prescribe en cinco años, contados para las faltas instantáneas desde el día de su consumación y para las de carácter permanente o continuado desde la realización del último acto"; igualmente, que la acción disciplinaria prescribe "En el término de doce años, para las faltas señaladas en los numerales 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10 de los artículos 48 y 55"; que "Cuando fueren varias las conductas juzgadas en un solo proceso, la prescripción de las acciones se cumple independientemente para cada una de ellas"; y en el parágrafo de ese artículo se dijo que "Los términos prescriptivos

4 El inciso 1º del artículo 2º de la Carta prevé: "Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo".

5 El artículo 29 de la Constitución establece: "El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso".

aquí previstos quedan sujetos a lo establecido en los tratados internacionales que Colombia ratifique".

Y en el artículo 119 de la misma ley, en punto a la ejecutoria de las decisiones que se adoptan en el curso del proceso disciplinario se previó que "Las decisiones disciplinarias contra las que proceden recursos quedarán en firme tres días después de la última notificación. Las que se dicten en audiencia o diligencia, al finalizar ésta, o la sesión donde se haya tomado la decisión, si no fueren impugnadas" y que "Las decisiones que resuelvan los recursos de apelación y queja, así como aquellas contra las cuales no procede recurso alguno, quedarán en firme el día que sean suscritas por el funcionario competente". Esta disposición normativa fue demandada y la Corte Constitucional la declaró exequible de manera condicionada mediante sentencia C-1076 de 2002.

La declaración de exequibilidad condicionada del referido artículo 119 de la Ley 734 de 2002 informa adecuadamente sobre la imposibilidad de aplicar las reglas del Código Contencioso Administrativo al proceso disciplinario en este aspecto particular. Evidentemente, la sentencia C-1076 precisó, dentro de las razones de la decisión, que:

Encuentra la Corte importantes semejanzas entre la disposición demandada y la expresión *quedan ejecutoriadas el día en que sean suscritas por el funcionario correspondiente*, que aparece recogida en el artículo 187 de la Ley 600 de 2000, disposición que fue objeto de pronunciamiento en el fallo C-641/02. En efecto, a pesar de que en el primer caso se trata de un asunto disciplinario y en el segundo se está en presencia de uno de carácter penal, el contenido normativo es el mismo: se trata de una providencia mediante la cual se resuelve un recurso de apelación o de queja, la cual queda ejecutoriada el día que es suscrita por el funcionario competente y no al momento de ser notificada. De tal suerte que, en el presente caso, resultan aplicables las consideraciones expresadas por esta Corte en su sentencia C-641/02:

*"Por otra parte, en tratándose de las providencias que deciden los recursos de apelación o de queja contra las providencias interlocutorias, aparentemente no sería necesario notificar su contenido, pues estas decisiones, si bien pueden tener una incidencia importante en el desenvolviendo del proceso, no es evidente que la sociedad requiera conocer su contenido, ni que deban ser comunicadas a los sujetos procesales para efectos de su cumplimiento. Con todo, también en este caso, la Corte considera que es necesario retirar del ordenamiento jurídico la interpretación que excluye de notificación a esas providencias, por las siguientes razones:*

*El principio de publicidad es la regla general que gobierna las actuaciones judiciales, por lo que toda excepción a este principio debe operar de forma restrictiva y estar plenamente justificada a partir de los fines y valores previstos en la Carta Política y en las disposiciones emanadas de los tratados internacionales de derechos humanos. De ahí que, aplicando el principio de favorabilidad en la interpretación del alcance del principio de publicidad, resulta que, en caso de duda entre dos*

*o más interpretaciones razonables de una misma disposición procesal, el operador deba preferir aquella que favorezca la publicidad del proceso”<sup>6</sup>.*

Y más adelante señaló lo siguiente:

*“Del mismo modo, el principio de publicidad en las actuaciones judiciales implica que sus excepciones deben operar de manera restrictiva, pues de no ser así se correría el riesgo de convertir la excepción en una regla. Por esta razón, si la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos establecen que el principio de publicidad sólo admite excepciones razonables y justificables a partir de una ponderación de fines y valores constitucionales, no puede interpretarse la disposición acusada en el sentido de entender que ella permite a las autoridades judiciales sustraerse del deber de notificar dichas providencias, puesto que ello conduce a convertir la excepción en regla general”<sup>7</sup>.*

De tal suerte que, a juicio de la Corte, en materia disciplinaria se aplica también la regla según la cual las decisiones de segunda instancia mediante las cuales se resuelven los recursos de apelación y queja quedan ejecutoriadas no con la simple suscripción de la misma, sino con su notificación.

La Corte considera que, al igual que lo precisó en su sentencia C-641/02, por razones de seguridad jurídica y por su importancia práctica, haciendo uso de la facultad de establecer los efectos de sus sentencias<sup>8</sup>, expresamente establece que sólo a partir de la publicación y comunicación de este fallo, se entiende que los efectos jurídicos de las decisiones que resuelvan los recursos de apelación y queja, operan a partir de la notificación y no de su mera ejecutoria.

6 En relación con la alternatividad de interpretaciones a un texto legal y la adopción que de aquella resulte más favorable a las previsions de la Carta Fundamental, esta Corporación ha sostenido que: “(...) Es posible que una norma legal pueda ser interpretada de diversas maneras y que cada una de tales interpretaciones, individualmente consideradas, no viole la Constitución. Esto significa que si cada una de esas interpretaciones fuera una proposición jurídica encarnada en una disposición legal autónoma, ellas podría ser todas constitucionales. Pero, en ciertas oportunidades, cuando esas interpretaciones jurídicas no son disposiciones autónomas, sino alternativas sobre el sentido de una disposición legal, la escogencia entre las diversas hermenéuticas posibles deja de ser un asunto meramente legal y adquiere relevancia constitucional, porque afecta principios y valores contenidos en la Carta (...). La propia Carta ha establecido reglas de preferencia para escoger entre interpretaciones alternativas de una norma legal. Así sucede, por ejemplo, en materia laboral, puesto que el artículo 52 de la Constitución señala que, en caso de duda sobre el sentido de las fuentes formales del derecho, se deberá escoger aquella interpretación que sea más favorable al trabajador. Igualmente, en materia penal, la Carta señala que la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable (CP art. 29). Por todo lo anterior, debe entonces la Corte excluir las interpretaciones de disposiciones legales que sean manifiestamente irrazonables o que no respeten el principio de favorabilidad, por cuanto la atribución de un sentido irrazonable a un texto legal, o la adopción hermenéutica por el sentido desfavorable al capturado o al trabajador, violan claros mandatos constitucionales (...)” (sentencia C-496 de 1994. M.P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO).

7 Corte Constitucional, sentencia del 13 de agosto de 2002. Asunto: Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 187 (parcial) de la Ley 600 de 2000, sentencia C-641/02, actor: Jorge Afanador Sánchez. M.P.: RODRIGO ESCOBAR GIL.

8 Sentencia C-113 de 1993.

Como se observa, existe regulación precisa sobre el particular y no es admisible, so pena de quebrantar el debido proceso, aplicar aquellas consideraciones sobre la distinción entre actuación administrativa y vía gubernativa porque en materia disciplinaria el proceso es una unidad inescindible, con sus propias reglas, que no se ajustan a una simple actuación administrativa y que, por tanto, no permiten acudir por remisión o integración a las reglas del Código Contencioso Administrativo.

## 5. EL TEMA DE LA CADUCIDAD O LA PRESCRIPCIÓN DE LA POTESTAD DISCIPLINARIA EN EL NUEVO CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Nos corresponde ahora analizar el tema tomando como referencia el contenido de los textos normativos que aparecen en el nuevo Código Contencioso Administrativo.

En el capítulo primero del título I, correspondiente a la parte primera del Código sobre "*El procedimiento administrativo*" "*disposiciones generales*" relativas a la "*Finalidad, ámbito de aplicación y principios*" se estableció en el artículo 3º, en punto a los principios, que "Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales" y que "Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad".

En el inciso 1º del citado artículo el legislador señaló que:

"En virtud del principio del debido proceso, las actuaciones administrativas se adelantarán de conformidad con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y la ley, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción" y que "En materia administrativa sancionatoria, se observarán adicionalmente los principios de legalidad de las faltas y de las sanciones, de presunción de inocencia, de no *reformatio in pejus* y *non bis in idem*".

En el artículo 47, contenido en el capítulo tercero del título III, en relación con el "Procedimiento administrativo sancionatorio" se estableció que "Los procedimientos administrativos de carácter sancionatorio no regulados por leyes especiales o por el Código Disciplinario Único, se sujetarán a las disposiciones de esta Parte Primera del Código. Los preceptos de este Código se aplicarán también en lo no previsto por dichas leyes". En el artículo 52,

sobre la "Caducidad de la facultad sancionatoria" se previó que: Salvo lo dispuesto en leyes especiales, la facultad que tienen las autoridades para imponer sanciones caduca a los tres (3) años de ocurrido el hecho, la conducta u omisión que pudiere ocasionarlas, término dentro del cual el acto administrativo que impone la sanción debe haber sido expedido y notificado. Dicho acto sancionatorio es diferente de los actos que resuelven los recursos, los cuales deberán ser decididos, so pena de pérdida de competencia, en un término de un (1) año contado a partir de su debida y oportuna interposición. Si los recursos no se deciden en el término fijado en esta disposición, se entenderán fallados a favor del recurrente, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial y disciplinaria que tal abstención genere para el funcionario encargado de resolver"; igualmente, "Cuando se trate de un hecho o conducta continuada, este término se contará desde el día siguiente a aquel en que cesó la infracción y/o la ejecución"; y, que "La sanción decretada por acto administrativo prescribirá al cabo de cinco (5) años contados a partir de la fecha de la ejecutoria".

Nos parece que el Código sigue la línea de pensamiento y fundamentación que hemos dejado sentada y que fue nuestra tesis durante las Jornadas y en el documento que se presentó a través de la Universidad cuando se analizó el Proyecto. En efecto, el Código excluye de las reglas contenidas en la nueva regulación al Código Disciplinario y a los estatutos especiales y, debe ser así, porque es la única forma racional de resolver las antinomias que se pueden presentar, pero lo más importante es que el legislador entendió que el Código Disciplinario tiene sus propias reglas sobre régimen sancionatorio.

Por eso, conviene recordar que atendiendo la convocatoria que realizó el Director del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia para que los docentes efectuáramos las observaciones pertinentes, hice algunos comentarios a estas disposiciones.

Así, en lo que tiene que ver con el numeral 1º del artículo 3º del proyecto, señalé que "Si el legislador opta por llevar al derecho positivo los principios del debido proceso, haciendo las modulaciones pertinentes en perspectiva de las funciones y fines del derecho administrativo, debe ser consecuente con esa propuesta; por consiguiente, cuando se trata del derecho administrativo sancionador, el principio de proporcionalidad deducido de los valores y principios fundamentales del Estado social y democrático de derecho debe ser incluido en el texto legal siguiendo la tendencia internacional en ese sentido, pero sobre todo para dar certeza de su existencia. No cabe duda que el principio de proporcionalidad de las faltas y de las sanciones es uno de aquellos que deben ser tenidos en cuenta por el operador jurídico al momento de resolver el tema de la responsabilidad en el ámbito del *ius puniendi*, en su variable, derecho administrativo sancionador".

También se sugirió adicionar al inciso 2º del artículo 47 del proyecto, que establece las líneas generales del procedimiento administrativo sancionador,

el siguiente texto: "la falta o infracción administrativa en la que se adecúa la conducta" de manera que la disposición normativa allí contenida quedara del siguiente tenor:

"Las actuaciones administrativas de naturaleza sancionatoria podrán iniciarse de oficio o por solicitud de cualquier persona. Cuando la autoridad establezca que existen méritos para adelantar dicha actuación, iniciará el procedimiento correspondiente mediante acto administrativo en el que se señalarán los hechos que lo originan, las personas naturales o jurídicas objeto de la investigación, las disposiciones presuntamente vulneradas, la falta o infracción administrativa en la que se adecúa la conducta y las sanciones o medidas que serían procedentes. Este acto administrativo deberá ser notificado personalmente a los investigados, quienes, dentro de los quince (15) días siguientes, podrán solicitar o aportar las pruebas que pretendan hacer valer. Contra esta decisión no procede recurso".

Lo anterior porque "La inclusión de este requisito asegura el cumplimiento de los principios de legalidad de la infracción administrativa y, desde luego, el debido proceso. Como se trata de una regla procedimental con efectos sustanciales, la misma debe responder a los principios indicados y permite, en últimas, el adecuado ejercicio del derecho a la defensa".

Así mismo, en relación con la caducidad de la facultad sancionatoria, propuse que en el primer inciso se adicionara el texto "debe quedar debidamente ejecutoriado", de manera que la norma diga lo siguiente:

"Salvo disposición legal en contrario, la facultad que tienen las autoridades para imponer sanciones caduca a los tres (3) años de ocurrido el hecho, la conducta u omisión que pudiese ocasionarlas, término dentro del cual el acto administrativo que impone la sanción debe quedar debidamente ejecutoriado (ser expedido y notificado). Cuando se trate de un hecho o conducta continuada, este término se contará desde el día siguiente a aquel en que cesó la infracción y/o la ejecución".

Para ello razonamos de la siguiente manera: "Se trata de ajustar el fenómeno de la caducidad de la potestad sancionatoria a una actuación diligente y oportuna de la administración que no queda satisfecha por el solo hecho de expedir y notificar el acto administrativo sancionatorio pues esa tesis permite que la administración, luego de cumplidos esos requisitos formales, pueda extender la potestad sancionatoria indefinidamente, lo cual atenta contra la norma constitucional de penas irredimibles" y porque "De otro lado, el administrado tiene certeza del tiempo real de la caducidad. Tres años son suficientes y la dilación en el trámite no es una situación procesal que deba asumir el administrado". Conviene agregar a lo expuesto, que no es razonable, ni proporcional, que el administrado deba soportar la carga adicional de las dilaciones de la Administración, pues esto haría más gravosa su situación y el hecho de que haya podido infringir una norma no permite

un trato de tales características, pues esto atenta contra la dignidad del ser humano.

Además, cabe recordar que en la ponencia para primer debate del Proyecto de Código Contencioso Administrativo, del 27 de noviembre de 2009, se indicó que el nuevo estatuto se adecúa a los fines del Estado social de derecho y a los principios de la función administrativa señalados en la Constitución, porque "La totalidad del nuevo texto del código está impregnada por los fines esenciales del Estado definidos en el artículo 2° de la Constitución Política, por los principios de la función administrativa estatuidos en el artículo 209 de la CP y por otros, que como el principio de buena fe y el principio del debido proceso administrativo"; de la misma manera, se indicó que es evidente el "Establecimiento de reglas imperativas para que la administración *proteja directamente los derechos de las personas en sede administrativa*", porque "En un estado social de derecho, el reconocimiento de los derechos de las personas debe hacerse prioritariamente por la administración, dejando la intervención del juez solamente para aquellas situaciones excepcionales en que la administración encuentre que debe negar su reconocimiento".

Siendo lo anterior así, no tiene sentido que el Proyecto trate de ajustar la normatividad del Código Contencioso Administrativo a los principios fundantes del Estado social de derecho y mediante una sentencia que busca unificar la jurisprudencia, se vulnere abierta y ostensiblemente el derecho al debido proceso, poniendo en grave peligro otro derecho fundamental como lo es el acceso a la función pública, como tampoco es razonable que estando en tan grave riesgo dos derechos fundamentales constitucionales, las organizaciones defensoras de los derechos humanos aplaudan una decisión de tales características únicamente por el hecho de que al revocar la Sala Plena la sentencia de segunda instancia proferida por una de las salas contenciosas del Consejo de Estado, se haya hecho justicia respecto de un General de la República a tan alto precio, esto es, generando una tesis que de aplicarse de la forma como viene propuestas genera espacios para la imprescriptibilidad de la acción disciplinaria.

Cabe recordar que la Procuraduría General de la Nación, según la *Nota relatoría* 32.1 sobre la "Prescripción e imprescriptibilidad de la sanción disciplinaria", siguiendo la línea jurisprudencial trazada por la Corte Constitucional, tiene señalado que:

"Adicionalmente debe recordarse que en este campo la Constitución Política en el artículo 28 consagra el principio de la imprescriptibilidad de las penas, respecto del cual, en relación con la acción penal, esta Corporación recordó que:

"Respecto de la pena, el artículo 28 de la Constitución Política, en el último inciso se refirió a que en ningún caso podrá haber penas imprescriptibles. El transcurso del tiempo obra como causa de extinción de la punibilidad no solamente en

abstracto -prescripción del delito-, sino en concreto -prescripción de la pena-, y, por consiguiente, pone fin al proceso penal.

El Estado se encuentra en la obligación de investigar dentro de un determinado tiempo, la presunta comisión de un hecho punible. Este principio es parte integrante de los principios que conforman un Estado social de derecho que vela por la dignidad de la persona y el respeto efectivo de los derechos humanos, de conformidad con los artículos 1º y 2º de la Constitución Política.

Así, el principio de celeridad debe caracterizar los procesos penales. Ni el sindicado tiene el deber constitucional de esperar indefinidamente que el Estado califique el sumario o profiera una sentencia condenatoria, ni la sociedad puede esperar por siempre el señalamiento de los autores o de los inocentes de los delitos que crean zozobra en la comunidad.

Esta idea es reiterada por EISEN cuando afirma que ello "implica un justo equilibrio entre la salvaguardia del interés general de la comunidad y el respeto de los derechos fundamentales del hombre, aunque atribuyendo un valor particular a estos últimos". EISEN, MARC ANDRÉ. *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Editorial Cuadernos Civitas, Madrid, 1985, p. 95.

Consagrar la imprescriptibilidad de la acción penal, viola el artículo 2º numeral 1º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas y el artículo 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos, instrumentos internacionales que, al tenor del artículo 93 superior, prevalecen en el orden interno.

Por tal razón, con base en los instrumentos internacionales que Colombia ha ratificado y en la Constitución Política de 1991, es imposible pensar en interpretar en forma diferente la prescriptibilidad de la acción penal y de la pena (...) sentencia C-176/94. M.P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

En materia disciplinaria este principio resulta igualmente aplicable, pues la potestad sancionadora de la Administración debe ejercerse no sólo dentro de los límites que le permitan cumplir a la sanción con su poder corrector, sino que no vulneren los principios que conforman el Estado social de derecho, a que alude la jurisprudencia reseñada y en particular la dignidad de la persona y el respeto efectivo de los derechos humanos, de conformidad con los artículos 1º y 2º de la Constitución Política.

De otro lado, la Corte considera necesario señalar que no resultaría razonable que, aún con la anuencia de los interesados, la acción disciplinaria y la consecuente posibilidad de imponer sanciones, permaneciera suspendida en espera de una decisión determinada, toda vez que esta circunstancia generaría incertidumbre, congestión y parálisis de la función pública contrariando los principios de economía y celeridad (artículo 209 CP), que rigen la potestad disciplinaria, como función administrativa.

Así mismo, cabe recordar que como ha señalado esta Corporación "La firmeza de las decisiones es condición necesaria para la seguridad jurídica.

Si los litigios concluyen definitivamente un día, y tanto las partes implicadas en él, como el resto de la comunidad, tienen certeza de que a partir de ese momento la decisión judicial es inalterable, el proceso cumple un papel eficaz en la solución de los conflictos". Sentencia C-548/97. M.P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ. (Corte Constitucional, sentencia 556/01).