



Consejo Superior
de la Judicatura
Sala Administrativa

Escuela Judicial
"Rodrigo Lara Bonilla"

Interpretación Jurisprudencial desde la perspectiva de los Jueces y Juezas en Colombia

Área Disciplinaria y Salas Administrativas

República de Colombia

**PLAN DE FORMACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL
CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA ADMINISTRATIVA**

Presidente

HERNANDO TORRES CORREDOR

Vicepresidente

JOSÉ ALFREDO ESCOBAR ARAÚJO

Magistrados

JORGE ANTONIO CASTILLO RUGELES

NÉSTOR RAÚL CORREA HENAO

FRANCISCO ESCOBAR HENRÍQUEZ

RICARDO MONROY CHURCH

**ESCUELA JUDICIAL
"RODRIGO LARA BONILLA"**

GLADYS VIRGINIA GUEVARA PUENTES

Directora

DIEGO GERARDO BOLIVAR USECHE

Coordinador Académico

Programa de Investigación Académica

**INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL
DESDE LA PERSPECTIVA DE
LOS JUECES Y JUEZAS EN COLOMBIA**

ÁREA DISCIPLINARIA Y SALAS ADMINISTRATIVAS

VICENTE BENÍTEZ R.

**PLAN DE FORMACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL
CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA ADMINISTRATIVA**

INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS JUECES Y JUEZAS EN COLOMBIA
ÁREA DISCIPLINARIA Y SALAS ADMINISTRATIVAS

VICENTE BENÍTEZ R.

Autor

ARIEL DE JESÚS CUSPOCA ORTIZ, BAUDILIO MURCIA RAMOS, LUIS WILSON BÁEZ SALCEDO

La sobrecarga de trabajo como justificación de la mora judicial

LUIS FERNANDO ZAPATA ARRUBLA, JORGE ELIÉCER GAITÁN PEÑA, LUIS HERNANDO CASTILLO RESTREPO

Alteración del turno para decidir en casos de mora judicial

GLORIA ALCIRA ROBLES CORREAL, JOSÉ ALEJANDRO BALAGUERA GALVIS, OSCAR CARRILLO VACA, JOSÉ REYES RODRÍGUEZ CASAS, LUIS ROLANDO MOLANO FRANCO

La prescripción de la falta disciplinaria en los casos de retención o utilización de los dineros, documentos o bienes del cliente por parte del abogado

JESÚS ANTONIO SILVA URRIBAGO, JORGE RIGOBERTO VILLAREAL OCAÑA

El problema de la antijuridicidad en el derecho disciplinario

MIGUEL ÁNGEL BARRERA NÚÑEZ, LUIS FRANCISCO CASAS FARFÁN

La autonomía judicial en la interpretación y el derecho disciplinario

RICARDO ERNESTO VALDIVIESO SALGUERO

La obligatoriedad de la defensa técnica en derecho disciplinario

CLAUDIA ROCÍO TORRES BARAJAS, EDGAR RICARDO CASTELLANOS ROMERO

La moral y las buenas costumbres en el derecho disciplinario: una reflexión desde la tipicidad

LORENA GÓMEZ ROA

La motivación del retiro de empleados en provisionalidad que ocupan cargos de carrera judicial

EDITH ALARCÓN BERNAL

¿Cuál debe ser la jurisdicción competente para conocer los casos de responsabilidad médico-hospitalaria oficial?

Investigadores

AUTORUN DISEÑO Y COMUNICACIÓN

Diagramación

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

DERECHOS EXCLUSIVOS DE PUBLICACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LA OBRA.
CALLE 11 NO 9ª -24 PISO 4 WWW.RAMAJUDICIAL.GOV.CO

ISBN: 978-958-8331-74-4

PRIMERA EDICIÓN BOGOTÁ, JUNIO DE 2011. IMPRESO EN COLOMBIA

PLAN DE FORMACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL

Programa de Investigación Académica

PRESENTACIÓN

El Módulo de Interpretación Jurisprudencial desde la Perspectiva de Jueces y Juezas en el Área Disciplinaria y Salas Administrativas de Formación de la Rama Judicial, aprobado por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y construido por la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” de conformidad con su modelo educativo y enfoque curricular integrado e integrador constituye el resultado del esfuerzo articulado entre los y las discentes del IV Curso de Formación Judicial Inicial promoción 2009, las Magistradas y los Magistrados de la Red de Formadores y Formadoras Judiciales y los Comités Académicos, bajo la coordinación del Magistrado Hernando Torres Corredor, con la asesoría del doctor Diego Eduardo López Medina y la autoría del doctor **VICENTE BENÍTEZ R.**, quien con su conocimiento y experiencia y con el apoyo permanente de la Escuela Judicial, se propusieron responder a las necesidades de formación desde la perspectiva de una administración de justicia cada vez más justa, oportuna y cercana a todos los colombianos. **VICENTE BENÍTEZ R.** es Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana y especialista en Derecho Constitucional de la misma universidad. Es profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de La Sabana y en la Pontificia Universidad Javeriana. Es integrante del Grupo de Investigación “Justicia, Ámbito público y Derechos Humanos”.

El módulo de Interpretación Jurisprudencial desde la Perspectiva de Jueces y Juezas en el Área Disciplinaria y Salas Administrativas que se presenta a continuación, responde a la modalidad de aprendizaje autodirigido orientado a la aplicación en la práctica judicial, con absoluto respeto por la independencia judicial, cuya construcción responde a los resultados obtenidos de los trabajos de investigación desarrollados por los y las discentes del IV Curso de Formación Judicial Inicial Promoción 2009 a quienes en la estructura del curso se les planteó la construcción, análisis y sustentación de líneas jurisprudenciales en las distintas áreas del componente de formación especializada.

El texto entregado por fue validado con los Funcionarios de los Comités Académicos quienes con sus observaciones enriquecieron este trabajo.

Se mantiene la concepción de la Escuela Judicial en el sentido de que todos los módulos, como expresión de la construcción colectiva, democrática y solidaria de conocimiento en la Rama Judicial, están sujetos a un permanente proceso de retroalimentación y actualización, especialmente ante el control que ejercen las Cortes.

Enfoque pedagógico de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”

La Escuela Judicial como Centro de Formación Judicial Inicial y Continua de la Rama Judicial responde al modelo pedagógico sistémico y holista de la educación, es decir, que el conocimiento se gesta y desarrolla como resultado de un proceso de interacción sistémica entre pares, todos los cuales participan de manera dinámica como formadores o discentes, en el contexto de innovación, investigación y proyección social de las sociedades del conocimiento, a partir de los siguientes criterios:

- Respeto por los Derechos Fundamentales.
- Respeto por la independencia de Jueces y Juezas.
- Un modelo basado en el respeto a la dignidad humana y la eliminación de todas las formas de discriminación
- Consideración de la diversidad y la multiculturalidad.
- Orientación hacia el ciudadano.
- Una dimensión personalizada de la educación.

- Énfasis en una metodología activa apoyada en el uso de las TICs en educación, con especial énfasis en las tecnologías de educación virtual *B-learning*.
- Mejoramiento de la práctica judicial
- Compromiso socializador.
- Dimensión creativa de la educación.
- Aproximación sistémica, integral e integrada a la formación.
- Aprendizaje basado en el estudio de problemas a través del método del caso y el análisis de la jurisprudencia.

La EJRLB desarrolla la gestión pedagógica con base en los tres ejes fundamentales alrededor de los cuales se fundamenta la sociedad el conocimiento: investigación académica aplicada, el Plan de Formación de la Rama Judicial y la proyección social de la formación.

1. Investigación Aplicada: Conjunto de actividades que posibilita la integración de todos los elementos que contribuyen al desarrollo, la introducción, la difusión y el uso del conocimiento.
2. Plan de Formación: Desarrollo de la capacidad y las condiciones para que los discentes construyan su propio modelo interpretativo de la realidad en búsqueda de lograr la transformación de su proyecto de vida y del contexto en el que interactúa. El aprendizaje se asume como el resultado de la interacción entre pares que con su experiencia se convierten en insumos de los unos para con los otros y de esta manera enriquecen los elementos y juicios para la toma de decisiones.
3. Proyección Social de la Formación: Se trata de la extensión de los programas de formación que realiza la EJRLB a comunidades distintas a los servidores y servidoras de la Rama Judicial. Se concibe el rol que la Escuela Judicial tiene como integradora de conocimiento y su labor de proyectarlo no sólo dentro de la Rama Judicial sino también en todas las comunidades que tienen que ver con la formación en justicia bajo todas sus manifestaciones.

Igualmente, el modelo pedagógico se enmarca dentro de las políticas de calidad y eficiencia establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura en el Plan Sectorial de Desarrollo, con el propósito de contribuir con la

transformación cultural y el fortalecimiento de los fundamentos conceptuales, las habilidades y las competencias de los y las administradoras de justicia, quienes desarrollan procesos formativos sistemáticos y de largo aliento orientados a la cualificación de los mismos, dentro de criterios de profesionalismo y formación integral, que redundan, en últimas, en un mejoramiento de la atención de los ciudadanos y ciudadanas.

Aprendizaje activo

Este modelo educativo implica un **aprendizaje activo** diseñado y aplicado desde la práctica judicial para mejorar la organización; es decir, a partir de la observación directa del problema, de la propia realidad, de los hechos que impiden el avance de la organización y la distancian de su misión y de sus usuarios; invita a compartir y generalizar las experiencias y aprendizajes obtenidos, sin excepción, por todas las y los administradores de justicia, a partir de una dinámica de reflexión, investigación, evaluación, propuesta de acciones de cambio y ejecución oportuna, e integración de sus conocimientos y experiencia para organizar equipos de estudio, compartir con sus colegas, debatir constructivamente los hallazgos y aplicar lo aprendido dentro de su propio contexto.

Crea escenarios propicios para lograr estándares de rendimiento que permiten calificar la prestación pronta y oportuna del servicio en ámbitos locales e internacionales complejos y cambiantes; crear relaciones estratégicas comprometidas con los "usuarios y usuarias" clave del servicio público; usar efectivamente la tecnología; desarrollar buenas comunicaciones, y aprender e interiorizar conceptos organizativos para promover el cambio. Así, los Jueces, Juezas y demás servidores y servidoras no son simples transmisores del aprendizaje, sino gestores y gestoras de una realidad que les es propia, y en la cual construyen complejas interacciones con los usuarios y usuarias de esas unidades organizacionales.

Aprendizaje social

En el contexto andragógico de esta formación, se dota de significado el mismo decurso del aprendizaje centrándose en procesos de aprendizaje social como eje de una estrategia orientada hacia la construcción de condiciones que permitan la transformación de las organizaciones. Es este

proceso el que lleva al desarrollo de lo que en la reciente literatura sobre el conocimiento y desarrollo se denomina como la promoción de sociedades del aprendizaje "*learning societies*", organizaciones que aprenden "*learning organizations*", y redes de aprendizaje "*learning networks*"¹.

Los procesos de aprendizaje evolucionan hacia los cuatro niveles definidos en el esquema mencionado: (a) nivel individual, (b) nivel organizacional, (c) nivel sectorial o nivel de las instituciones sociales, y (d) nivel de la sociedad. Los procesos de apropiación de conocimientos y saberes son de complejidad creciente al pasar del uno al otro.

En síntesis, se trata de una formación que a partir del desarrollo de la creatividad y el espíritu innovador de cada uno de los y las participantes, busca convertir esa información y conocimiento personal, en *conocimiento corporativo* útil que incremente la efectividad y la capacidad de desarrollo y cambio de la organizacional en la Rama Judicial, trasciende al nivel sectorial y de las instituciones sociales contribuyendo al proceso de creación de "*lo público*" a través de la apropiación social del mismo, para, finalmente, en un cuarto nivel, propiciar procesos de aprendizaje social que pueden involucrar cambios en los valores y las actitudes que caracterizan la sociedad, o conllevar acciones orientadas a desarrollar una capacidad para controlar conflictos y para lograr mayores niveles de convivencia.

Currículo integrado-integrador

En la búsqueda de nuevas alternativas para el diseño de los currículos se requiere partir de la construcción de núcleos problemáticos, producto de la investigación y evaluación permanentes. Estos núcleos temáticos y/o problemáticos no son la unión de asignaturas, sino el resultado de la integración de diferentes disciplinas académicas y no académicas (cotidianidad, escenarios de socialización, hogar) que alrededor de problemas detectados, garantizan y aportan a la solución de los mismos. Antes que contenidos, la estrategia de integración curricular, exige una mirada crítica de la realidad.

La implementación de un currículo integrado-integrador implica que la "*enseñanza dialogante*" se base en la convicción de que el discurso

1 *Teaching and Learning: Towards the Learning Society*; Bruselas, Comisión Europea, 1997.

del formador o formadora, será formativo solamente en el caso de que él o la participante, a medida que reciba los mensajes magistrales, los reconstruya y los integre, a través de una actividad, en sus propias estructuras y necesidades mentales. Es un diálogo profundo que comporta participación e interacción. En este punto, con dos centros de iniciativas donde cada uno (formador, formadora y participante) es el interlocutor del otro, la síntesis pedagógica no puede realizarse más que en la interacción de sus actividades orientadas hacia una meta común: la adquisición, producción o renovación de conocimientos.

Aplicación de la Nuevas Tecnologías

La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, a través de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, consciente de la necesidad de estar a la vanguardia de los avances tecnológicos al servicio de la educación para aumentar la eficacia de los procesos formativos ha puesto al servicio de la Rama Judicial el Campus y el Aula Virtual. Así, los procesos formativos de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, se ubican en la modalidad *b-learning* que integra la virtualidad con la presencialidad, facilitando los escenarios de construcción de conocimiento en la comunidad judicial.

La virtualización de los programas y los módulos, permite actualizar los contenidos en tiempo real y ampliar la información, ofrece la oportunidad de acceder a una serie de herramientas como videos, audios, animaciones, infografías, presentaciones multimediales, hipertextos, etc., que hacen posible una mayor comprensión de los contenidos y una mayor cobertura.

Finalmente, el Módulo de Interpretación Jurisprudencial desde la Perspectiva de Jueces y Juezas en el Área Disciplinaria y Salas Administrativas que la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” entrega a la judicatura colombiana, acorde con su modelo educativo, es una oportunidad para que la institucionalidad, con efectiva protección de los derechos fundamentales y garantías judiciales, cierre el camino de la impunidad para el logro de una sociedad más justa.

Agradecemos el envío de todos sus aportes y sugerencias a la sede de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” en la Calle 11 No 9A -24

piso 4, de Bogotá, o al correo electrónico escuelajudicial@ejrlb.net los cuales contribuirán a la construcción colectiva del saber judicial alrededor del Módulo de Interpretación Jurisprudencial desde la Perspectiva de Jueces y Juezas en el Área Disciplinaria y Salas Administrativas.

CONTENIDO

ÁREA DISCIPLINARIA Y SALAS ADMINISTRATIVAS

- 3** LA SOBRECARGA DE TRABAJO COMO JUSTIFICACIÓN DE LA MORA JUDICIAL
- 15** LA ALTERACIÓN DE LOS TURNOS PARA DECIDIR EN LOS CASOS DE MORA JUDICIAL
- 29** LA PRESCRIPCIÓN DE LA FALTA DISCIPLINARIA EN LOS CASOS DE RETENCIÓN O UTILIZACIÓN DE LOS DINEROS, DOCUMENTOS O BIENES DEL CLIENTE POR PARTE DEL ABOGADO
- 41** EL PROBLEMA DE LA ANTIJURIDICIDAD EN EL DERECHO DISCIPLINARIO
- 53** LA AUTONOMÍA JUDICIAL EN LA INTERPRETACIÓN Y EL DERECHO DISCIPLINARIO
- 67** LA OBLIGATORIEDAD DE LA DEFENSA TÉCNICA EN DERECHO DISCIPLINARIO
- 81** LA MORAL Y LAS BUENAS COSTUMBRES EN EL DERECHO DISCIPLINARIO UNA REFLEXIÓN DESDE LA TIPICIDAD
- 95** LA MOTIVACIÓN DEL RETIRO DE EMPLEADOS EN PROVISIONALIDAD QUE OCUPAN CARGOS DE CARRERA JUDICIAL
- 117** ¿CUÁL DEBE SER LA JURISDICCIÓN COMPETENTE PARA CONOCER LOS CASOS DE RESPONSABILIDAD MÉDICO-HOSPITALARIA OFICIAL?

LA SOBRECARGA DE TRABAJO COMO JUSTIFICACIÓN ANTE LA MORA JUDICIAL

Ensayo elaborado a partir del tema seleccionado por Ariel de Jesús Cuspoca Ortiz, Baudilio Murcia Ramos y Luis Wilson Laureano Báez Salcedo para el IV Curso de formación judicial de la Escuela Rodrigo Lara Bonilla.

Promoción 2009.

1. INTRODUCCIÓN

La congestión judicial es un problema que aqueja el sistema de justicia en Colombia. En efecto, según la Corporación Excelencia en la Justicia para el año 2009, en la jurisdicción civil el represamiento de expedientes superaba los 500.000¹, a pesar de que se presentó una disminución considerable frente a años anteriores.

La mora judicial es un problema que agobia al país desde hace varios años y por esa razón, uno de los fundamentos del artículo 228 de la Constitución –según consta en las gacetas de la Asamblea Nacional Constituyente²– lo constituye la necesidad de erradicar la congestión. Ahora bien, uno de los medios elegidos por el constituyente (así como por el legislador) para lograr ese fin fue sancionar a los jueces que contravengan ese deber de decidir a tiempo, en la medida en que con esa situación, se vulneran derechos fundamentales como el debido proceso, igualdad y el principio de seguridad jurídica entre otros.

- 1 Cfr. Informe de la Corporación Excelencia en la Justicia del 4 de febrero de 2010. Disponible en <http://www.cej.org.co/justiciometros/2023-expedientes-represados-en-la-justicia-ordinaria>. Recuperado el 26 de enero de 2011.
- 2 Gaceta Constitucional No. 88 página 2 y Gaceta Constitucional No. 24 págs. 28-29. Citadas en la sentencia T-572 de 1992.

En ese orden de ideas en este capítulo se van a trabajar varios problemas constitucionales que se generan por la situación de incumplimiento en los términos por parte de los jueces. En un primer momento, se analizará si el mero incumplimiento por parte de un juez que decide tardíamente y que aduce sobrecarga de trabajo, es una conducta reprochable a la luz del Derecho disciplinario. Posteriormente y teniendo en cuenta la respuesta de la Corte Constitucional al problema planteado inicialmente, se trabajará otro problema constitucional y en ese sentido, se hará un estudio del trazado jurisprudencial sobre la posibilidad de modificar el turno para decidir los procesos en despachos con alta congestión judicial.

1.1 Problema jurídico

La Corte Constitucional³ en diversas oportunidades ha afirmado que de acuerdo con el artículo 29 de la Constitución, lo reprochable en la conducta del juez que no decide dentro del término legal, no es el simple retardo objetivamente considerado, sino que se exige que éste sea injustificado. En otros términos, para que la conducta del juez pueda ser sancionada desde el derecho disciplinario, se requiere también de un elemento subjetivo y es que el retardo sea injustificado.

Como se puede observar la expresión *injustificado* es una de esas palabras que la doctrina ha denominado tradicionalmente de textura abierta, que como se sabe, incrementa el margen de discrecionalidad del operador jurídico. A pesar de lo anterior, y para reducir esa brecha interpretativa, es necesario conocer cuál es la postura de la Corte Constitucional con respecto a una de las explicaciones más recurrentes de los jueces que no deciden a tiempo los negocios que se ventilan ante ellos y se trata de la congestión judicial o la sobrecarga de trabajo.

Bajo ese contexto, es preciso preguntarse entonces si es procedente la aplicación, sin más, del artículo 228 de la Constitución, es decir, si es viable desde el punto de vista constitucional, sancionar a los jueces que superen el término máximo previsto por la ley para tomar una decisión. Si la respuesta es afirmativa, existe el peligro de sancionar injustamente jueces que,

3 Cfr. Sentencia T-604 de 1995.


a pesar de haber obrado con diligencia, no lograron cumplir con los términos. Si la respuesta es negativa, entonces el artículo 228 no sería una disposición normativa en la medida en que su infracción no tendría consecuencia alguna.

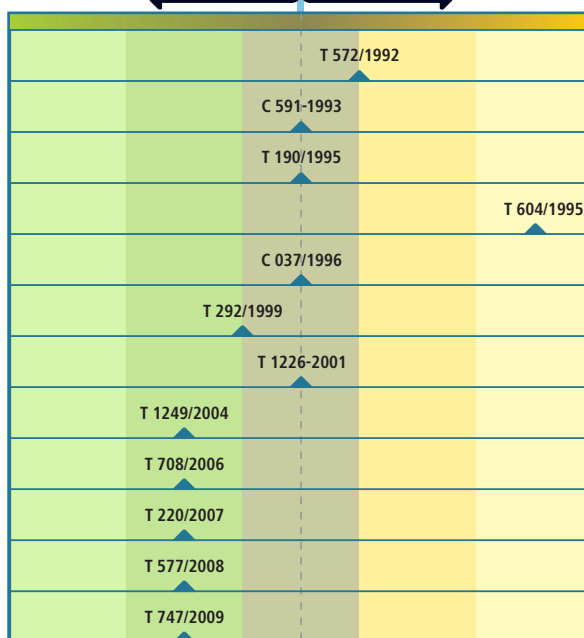
Para superar ese dilema la Corte Constitucional ha analizado el punto desde su primer año de actividades a la fecha y ha ido refinando una respuesta al mismo. Así las cosas, el análisis de la mora judicial girará en torno al siguiente problema jurídico: ¿la sobrecarga de trabajo o congestión judicial es un motivo constitucionalmente aceptable para no incurrir en una dilación injustificada, que conlleve a su vez una sanción disciplinaria?


A continuación se presenta el recorrido jurisprudencial de la Corte Constitucional colombiana, así como sus principales variaciones.

2. GRÁFICA DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL

¿La sobrecarga de trabajo o congestión judicial es un motivo constitucionalmente aceptable para no incurrir en una dilación injustificada, que conlleve a su vez una sanción disciplinaria?

TESIS A 
La sola mención de la sobrecarga es aceptable.



TESIS B 
No es un motivo aceptable de ninguna forma.

3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

En esta parte se procederá a describir las variaciones jurisprudenciales en relación con la sobrecarga de trabajo como criterio que justificaría decidir por fuera de los términos procesales. Para lograr ese objetivo, se dividirá el recorrido en tres partes. Esta división responde a dos criterios (i) uno cronológico (grupos de sentencias cada cinco años aproximadamente); y (ii) uno temático que coincide con el cronológico, debido a que los cambios graduales como no implican grandes variaciones, no son tan perceptibles o importantes en los periodos propuestos.

3.1 Los inicios de la Corte: 1992-1996

La característica principal de este periodo es que la Corte Constitucional sigue muy de cerca el anhelo del constituyente por erradicar definitivamente la mora judicial y en consecuencia, la sobrecarga de trabajo como justificación no es suficiente, sino que se requieren otros elementos.

Así las cosas, la Corte en su primera providencia analizó el caso de una persona que formuló una denuncia penal en el año de 1989 por cuenta del ingreso intempestivo que en su habitación realizó un tercero. Ocurrió que la denuncia fue trasladada a diversos despachos por cuestión de competencia y corría el año de 1992 y aún no se decidía nada. Por lo anterior, el presunto afectado interpuso una acción de tutela contra el juzgado que conocía en ese momento del expediente, por considerar vulnerado su derecho al debido proceso. La Corte Constitucional en sus consideraciones afirma que el incumplimiento de los términos judiciales, sin motivación alguna, implica automáticamente una dilación injustificada que debe ser sancionada disciplinariamente⁴ e insta de una forma vehemente al Ministerio Público para que investigue y sancione esas conductas. En palabras más simples, la respuesta al problema jurídico es negativa. De acuerdo con lo anterior, la Corte Constitucional concede el amparo y le ordena al Juez Once Penal Municipal que en el término de 10 días hábiles dicte resolución inhibitoria o resolución de apertura de

4 Cfr. Sentencia T-572 de 1992.

instrucción. Como se observa, en este primer pronunciamiento no se examina el contenido de la expresión *sin causa motivada*, que al parecer podría justificar la conducta del juez que decide tardíamente.

Un año más tarde la Corte Constitucional volvería a pronunciarse sobre el particular en una sentencia de constitucionalidad. Se trata de la sentencia C-591 de 1993 en la cual analiza el artículo 42 del decreto 2651 de 1991 (transitorio)⁵ cuyo propósito era eliminar la congestión en los despachos judiciales y uno de los mecanismos para lograr ese propósito era sancionar a los servidores judiciales que no decidieran a tiempo. El demandante consideraba que el elenco de sanciones previsto por la norma para evitar demoras por parte del juez era desproporcionado. Bajo ese contexto la Corte Constitucional flexibiliza un poco su posición teniendo en cuenta que afirma que las sanciones son constitucionales porque los nuevos instrumentos y reformas procedimentales incluidos en el decreto son suficientes y proporcionales para descongestionar la justicia (evidentemente eso no ha sucedido). En esta providencia se vislumbra un régimen subjetivo de responsabilidad porque se exige además del elemento objetivo (decidir tardíamente) la negligencia o incuria, por parte del juez. En otros términos, existe una causa que es un motivo justificado para decidir más allá de los términos procesales y es la diligencia.

En el año 1995 la Corte profiere dos providencias que hacen referencia directa a la sobrecarga de trabajo. La primera de ellas (T-190 de 1995) se refería al caso de una persona a la cual se le había iniciado una investigación penal por parte de la Fiscalía, pero había transcurrido más de cuatro años sin que se decidiera algo, a pesar de las constantes solicitudes de la defensa. Por lo anterior, la investigada interpuso una acción de tutela por la dilación. En esa oportunidad la Corte señala que la sola referencia a la acumulación de procesos no es un argumento suficiente para justificar la conducta omisiva y por esa razón confirma las decisiones de instancia que habían concedido el amparo a la tutelante.

5 Artículo 42 del decreto 2651 de 1991: "Términos procesales. El Consejo Superior de la Judicatura vigilará que los términos procesales se observen con diligencia y sancionará su incumplimiento así: primero mediante llamado de atención, luego con amonestación escrita y anotación en la hoja de vida, y si después de un término prudencial no se ha puesto al día y subsiste la mora, ésta se sancionará, en su orden, con multa, suspensión del cargo y finalmente destitución".

Ese mismo año⁶ se examinó un caso ante la Corte: se trataba de una persona privada de su libertad por haber cometido un delito, que solicitó un permiso para salir de prisión por 72 horas de conformidad con los beneficios que le concedía la ley 65 de 1993. No obstante la Penitenciaría Nacional negó el permiso porque contra el solicitante cursaba un proceso penal. Por lo anterior, éste interpuso una acción de tutela para que el juzgado que adelantaba el proceso penal en su contra decidiera lo más pronto posible para determinar si podía acceder al permiso que había solicitado. De conformidad con lo anterior la Corte Constitucional endurece su tesis y asegura que la congestión judicial no es un factor que justifique la conducta de los jueces, porque eso implicaría trasladar las fallas en la prestación de un servicio estatal al ciudadano. Por esa razón esta providencia ordena a la juez que adelanta el proceso contra el accionante, que en el término de 15 días hábiles proceda a cerrar las investigaciones cuyos términos se encuentran vencidos y, por otra parte, que continúe con el trámite de las demás investigaciones observando los plazos que concede la ley.

El último pronunciamiento que cierra esta primera etapa es la sentencia C-037 de 1996 en la cual analizó la constitucionalidad del proyecto de ley que vendría a ser la Ley Estatutaria de Administración de Justicia (ley 270 de 1996). Para los efectos de este escrito, la parte relevante de la sentencia se contrae al estudio del artículo 4 de esa ley⁷ que establece que el incumplimiento de los términos procesales, se considerará causal de mala conducta. Aunque se declara la constitucionalidad del artículo, en las consideraciones se afirma que es necesario analizar si el funcionario responsable “ha actuado en forma negligente o si, por el contrario, su tardanza se encuentra inmersa dentro de alguna de las causales de justificación de responsabilidad, tales como la fuerza mayor, el caso fortuito, la culpa del tercero o cualquier otra circunstancia objetiva y razonable”. En consecuencia, en este pronunciamiento se amplía la posibilidad de justificar la conducta ante sobrecarga de trabajo: además de lo dicho anteriormente (demostrar diligencia), es posible justificar la conducta si se demuestra que una fuerza mayor, un caso fortuito o la culpa del tercero fueron determinantes para decidir por fuera de los términos procesales.

6 Sentencia T-604 de 1995.

7 Artículo 4: “*CELERIDAD. La administración de justicia debe ser pronta y cumplida. Los términos procesales serán perentorios y de estricto cumplimiento por parte de los funcionarios judiciales. Su violación constituye causal de mala conducta, sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar. Lo mismo se aplicará respecto de los titulares de la función disciplinaria*”.

En síntesis durante este primer momento, (i) se importan conceptos clásicos del derecho privado y en ese sentido la responsabilidad desaparece si el juez demuestra diligencia o que la tardanza se debe a una fuerza mayor, caso fortuito o culpa de un tercero; y (ii) la sobrecarga de trabajo por sí sola no es un argumento que permita justificar la decisión por fuera de los términos procesales (sentencia T-604 de 1995).

3.1.1 La sobrecarga de trabajo como punto de análisis: 1997-2003

El común denominador de este periodo es que la Corte trata de establecer relaciones entre las causales de justificación enunciadas anteriormente y la sobrecarga de trabajo. Si bien es cierto que no se modifica sustancialmente la jurisprudencia, hay que decir que se van precisando elementos que permiten identificar si hubo o no negligencia y congestión. Las principales subreglas son las siguientes:

- (i) En la sentencia T-292 de 1999, se expresa que las causales de justificación deben estar expresamente previstas en la ley. En esa oportunidad la Corte constitucional decidió sobre la demora del Tribunal Administrativo de Caldas, concretamente con respecto a un proceso que versaba sobre una acción de reparación directa que llevaba 500 días hábiles para fallo, cuando el término establecido en la ley era de 40 días hábiles. Sin embargo, en este caso no se concede el amparo por cuanto la Magistrada ponente que se había posesionado hacía poco tiempo, recibió su despacho con un gran atraso que no era atribuible a ella.
- (ii) Por otro lado en esa misma sentencia se morigeró la posición establecida en la sentencia T-604 de 1999: la sobrecarga de trabajo en eventos excepcionalísimos sí puede ser una justificación adecuada. Sin embargo, (i) esgrimir únicamente ese argumento no es suficiente; y (ii) se debe analizar en concreto cuál es la situación específica del juez, es decir, el volumen de trabajo en su despacho y si obró con diligencia al cumplir sus obligaciones constitucionales y legales; "de modo tal que la demora en decidir sea para él el resultado de un estado de cosas singularizado y probado que se constituya en motivo insuperable de abstención"⁸.

8 Cfr. Sentencia T-292 de 1999.

(iii) Por último en la sentencia T-1226 de 2001 se decidió un asunto relacionado con la apelación que había interpuesto una persona contra la sentencia de primera instancia que lo declaró culpable de la comisión del delito de homicidio simple. El recurso se interpuso en febrero de 2000, pero en junio de 2001 el Tribunal de segunda instancia no se había pronunciado. El actor interpuso acción de tutela porque a la fecha, tenía 75 años de edad y consideraba que con esa dilación se vulneraba el derecho al debido proceso. En ese fallo la Corte Constitucional traslada la carga de la prueba al juez y en consecuencia éste debe demostrar dos cosas: (i) que fue diligente en sus actuaciones (como se dijo en la sentencia T-292 de 1999, demostrando el cumplimiento de las obligaciones constitucionales y legales); y (ii) que surgió una situación imprevisible e ineludible que no le permitió decidir a tiempo. Bajo esas consideraciones, la Magistrada accionada demostró que había sido diligente en el adelantamiento de sus procesos y además de lo anterior la dilación se justificaba por la reducción de personal en el Tribunal, así como por las numerosas peticiones que el tutelante radicó en su despacho y que debió resolver. En todo caso, la Corte encontró que el accionante se encontraba en libertad provisional.

En síntesis para que la sobrecarga de trabajo pueda considerarse una justificación suficiente, ésta debe ir acompañada de otros elementos, tales como la diligencia, el surgimiento de situaciones imprevisibles e inevitables y en todo caso debe hacerse un análisis del caso particular del despacho del juez.

3.3 La tesis actual: 2004-2009

En el año 2004 se profiere una sentencia que precisa aún más el concepto de *mora judicial* justificada y que además termina por delimitar los casos en los cuales la sobrecarga de trabajo puede justificar la mora judicial. A partir de allí la línea se estabiliza porque en adelante, la tesis de esta providencia será reiterada en pronunciamientos posteriores. Como consecuencia de lo anterior, los conceptos de responsabilidad civil recogidos en la primera etapa de la línea jurisprudencial, son analizados bajo una nueva óptica: la razonabilidad.

Este cambio en el tratamiento de la mora judicial, se debe a dos influencias –una interna y otra externa– que se visibilizan en las providencias de esta etapa: en primer lugar, el test de razonabilidad comienza a instalarse

definitivamente en la jurisprudencia de la Corte⁹ y permea el análisis de la mora judicial. Así mismo es evidente el recurso a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la razonabilidad del plazo, puesto que se utilizan los mismos criterios que emplea ese tribunal para determinar si un plazo es razonable o no¹⁰.

En la sentencia T-1249 de 2004 se examinaron los siguientes hechos: en el año 2002 se presentó una acción de grupo en contra de un banco porque de acuerdo con los demandantes había cobrado intereses más allá de lo permitido por la ley y por esa razón les había causado un daño. Sin embargo, según los accionantes la juez que adelantaba el proceso había incurrido en una dilación injustificada porque, por ejemplo, para la realización de la audiencia de conciliación tomó más de un año desde su convocatoria. Por su parte la juez demandada argumentó que en su despacho se presentaba una congestión debido al gran número de procesos que tramitaba. Así las cosas la Corte consideró que para determinar si la justificación relacionada con la sobrecarga es suficiente, era indispensable realizar dos escrutinios que están conectados entre sí. El primero recoge y sistematiza en gran parte la jurisprudencia analizada anteriormente, y consiste en identificar si se viola el derecho al debido proceso al configurarse los siguientes tres elementos: "*(i) el incumplimiento de los términos señalados en la ley para adelantar alguna actuación por parte del funcionario competente; (ii) que la mora desborde el concepto de plazo razonable que involucra análisis sobre la complejidad del asunto, la actividad procesal del interesado, la conducta de la autoridad competente y el análisis global de procedimiento; (iii) la falta de motivo o justificación razonable en la demora*"¹¹.

En segundo lugar, el siguiente escrutinio está relacionado con la etapa dos del primer test y está compuesto por cuatro pasos cuyo fin es determinar si la congestión de procesos que impiden al juez fallar oportunamente cumple o no el criterio de razonabilidad: (sentencia T-1249 de 2004): "*(i) el volumen de trabajo y el nivel de congestión de la dependencia (parte del juicio del responsabilidad desde la perspectiva del sistema), (ii) el cumplimiento de las*

9 CEPEDA, Manuel José. *Polémicas Constitucionales*. Ed. Legis. Bogotá, 2007. Págs. 273-315. Sobre la razonabilidad y el logro de lo razonable véase a RECASENS, Luis. *La nueva filosofía de la interpretación del derecho*. Editorial Nacional. Panamá, 1957.

10 Sobre la razonabilidad del plazo véase a LOIANNO, Adelina. *La Razonabilidad del plazo en la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. En Revista Elementos de Juicio No. 11. Bogotá, 2011.

11 Sentencia T-708 de 2006 que reitera lo dicho en la sentencia T-1249 de 2004.

*funciones propias de su cargo por parte del funcionario, (iii) complejidad del caso sometido a su conocimiento y (iv) el cumplimiento de las partes de sus deberes en el impulso procesal*¹².

De conformidad con lo dicho, la Corte encontró que la mora judicial estaba justificada porque la acción de grupo presentaba unas características que permitían deducir que se trataba de un proceso bastante complejo (eran más de 1500 los accionantes y desde el punto de vista matemático la labor era dispendiosa). Así mismo se comprobó que la gran cantidad de procesos en el despacho de la accionada era otro factor que la exoneraba de responsabilidad.

Nótese que a lo largo de los años se presenta un proceso de tecnificación que desemboca en la elaboración e implementación de dos escrutinios, que permiten identificar si es posible invocar la congestión judicial, como una de las causas de mora judicial. En todo caso, la respuesta al problema jurídico planteado es afirmativa, pero con una restricción fuerte, debido a que es necesario superar dos análisis: uno sobre la posible violación al derecho fundamental al debido proceso y otro relacionado con la razonabilidad de la sobrecarga como justificación.

12 Este procedimiento, es reiterado en sentencias T-220 de 2007, T-577 de 2008 y T-747 de 2009.

4 ● CONCLUSIONES

Como se puede observar en la gráfica, la posición de la Corte Constitucional con el correr de los años ha variado paulatinamente en el sentido de admitir que, con algunas restricciones, la sobrecarga de trabajo eventualmente puede ser un factor de justificación que evite una sanción disciplinaria. En ese sentido es preciso afirmar varias cosas:

- (i) Los cambios en las tesis de la Corte no han sido bruscos o repentinos¹³, sino que éstos han sido graduales. En efecto, las modificaciones son fruto de reelaboraciones en la línea jurisprudencial, es decir, la Corte se va afinando poco a poco conceptos (i.e. mora *injustificada*) que en los primeros pronunciamientos no tuvieron mayor tratamiento.
- (ii) El punto más importante que se deduce de la línea jurisprudencial analizada es que en algo más de 18 años, la Corte Constitucional nunca ha aceptado que la sola referencia a la sobrecarga de trabajo, sea un argumento suficiente que permita derribar el carácter injustificado de la mora.

Por último, es preciso decir que la mora judicial es un problema que aqueja a gran parte de los jueces en Colombia, incluyendo algunas veces a la propia Corte Constitucional. Conscientes de esa realidad que, sin duda, es un factor generador de violaciones de derechos fundamentales, la Corte Constitucional establece un equilibrio que permite enfrentar el dilema entre la sanción a los jueces sin mayores consideraciones o la justificación plena del retardo a quien afirme, sin más, que tiene sobrecarga de trabajo. Además de lo anterior, se trata de una visión estratégica por parte de la Corte Constitucional, que en últimas trata de salvaguardar los intereses de una rama judicial agobiada y de la cual, al fin de cuentas, también hace parte.

13 A diferencia de lo ocurrido con otras líneas jurisprudenciales como la del aborto o la objeción de conciencia en la prestación del servicio militar obligatorio. Sobre el primer caso véanse las sentencias C-355 de 2006 y C-133 de 1994 y sobre el segundo las sentencias C-511 de 1994 y C-728 de 2009.

LA ALTERACIÓN DE LOS TURNOS PARA DECIDIR EN LOS CASOS DE MORA JUDICIAL

Ensayo elaborado a partir del tema seleccionado por Luis Fernando Zapata Arrubla, Jorge Eliécer Gaitán Peña y Luis Hernando Castillo Restrepo para el IV Curso de formación judicial de la Escuela Rodrigo Lara Bonilla. Promoción 2009.

1 ● INTRODUCCIÓN

1.1 Presentacion

En el capítulo anterior se trató el problema de la mora judicial desde dos perspectivas: (i) una semántica de acuerdo con la cual era necesario dilucidar el contenido del carácter *justificado* de la misma; y (ii) judicial, debido a que la respuesta sobre el significado de la mora justificada, tenía una incidencia evidente para los jueces, desde el derecho disciplinario.

A pesar de lo anterior, la mora judicial demuestra ser un problema complejo debido a que despliega sus efectos en otras dimensiones. En este capítulo se analizarán las secuelas de la mora, pero esta vez desde la óptica de las fuentes del Derecho y de la interpretación jurídica en la medida en que el modelo interpretativo que se acoja determinará una u otra solución a uno de los problemas relacionados con la mora judicial: la posibilidad de alterar turnos para decidir.

De acuerdo con lo expresado hasta acá, es preciso decir que la mora judicial hace sentir sus consecuencias en los usuarios de muchas formas pero una de ellas es la siguiente: existen casos en los cuales una persona en estado de debilidad manifiesta es parte de un proceso judicial cuyo resultado va a tener una incidencia directa con su situación. Sin embargo sucede que ante el represamiento de los procesos debe esperar el resultado de su caso mucho tiempo y eso le ocasiona, a su vez, un perjuicio mayor que ahonda la fragilidad que ya lo afectaba. En términos más específicos el caso paradigmático (que se presenta mucho en el Consejo de Estado) sería el siguiente: una persona de muy escasos recursos demanda al Estado en acción de reparación directa por la cual reclama una reparación al daño causado; debe esperar bastante tiempo antes que el juez de lo contencioso administrativo decida, tiempo que sin duda una persona de muy escasos recursos no puede aguardar sin que esa espera le cause daño adicional¹⁴.

Ante esa situación, una de las posibilidades sería interponer una acción de tutela para que el juez ordinario decida antes de lo esperado el caso, irrespetando el sistema de turnos. Sin embargo, una de las expresiones del principio de igualdad es la obligación que tienen los jueces de fallar los procesos de acuerdo con el orden de llegada de los mismos¹⁵. El artículo 18 de la ley 446 de 1998 establece que será una falta disciplinaria para el juez irrespetar el turno o el orden de llegada de los procesos al momento de decidir¹⁶.

14 Hay casos en los que la larga espera de una indemnización puede profundizar el daño ya sufrido por una persona. Se puede pensar en el caso de un accionante de escasos recursos que sufre un daño por parte del Estado que implica una afectación de su salud y que requiere un tratamiento relativamente prolongado. Como no tiene los dineros necesarios para cubrir los costos de su tratamiento, la espera ahonda las consecuencias del perjuicio teniendo en cuenta que si no consigue la indemnización, su salud no se podrá restablecer y la espera prolongada (no someterse a un tratamiento a tiempo) puede aumentar los efectos perversos del daño padecido.

15 Cfr. Art. 18 de la ley 446 de 1998 y sentencias T-292 de 1999 y T-425 de 2005 entre muchas otras.

16 Artículo 18 de la ley 446 de 1998: *"Es obligatorio para los Jueces dictar las sentencias exactamente en el mismo orden en que hayan pasado los expedientes al despacho para tal fin sin que dicho orden pueda alterarse, salvo en los casos de sentencia anticipada o de prelación legal.... La alteración del orden de que trata el inciso precedente constituirá falta disciplinaria. En estos casos, el Consejo Superior de la Judicatura o los Consejos Seccionales, en lo de su competencia, solicitarán al Juez o Ponente la explicación pertinente para efectos administrativos y disciplinarios. El Consejo Superior de la Judicatura o los Consejos Seccionales obrarán de oficio o a petición de quienes hayan resultado afectados por la alteración del orden"*.

Surge aquí entonces el segundo enfoque de análisis que se anunció más atrás y es el de una concepción particular sobre las fuentes del Derecho en Colombia, así como de la interpretación. En la hipótesis puesta de presente con anterioridad, el juez constitucional a quien se le solicita a través de una acción de tutela que le ordene al juez de conocimiento que altere el turno, tendrá muchas restricciones al momento de acceder a la petición debido a que puede verse enfrentado a una sanción disciplinaria¹⁷. La preferencia por aplicar estrictamente el artículo 18 de la ley 446 de 1998 (el sistema de turnos) para evitar una sanción disciplinaria, tiene una explicación que proviene de una visión de la interpretación del derecho sancionatorio que puede ser la siguiente: una de las principales garantías que el derecho sancionador –en general– otorga a quienes son procesados por la presunta comisión de hechos que constituyen faltas penales o disciplinarias es la tipicidad de la falta. Este principio, tan caro a los Estados modernos, exige una mayor rigurosidad en la definición por parte de la ley de las conductas que merecen ser sancionadas y en ese sentido librarse del castigo por alterar los turnos parece ser bastante difícil, en la medida en que la conducta encaja dentro del supuesto de hecho de la disposición¹⁸.

Ahora bien, la teoría del Derecho, de tiempo atrás, ha venido estudiando los problemas de la interpretación de la ley, análisis que en el derecho sancionatorio no ha tenido tantas repercusiones¹⁹ en la medida en que la tipicidad de las disposiciones sancionatorias trata de restringir al máximo la discrecionalidad del intérprete.

Esa situación que es razonable desde el liberalismo clásico tiene un efecto colateral y es que ante la amenaza de una sanción de carácter

17 Aunque el mismo artículo 18 de la ley 446 de 1998 establece una excepción en la jurisdicción de lo contencioso administrativo a la inalterabilidad de los turnos (casos de sentencia anticipada o de prelación legal ó en atención a su importancia jurídica y trascendencia social), ante la indeterminación semántica de algunos de esos términos, la restricción en el juez perdurará.

18 A su turno el argumento de la tipicidad también puede ser esgrimido por un juez que recurre a una excepción de orden jurisprudencial que no tiene sanción alguna en el derecho disciplinario, precisamente por provenir de una fuente no legislada. En consecuencia, ante la inexistencia de sanción por una autorización de origen jurisprudencial de modificar los turnos, un juez podría alterarlos bajo el argumento del respeto al precedente y sin temor a sanciones debido a que éstas no están tipificadas.

19 MARRERO, Danny. El Lenguaje y el Derecho: o sobre los conceptos de ley e interacción en la Dogmática Penal. Revista Universitas N°. 103, junio de 2002. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas.

disciplinario -previa y claramente definida en la ley- los posibles sujetos pasivos de la sanción (los jueces) pueden tener una sensación de restricción que los lleve a evitar a toda costa incurrir en los hechos que derivan en una sanción, interpretando de forma literal la disposición disciplinaria respectiva (no alteración de los turnos). Como consecuencia de lo anterior –y aquí entra la teoría de las fuentes del Derecho–, la Constitución no tendría ningún rol en este caso, debido a que la ley 446 es clara y no es necesario realizar elucubraciones adicionales.

Hasta aquí la visión tradicional de la interpretación y de las fuentes del Derecho. Otra perspectiva nos diría que una de las consecuencias de Constituciones normativas²⁰, es la constitucionalización del ordenamiento jurídico, que, según Guastini, es “un proceso de transformación de un ordenamiento al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente ‘impregnado’ por las normas constitucionales”²¹. En ese sentido, la Constitución tendría una influencia directa sobre el derecho disciplinario y regresando al caso planteado al comienzo, un juez respetuoso del carácter normativo de la Constitución podría aplicar directamente el principio de igualdad (art. 13, incisos 2 y 3), e indicaría que sí es posible modificar el orden de decisión de los procesos, siempre y cuando una de las partes se encuentre en un estado de debilidad manifiesta. Esta decisión además, no se restringiría a lo contencioso administrativo (como lo ordena el artículo 18 de la ley 446 de 1998), sino que aplicaría en cualquier rama del Derecho.

De lo dicho hasta acá se puede presentar el siguiente panorama: (i) existe una excepción de origen legal establecida en el artículo 18 de la ley 446 de 1998, de acuerdo con la cual es posible alterar los turnos únicamente “*en los casos de sentencia anticipada o de prelación legal*”; y (ii) existe otra posición que a través de una interpretación constitucional del artículo 18 de la ley 446 estima que es posible –a través de la jurisprudencia– la construcción de una excepción constitucional con fundamento en los incisos 2 y 3 del artículo 13 de la Constitución. Por lo tanto en casos de debilidad manifiesta de una de las partes, el juez estaría habilitado para modificar los turnos sin sanción disciplinaria.

20 Cfr. Ignacio de Otto, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*. Barcelona, Editorial Ariel, 2007. p. 14 y 15.

21 Riccardo, Guastini, “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en Miguel Carbonell (editor), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Editorial Trotta, 2005, p. 49.

1.2 Problema jurídico

Teniendo en cuenta lo expresado hasta aquí es posible formular un problema jurídico concreto: ¿Pueden alterarse los turnos para proferir sentencias, fuera de las excepciones previstas en la ley 446 de 1998, cuando se presenta mora por congestión?

Como se expresó con anterioridad la respuesta al problema jurídico depende en gran parte de la visión que se tenga sobre el papel de la Constitución y sus principios en el ordenamiento jurídico, especialmente en el Derecho disciplinario, así como de la teoría de la interpretación que se acoja. Esta afirmación se puede corroborar a través de la narración de dos trazados jurisprudenciales que trabajan el mismo problema jurídico pero que provienen del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional. Como se verá más adelante, cada una de esas Corporaciones maneja un discurso totalmente opuesto e igualmente cada uno de esos dos tribunales responde a las características de los dos modelos de jueces propuestos anteriormente.

2. GRÁFICA DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL

¿Pueden alterarse los turnos para proferir sentencias, fuera de las excepciones previstas en la ley 446 de 1998, cuando se presenta mora por congestión?

TESIS A

Se viola el derecho a la igualdad y al acceso a la administración de justicia cuando se rompe el orden de entrada de los procesos para fallo, existiendo como única excepción la prevista en el artículo 18 de la ley 446 de 1998 (casos de sentencia anticipada o de prelación legal ó en atención a su importancia jurídica y trascendencia social – únicamente en contencioso administrativo).

A 18, L 446/1998			
C 248/1999			
T 292/1999			
CE, 2002 ⁰¹			
CE 2003 ⁰²			
			T 429/2005
CE, 2006 ⁰³			
CE, 2006 ⁰⁴			T 708/2006
CE, 2007 ⁰⁵			T 220/2007
CE 2007 ⁰⁶			
CE 2007 ⁰⁷			
CE 2007 ⁰⁸			
CE 2008 ⁰⁹			T 557/2008
			T 945A/2008
CE 2009 ¹⁰			
	CE 2009 ¹¹		
CE 2010 ¹²			

TESIS B

No se violan los derechos a la igualdad, debido proceso y de acceso a la administración de justicia cuando el Juez rompe el orden de entrada de los procesos para fallar, cuando busca proteger y hacer efectivos los derechos fundamentales de personas que gozan de protección constitucional especial por sus condiciones de vulnerabilidad, debilidad o marginalidad.

01. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. M. P. Ligia López Díaz. Exp. AC-124, 5 de septiembre de 2002.
02. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. M. P. Ligia López Díaz. Exp. 1100103150002003-00360-01, 15 de mayo de 2003.
03. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. M. P. Juan Ángel Palacio. Exp. 11001-03-15-000-2006-01393-00(AC), 7 de diciembre de 2006.
04. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. M. P. Juan Ángel Palacio. Exp. 11001-03-15-000-2006-01408-00(AC), 12 de diciembre de 2006.
05. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. M. P. María Inés Ortiz. Exp. 11001-03-15-000-2006-01432-00(AC), 8 de febrero de 2007.
06. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. M. P. Juan Ángel Palacio. Exp. 11001-03-15-000-2007-00475-00(AC), 14 de junio de 2007.
07. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. M. P. Héctor J. Romero. Exp. 11001-03-15-000-2007-00876-00(AC), 23 de agosto de 2007.
08. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. M. P. Ligia López. Exp. 11001-03-15-000-2007-00998-00(AC), 19 de septiembre de 2007.
09. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. M. P. Juan Ángel Palacio. Exp. 11001-03-15-000-2008-00616-00(AC), 17 de julio de 2008.
10. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. M. P. Ligia López D. Exp. 11001-03-15-000-2009-00169-00(AC), 19 de marzo de 2009.
11. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. M. P. Ligia López D. Exp. 11001-03-15-000-2009-00169-00(AC), 13 de noviembre de 2009.
12. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Subsección A. M. P. Alfonso Vargas Rincón. Exp. 11001-03-15-000-2010-00407-00(AC), 19 de abril de 2010.

3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

3.1 La Corte Constitucional

3.1.1 La ley 446 de 1998 y la sentencia de constitucionalidad

La Corte Constitucional comienza a referirse al problema jurídico planteado gracias a un cambio en el derecho positivo, que se refiere a la expedición de la ley 446 de 1998. En efecto, a través de la sentencia C-248 de 1999 se estudió la constitucionalidad del artículo 18 de la ley 446 de 1998, porque el accionante consideraba que la orden de decidir todos los procesos de acuerdo con el turno de llegada vulneraba el principio de igualdad en la medida en que se daba un tratamiento igualitario a situaciones desiguales. Así por ejemplo, existen procesos muy complejos que requieren un tiempo más amplio para su estudio, al contrario de lo que sucede con procesos cuya dificultad es mínima. En ese caso la Corte Constitucional determinó que la disposición era constitucional y consideró que la aplicabilidad de las excepciones para poder alterar el turno de llegada de los procesos se circunscribía a aquellos casos que se ventilaran en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en virtud del marco de libertad de configuración del cual el legislador goza en virtud de la Carta. En ese sentido, las excepciones se limitan únicamente a las existentes en la ley y sólo son aplicables a lo contencioso administrativo. Esta tesis sería reiterada nuevamente en la sentencia T-292 de ese mismo año. En esa oportunidad los accionantes arguyeron que se presentaba una vulneración al debido proceso, en la medida en que un Magistrado del Tribunal Administrativo de Caldas que debía decidir una acción de reparación directa incoada por los tutelantes, había sobrepasado los términos establecidos en la ley para registrar el proyecto de fallo. En esa misma sentencia se afirmó que alterar el turno es *claramente* una falta disciplinaria.

El balance de este primer año desde el punto de vista del derecho disciplinario diría que únicamente en procesos que se adelanten en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, podrían ser decididos sin respetar el turno, teniendo en cuenta unas causales de ley: casos de sentencia anticipada o de prelación legal ó en atención a su importancia jurídica y trascendencia social. Eventualmente, por analogía, se puede pensar que la trascendencia social

(que no ha sido definida en ninguna norma) cubre aquellos casos de debilidad manifiesta del accionante en los cuales la espera puede profundizar el presunto daño cometido por el Estado, pero para llegar a esa conclusión es necesario realizar una interpretación constitucional del artículo 18 de la ley 446 de 1998, específicamente a la luz del principio de igualdad. Precisamente esta sería la puerta de entrada para la nueva tesis de la Corte Constitucional.

3.1.2 La constitucionalización del Derecho procesal y disciplinario

Años después la Corte Constitucional tiene la oportunidad de pronunciarse nuevamente sobre el problema jurídico planteado, esta vez en sede de tutela. En la sentencia T-429 de 2005 esa Corporación analizó un caso de una persona de escasos recursos que fue herida con un arma de fuego en la columna vertebral y, como consecuencia de esa situación, quedó parapléjica. Así las cosas, el actor instauró una acción de reparación directa en junio de 1999 que a la fecha de la sentencia de tutela, no había sido decidida por el Consejo de Estado. El argumento del Consejero Ponente encajaba plenamente en la posición original de la Corte Constitucional, esto es, que las únicas excepciones existentes con respecto a la alteración de los turnos están previstas en la ley. A pesar de lo anterior, la Corte Constitucional, aplicando directamente el último inciso del artículo 13 de la Constitución²² explicó que la alteración de turnos procedía en este caso por dos razones: (i) la situación de debilidad del actor justifica que se brinde un trato preferencial de acuerdo con el artículo 13; y (ii) una sentencia administrativa favorable a las pretensiones del actor mejoraría sustancialmente su calidad de vida, así como su estado de salud debido a que el accionante necesitaba del cuidado permanente de terceras personas. Como el actor carecía de los recursos económicos necesarios para pagar esos cuidados, el resultado de la sentencia era determinante para la mejoría en su salud.

Se trata entonces de un cambio evidente frente a la jurisprudencia que la Corte Constitucional había sostenido hasta el momento. Cambio que fue implementado gracias a una interpretación de la Constitución en la cual se reconoce su carácter normativo y a una visión de las fuentes del Derecho según la cual, la Constitución es fuente aplicable directamente. Se podría

22 Artículo 13 inciso 3: "El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan".

decir que existe una justificación (o excepción) de base jurisprudencial al deber de fallar todos los casos de acuerdo con el turno, construida a partir de la aplicación directa de la Constitución y que complementa la excepción de orden legal.

Como se trata de la primera sentencia que introduce la excepción jurisprudencial, deja algunos cabos sueltos como por ejemplo los referidos a los requisitos para que ésta proceda, así como el tema atinente a la carga de la prueba. Por esa razón, la tesis sostenida en 2005 sería reiterada con algunos ajustes en la sentencia T- 708 de 2006. Los hechos son bastante similares al caso estándar reseñado al comienzo de este escrito: una persona de escasos recursos sufrió unas lesiones muy severas por la caída de un árbol en la ciudad de Bogotá, que le causaron una incapacidad laboral total y permanente. Por lo anterior, la víctima interpone una acción de reparación directa que en primera instancia es favorable a sus pretensiones. Sin embargo, en segunda instancia el proceso se demora bastante y en consecuencia, la accionante interpone una acción de tutela para que el Consejo de Estado decida más rápido. A pesar de lo anterior, esa Corporación argumenta que la única excepción para alterar los turnos es de índole legal. Como se observa, no se tuvo en cuenta la nueva posición de la Corte Constitucional que se había establecido un año antes.

Por lo anterior, la Corte reitera la tesis de acuerdo con la cual el principio de igualdad material permite alterar los turnos a favor de personas en situaciones de debilidad, pero además de eso crea tres requisitos que deben ser cumplidos para que opere la excepción jurisprudencial que permita alterar los turnos: (i) *"Debe, en primer lugar, estarse en presencia de sujetos de especial protección constitucional, que se encuentren en condiciones particularmente críticas"*; (ii) *"es necesario que el atraso exceda los límites de lo constitucionalmente tolerable. Ello, a su vez, implica que, pese a que todo atraso es contrario al derecho de acceso a la administración de justicia, para que proceda la excepción, debe estarse en presencia de un atraso de carácter extraordinario en relación con la situación que, en general, presente la administración de justicia, y, además, que no se hayan adoptado medidas legislativas o administrativas para superarlo, o que las que se hayan tomado no se muestren efectivas a la luz del caso concreto"*; y (iii) el pleito debe tener *"relación directa con las condiciones de las que se deriva la calidad de sujeto de especial protección y que, de resultar favorable el fallo, la decisión sea susceptible de incidir favorablemente en tales"*

condiciones". Así mismo, en esa providencia, la Corte Constitucional afirma que esos tres requisitos deben probarse, porque de lo contrario el juez podría incurrir en una falta disciplinaria.

La postura descrita hasta este momento se mantendría sin grandes variaciones en las sentencias posteriores que profirió la Corte Constitucional²³, con dos salvedades: (i) hay una posición insular expresada en la sentencia T-577 de 2008, en la cual aunque formalmente se mantiene la tesis de la Corte Constitucional sobre la existencia de una justificación de orden constitucional que permite alterar los turnos, procesalmente se exige un requisito para que proceda la acción de tutela y es que el accionante debe solicitarle al juez al interior del proceso administrativo que recurra al artículo 18 de la ley 446 de 1998. En otras palabras, es necesario pedirle al juez que aplique la excepción legal para que opere la excepción de orden jurisprudencial. (ii) En la sentencia T-945A de 2008, se restringe la excepción jurisprudencial para alterar el turno, afirmando que ésta procede únicamente en los casos de mora judicial justificada. En los casos de mora judicial injustificada, la regla aplicable es la descrita en la línea jurisprudencial explicada en el capítulo anterior²⁴ (la mora judicial injustificada supone la existencia de una vulneración al debido proceso y en ese sentido, la tutela procedería con fundamento en el artículo 29 de la Constitución y no en el principio de igualdad –art. 13 de la Constitución).

3.2 El Consejo de Estado

En esta parte del capítulo se analiza la respuesta al problema jurídico por parte del Consejo de Estado, que recoge una postura totalmente contraria a la de la Corte Constitucional. Como se vio en el apartado anterior, todas las acciones de tutela que componen la línea de la Corte Constitucional se dirigen en contra del Consejo de Estado, específicamente su Sección Tercera. Es por esa razón que la gran mayoría de pronunciamientos de tutela del máximo tribunal de lo contencioso administrativo que componen el repertorio de sentencias analizadas provienen de la Sección Cuarta, teniendo en cuenta que el artículo 2, literal c de Acuerdo 55 de 2003 del Consejo de Estado dispone que las acciones de tutela dirigidas contra providencias de ese tribunal "*serán repartidas a la sección o subsección que siga en orden a aquélla en que tuvo origen la actuación*".

23 Ver sentencias T-220 de 2007 y T-945A de 2008.

24 Ver capítulo I, *supra*.

La línea jurisprudencial se inaugura precisamente unos años después de la expedición de la ley 446 de 1998. Durante todos los años a partir de 2002, la postura del Consejo de Estado ha sido consistente en afirmar que la única causal que existe en el ordenamiento jurídico para alterar los turnos es de índole legal y está consagrada en el artículo 18 de la ley 446 de 1998²⁵. En otras palabras, para el Consejo de Estado no existe excepción jurisprudencial, que permita alterar el turno para decidir. Es más, no se cita la jurisprudencia de la Corte Constitucional que para la misma época sostenía una tesis diametralmente opuesta. Por lo anterior, la única referencia a la Constitución es el principio de igualdad, pero en sentido formal (artículo 13 inciso 1) y no se expresa nada con respecto al mismo principio en sentido material (incisos 2 y 3 del artículo 13 de la Constitución).

Además de lo anterior, aunque la interpretación del Consejo de Estado se realiza en clave meramente legal, en ninguna de las providencias que compone la línea jurisprudencial se acepta o se concede que el caso bajo análisis encaja en la hipótesis prevista en el artículo 18 de la ley 446 de 1998, es decir, a ninguno de los casos se da la prelación en el turno. En otras palabras, la excepción legal existe teóricamente pero en la práctica –es decir en las sentencias analizadas– el Consejo de Estado en ninguna de las providencias acepta que se deba dar aplicación a esta excepción debido a que en su jurisprudencia no se dan criterios certeros para establecer qué debe entenderse por *trascendencia social* o *importancia jurídica*. En ese sentido, la pretensión del accionante es despachada negativamente argumentando que no se probó la trascendencia social o la importancia jurídica que revestía el asunto. En consecuencia, aunque formalmente existe en la ley una excepción a la alteración del turno, materialmente ésta es inexistente.

En ese orden de ideas, el caso estándar reseñado con anterioridad (una persona en situación de debilidad que necesita una decisión de la justicia con prontitud) es resuelto así: (i) en primer término se dice que "*alterar el turno de decisión de un asunto judicial en beneficio de un tutelante, produciría el franco desconocimiento del derecho a la igualdad de quienes, encontrándose en la misma situación, no resultaren favorecidos con una decisión, gracias a la vía de*

25 La única sentencia que acepta la debilidad de una de las partes y el principio de igualdad en sentido material como argumento suficiente para alterar el orden de decisión es del año 2009. Sin embargo, se expresa que los accionantes no demostraron tal situación. Sin ningún tipo de argumentación adicional, esta tesis es modificada en el año 2010, debido a que se vuelve a afirmar que la única excepción para alterar el turno es de índole legal.

*la tutela, lo que agravaría aún más la congestión de los Despachos Judiciales*²⁶; y (ii) la excepción legal contenida en la ley 446 en algunos casos no era mencionada y en otros la carga de la prueba era tan exigente que en la práctica era casi imposible demostrar que se trataba de un caso de *importancia jurídica* y *trascendencia social*.

Aunque el número de providencias por parte del Consejo de Estado es importante, el recorrido jurisprudencial es bastante corto en la medida en que la postura de ese Tribunal no ha sido modificada con el correr de los años. Es más, la extensión de las providencias es muy breve y se limitan a repetir la tesis que se inicia en el 2002.

26 Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. M.P. Juan Ángel Palacio. Exp. 11001-03-15-000-2008-00616-00(AC). Julio 17 de 2008.

4 ● CONCLUSIONES

Las dos posturas analizadas con anterioridad reflejan las consecuencias prácticas del debate relacionado con la normatividad de la Constitución. En otros términos, aunque esa discusión tiene un alto componente teórico la posición sobre la aplicabilidad directa de la Constitución tendrá efectos sobre sujetos reales que se encuentran a la espera de un fallo que puede ser la clave para solucionar muchos problemas.

Por otro lado, es preciso decir que la regla tradicional de decidir los procesos en el orden de llegada se ha ido erosionando por varias vías: (i) una primera forma la constituye la excepción jurisprudencial que se analizó a lo largo de este trabajo; (ii) más recientemente la ley 1395 de 2010 en el artículo 115 le permite a los jueces desconocer el turno de ingreso de los procesos, en los casos en los que exista un precedente consolidado, es decir, cuando exista doctrina probable sobre el caso que van a decidir y al cual le pueden dar prelación; (iii) en el ámbito administrativo, especialmente en la prestación de servicios asistenciales o en el reconocimiento y pago de prestaciones sociales, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que las autoridades administrativas pueden alterar el turno, ante circunstancias tales como la debilidad del solicitante o cuando la lista de espera se torna irracional o desproporcionada²⁷. Nótese que esas tres vías confluyen en la Constitución, específicamente a través del principio de igualdad (respeto al precedente –art. 13 inciso 1 –o medidas especiales a personas en situación de debilidad– art. 13 incisos 2 y 3)

Por otra parte, de los hechos de las sentencias de tutela de la Corte Constitucional que fueron analizadas en este escrito, se sigue que en todas las ocasiones el Consejo de Estado negó las tutelas que pretendían un fallo más rápido con fundamento en la debilidad del accionante y a su vez, en la gran mayoría de esos casos, la Corte Constitucional reversaba la decisión tomada por el Consejo de Estado. Esto se corrobora además por el siguiente hecho: el sentido de *todas* las sentencias de esta Corporación que fueron analizadas fue adverso a los accionantes.

27 Cfr. Sentencias T-170 de 2007 y T-501 de 2007.

Lo dicho es preocupante, por varias razones (i) un usuario del sistema judicial que se encuentre en estado de debilidad manifiesta y que requiera un fallo rápido no lo podrá conseguir, si su tutela no es seleccionada por la Corte Constitucional, ya que como se vio, para el Consejo de Estado *no existe* la justificación constitucional para alterar el turno; (ii) la situación descrita hasta aquí se agrava si se tiene en cuenta que no todas las tutelas son seleccionadas, es más, menos del 1% de las tutelas que llegan a la Corte Constitucional son revisadas por esa Corporación²⁸; y (iii) un factor subjetivo termina siendo definitivo para determinar el sentido del fallo. En otras palabras, la Corporación ante la cual se ventile el asunto parece ser el criterio diferenciador en la práctica, para efectos de identificar si es posible alterar el turno de decisión. Lo que se esperaría en cualquier motivación judicial, es un punto de referencia objetivo, que en nuestro caso sería el ordenamiento jurídico, con la Constitución como norma directamente aplicable y lo ideal además sería que las Altas Cortes no generaran escenarios propicios de inseguridad jurídica a través del desvanecimiento de la fuerza normativa de la Constitución y sus principios.

28 Cfr. Quinche, Manuel. *Derecho Constitucional colombiano. De la Carta de 1991 y sus reformas*. Ediciones Doctrina y Ley. Cuarta Edición. Bogotá, 2010. Pág. 359.

LA PRESCRIPCIÓN DE LA FALTA DISCIPLINARIA EN LOS CASOS DE RETENCIÓN O UTILIZACIÓN DE LOS DINEROS, DOCUMENTOS O BIENES DEL CLIENTE POR PARTE DEL ABOGADO

Ensayo elaborado a partir del tema seleccionado por Gloria Alcira Robles Correal, José Alejandro Balaguera Galvis, Oscar Carrillo Vaca, José Reyes Rodríguez Casas y Luis Rolando Molano Franco para el IV Curso de formación judicial de la Escuela Rodrigo Lara Bonilla. Promoción 2009.

1. INTRODUCCIÓN

Es desafortunado observar cómo la actuación de algunos abogados –marcada por un individualismo extremo– olvida que la justicia debe ser una guía permanente en la relación con sus clientes. Ahora bien, ese olvido se refleja específicamente en una de las faltas que con mayor frecuencia se comete y que además tiene gran resonancia pública gracias a los medios de comunicación²⁹: la retención y/o utilización de bienes, documentos y/o dineros entregados por el cliente a su abogado o recibidos por éste de otras personas por cuenta del cliente.

29 Simplemente por citar un ejemplo, hace unos pocos días un diario de circulación nacional informaba en su página electrónica sobre la sanción que el Consejo Superior de la Judicatura impuso a un abogado que retuvo algunos dineros del cliente. Cfr. <http://www.elespectador.com/noticias/judicial/articulo-249748-judicatura-excluye-abogado-retuvo-dineros-su-cliente>. Recuperado el 16 de febrero de 2011.

Esa situación que se ha vuelto una práctica común para algunos abogados, es reprochada por el ordenamiento positivo básicamente a través del Estatuto del abogado así como por el nuevo Código Disciplinario del abogado. En ese orden de ideas, la conducta está tipificada en los numerales 3 y 4 del artículo 54 del decreto 196 de 1971 que expresan lo siguiente³⁰:

"Constituyen faltas a la honradez del abogado:

3º. Retener dineros, bienes o documentos suministrados para las gestiones, o los recibidos de otras personas por cuenta del cliente, o demorarle injustificadamente la comunicación de este recibo.

4º. Utilizar tales dineros, bienes o documentos en provecho propio o de un tercero".

Ahora bien: en la vida real sucede en muchas ocasiones que el cliente en el poder le otorga al abogado la facultad de recibir dineros o documentos y éste los retiene o los utiliza en provecho propio. Sucede también que en varios de los procesos relacionados con esta falta, los clientes no inician el proceso disciplinario de forma oportuna con el fin de interrumpir la prescripción (al menos bajo la vigencia de la ley 1123 de 2007) y eso se refleja en que en *todas* las providencias que componen la línea jurisprudencial que se analizará más adelante, los abogados alegaron que había prescrito la acción.

Ese recurso constante de los abogados a la prescripción como argumento de defensa, se da básicamente porque ni el Estatuto del abogado ni el Código Disciplinario del abogado en los artículos que regulan esa institución³¹, establecen si la retención o utilización de dineros, bienes o documentos del cliente son conductas de ejecución instantánea o continuada. Y como se deduce de lo anterior, es posible elegir una de dos alternativas con sus respectivas ventajas y falencias:

- (i) Si se considera que la falta analizada es de ejecución instantánea, el término de prescripción comenzaría a contarse a partir del momento

30 A su vez el nuevo Código Disciplinario del abogado (ley 1123 de 2007) replicó la tipificación de esas conductas en los artículos 35 (num. 4) y 45 (lit. c, num. 4).

31 Artículo 88 del Decreto 196 de 1971 modificado por el artículo 17 de la ley 20 de 1972: "Las acciones por faltas disciplinarias y por faltas contra la ética y los deberes profesionales del abogado, prescriben en cinco (5) años".

Artículo 24 de la ley 1123 de 2007. "Términos de prescripción. 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 ejecutivo de la misma".

en el cual el abogado retuvo o utilizó los dineros, bienes o documentos del cliente. La ventaja de esta postura según algunos magistrados del Consejo Superior de la Judicatura es que se diluye la posibilidad de que existan faltas imprescriptibles y se gana en seguridad jurídica. La dificultad estaría en que para los clientes afectados el término de prescripción se reduciría dramáticamente. Es más, si la conducta fue cometida bajo el imperio del Estatuto del abogado (decreto 196 de 1971) la presentación de la queja disciplinaria en contra del abogado *no interrumpe* la prescripción³² y eso representa un mal mayor para el cliente debido a que generalmente en promedio los procesos disciplinarios se demoran cuatro o cinco años³³. En otras palabras, si el abogado retiene los dineros y el cliente de forma diligente inicia el proceso el mismo día, probablemente su diligencia no sea suficiente porque la duración del mismo limita con el término de prescripción. Bajo esa perspectiva el proceso disciplinario no cumpliría su finalidad, debido a que la prescripción estaría a la orden del día ante la duración promedio de los procesos.

Además de eso, desde el punto de vista probatorio aumentaría la complejidad para determinar el momento exacto en el cual el abogado retuvo o utilizó.

- (ii) Por otra parte, existe la posibilidad de catalogar la falta de utilización y/o retención de documentos como una conducta permanente y continuada. En ese caso, el término de prescripción se contabilizaría a partir del instante en el que el abogado le regrese al cliente los dineros, bienes o documentos que retuvo o utilizó. Con esta postura se corregirían las falencias descritas anteriormente y además de eso la falta sería imprescriptible únicamente por cuenta de la negligencia (omisión) del abogado, es decir, si éste no devuelve los dineros, documentos o bienes la falta no prescribiría, pero en razón a la misma actitud del abogado³⁴.

32 Cfr. Sentencia C-693 de 2003, en la cual se dijo que la iniciación del proceso disciplinario regulado en el decreto 196 de 1971 *no interrumpe* la prescripción.

33 El promedio de duración de los procesos disciplinarios se obtuvo así: se tomaron todas las sentencias que componen la línea jurisprudencial de este trabajo y se identificó la fecha de inicio del proceso con la de la radicación de la queja. Por su parte la fecha final del mismo correspondió a la fecha de la sentencia del Consejo Superior de la Judicatura. Posteriormente, se sumaron todos los tiempos y ese resultado se dividió entre el número de sentencias analizadas.

34 En este punto resulta pertinente recordar el principio romano según el cual nadie puede alegar en su favor su propio dolo o el contenido en el célebre caso *Riggs vs. Palmer* resuelto en 1889 por la Corte de Apelaciones de Nueva York, según el cual nadie puede beneficiarse del mal que ha hecho. Cfr. Dworkin, Ronald. *Los Derechos en serio*. Ed. Ariel. Barcelona. 1995.

1.1 Problema jurídico

Teniendo en cuenta el contexto descrito anteriormente, el problema jurídico a resolver en este capítulo es el siguiente: ¿La falta consistente en retener o utilizar en provecho propio dineros, bienes o documentos del cliente es una falta de ejecución instantánea o permanente?

La respuesta a ese problema jurídico será determinante para identificar el momento a partir del cual debe calcularse el término de la prescripción de la falta disciplinaria. Igualmente la respuesta jurisprudencial a la pregunta anterior se construyó principalmente a partir de providencias del Consejo Superior de la Judicatura (Sala Disciplinaria).

2. GRÁFICA DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL

¿La falta consistente en retener o utilizar en provecho propio dineros, bienes o documentos del cliente es una falta de ejecución instantánea o permanente?

TESIS A

Es una falta de ejecución permanente o continuada en la medida en que la infracción del deber de honradez se prolonga en el tiempo. En consecuencia, el término de la prescripción de la acción disciplinaria se contabiliza a partir de la devolución de los dineros, bienes o documentos al cliente.

	CSJ, 1994 ⁰¹	
	CSJ, 1998 ⁰²	
	CSJ, 1999 ⁰³	
CSJ 2003 ⁰⁴	A.V. Flechas y Miranda	S.V. Campo, Henao, Perdomo
CSJ 04-2004 ⁰⁵		
		CSJ 04-08-2004 ⁰⁶
CSJ 11-08-2004 ⁰⁷		
CSJ 06-2005 ⁰⁸		
CSJ 07-2005 ⁰⁹		
		CSJ 11-2005 ¹⁰
CSJ 02-2006 ¹¹		
CSJ 03-2007 ¹²		
CSJ 07-2007 ¹³		
CSJ 02,04-2008 ¹⁴		
T 1226/2008 (C Const)		
CSJ 03,05,08-2009 ¹⁵		
CSJ 04,05-2010 ¹⁶		

TESIS B

Es una falta de ejecución instantánea debido a que no existen faltas imprescriptibles. En consecuencia, el término de prescripción comienza a contabilizarse a partir de la retención o utilización de los dineros, bienes o documentos por parte del abogado.

01. Consejo Superior de la Judicatura. Sala Disciplinaria. M.P. Rómulo González Trujillo. Radicación No. 2753 A. Aprobado según acta No. Cuarenta y siete (47) del 11 de agosto de 1994.
02. Consejo Superior de la Judicatura. Sala Disciplinaria. M.P. Leovigildo Bernal Andrade. Radicación No. 11124 A. del 22 de octubre de 1998.
03. Consejo Superior de la Judicatura. Sala Disciplinaria. M.P. Myriam Donato de Montoya. Radicación No. 347 A 896 del 22 de abril de 1999.
04. Consejo Superior de la Judicatura. Sala Disciplinaria. M.P. Temístocles Ortega Narváez. Radicación No. 19971473 01 del 16 de septiembre de 2003. Acta 126.
05. Consejo Superior de la Judicatura Sala Disciplinaria. M. P. Guillermo Bueno Miranda. Expediente: 19980284 01-222 A del 21 de abril de 2004.
06. Consejo Superior de la Judicatura Sala Disciplinaria. M. P. Rubén Darío Henao Orozco. Expediente: 199702514-01-57-II-04 del 4 de agosto de 2004.
07. Consejo Superior de la Judicatura Sala Disciplinaria. M. P. Luis Guillermo Mesa. Expediente: 19980292-01-48-III-03 del 11 de agosto de 2004 y Consejo Superior de la Judicatura Sala Disciplinaria. M. P. Fabio Coral Villota. Expediente: 1998-0292 del 11 de agosto de 2004.
08. Consejo Superior de la Judicatura. Sala Disciplinaria. M.P. Guillermo Bueno Miranda. Radicación No. 11001 11 02 000 1999 01904 01/426A del 1 de junio de 2005 y Consejo Superior de la Judicatura. Sala Disciplinaria. M.P. Temístocles Ortega Narváez. Radicación No. 410011102000 200000208 01 del 1 de junio de 2005
09. Consejo Superior de la Judicatura Sala Disciplinaria. M. P. Fernando Coral Villota. Expediente: 54001 01 02 000 200000172 01 (121 I 05) del 6 de julio de 2005.
10. Consejo Superior de la Judicatura Sala Disciplinaria. M. P. Dr. Rubén Darío Henao Orozco. Expediente: 19001110200020059242 01 (181) del 17 de noviembre de 2005 (sentencia de tutela).
11. Consejo Superior de la Judicatura Sala Disciplinaria. M. P. Temístocles Ortega Narváez. Expediente: 680011102000 199900421 03 del 1 de febrero de 2006 y Consejo Superior de la Judicatura Sala Disciplinaria. M. P. Temístocles Ortega Narváez. Expediente: 110011102000 200204705 01 del 1 de febrero de 2006.
12. Consejo Superior de la Judicatura Sala Disciplinaria. M. P. Temístocles Ortega Narváez. Expediente: 110010102000 200301582 02 del 23 de marzo de 2007.
13. Consejo Superior de la Judicatura Sala Disciplinaria. M. P. Jorge Alonso Flechas. Expediente: 15001110200020020126 del 5 de julio de 2007.
14. Consejo Superior de la Judicatura Sala Disciplinaria. M. P. Temístocles Ortega Narváez. Expediente: 680011102000200500243 01 del 23 de abril de 2008, Consejo Superior de la Judicatura Sala Disciplinaria. M. P. Temístocles Ortega Narváez. Expediente: 05001110200020030031901 01 del 6 de febrero de 2008 y Consejo Superior de la Judicatura Sala Disciplinaria. M. P. Guillermo Bueno Miranda. Expediente: 08001 11 02 000 2002 00757 00/1017A del 16 de abril de 2008.
15. Consejo Superior de la Judicatura Sala Disciplinaria. M. P. Henry Villarraga Oliveros. Expediente: 410011102000200600002 01 del 21 de mayo de 2009, Consejo Superior de la Judicatura Sala Disciplinaria. M. P. Henry Villarraga Oliveros. Expediente: 080011102000200800971-01 del 30 de marzo de 2009 y Consejo Superior de la Judicatura Sala Disciplinaria. M. P. Nancy Ángel Müller. Expediente: 110011102000200303161 01 del 24 de agosto de 2009.
16. Consejo Superior de la Judicatura Sala Disciplinaria. M. P. Julia Emma Garzón. Expediente: 680011102000200600526 01 del 5 de mayo de 2010 y Consejo Superior de la Judicatura Sala Disciplinaria. M. P. Henry Villarraga Oliveros. Expediente: 110011102000200500079 01 (2161-07) del 28 de abril de 2010.

3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

El trazado jurisprudencial ha tenido tres posturas (i) una que acepta la tesis de acuerdo con la cual la falta es de ejecución instantánea; (ii) la tesis contraria que afirma que la falta consistente en retener o utilizar bienes, dineros o documentos del cliente es permanente; y (iii) una intermedia según la cual el carácter permanente o instantáneo de la conducta depende de diversos criterios (objetivos o subjetivos).

3.1 Las tesis intermedias

Como bien se sabe en la Constitución de 1991 se creó el Consejo Superior de la Judicatura y se estableció que una de sus funciones esenciales sería la de *"Examinar la conducta y sancionar las faltas de los funcionarios de la rama judicial, así como las de los abogados en el ejercicio de su profesión"*. En ese orden de ideas, durante los primeros años de existencia de ese Tribunal se vivió una volatilidad jurisprudencial en la definición del carácter permanente o instantáneo de la falta de utilización o retención de dineros, bienes o documentos del cliente. Probablemente esa agitación en la jurisprudencia temprana de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura se producía porque eran temas nuevos (por lo menos para esa Corporación) sobre los cuales no existía jurisprudencia anterior.

La sentencia fundante³⁵ se ocupó de un asunto relacionado con la conducta de un abogado que no le entregó a su cliente los dineros recibidos por concepto de arrendamientos debidos, dentro del proceso de lanzamiento que el abogado acusado adelantó en representación de la quejosa. En esa oportunidad, el Consejo Superior determinó que la calificación de la falta dependía de los siguientes dos factores: (i) la utilización será de ejecución instantánea, si *"lo utilizado desaparece del mundo fenoménico"*, es decir, si se consume el bien fungible (dinero). El ejemplo sería el caso del abogado que se apropió de los dineros del cliente y afirmando que eran de él, los utiliza en alguna transacción. En ese momento comienza a contabilizarse la prescripción.

35 Consejo Superior de la Judicatura. Sala Disciplinaria. M.P. Rómulo González Trujillo. Radicación No. 2753 A. Aprobado según acta No. Cuarenta y siete (47) del 11 de agosto de 1994.

(ii) Si los dineros, bienes o documentos se retienen o su utilización se prolonga en el tiempo (por ejemplo el uso continuo de un bien del cliente) se entenderá que la falta es de ejecución sucesiva o permanente. Por lo anterior, el término de prescripción se calculará desde el momento en el que el abogado le regrese al cliente los bienes, dineros o documentos que retuvo o utilizó permanentemente³⁶. En últimas, esa posición no es lógica en la medida en que se premia con una prescripción más benévola al abogado que gastó los dineros (una falta muy grave), mientras que el jurista que retuvo los dineros por olvido, mala fe o negligencia tendrá una carga mucho mayor a pesar de que su falta no es tan delicada como la utilización.

Posteriormente, en 1999 la tesis del Consejo Superior de la Judicatura mantiene en líneas centrales lo expresado en 1994 y en 1998, no obstante, modifica los criterios establecidos en la providencias para identificar si la falta es instantánea o permanente³⁷. Los hechos que dieron origen al proceso son básicamente los mismos que los descritos en la sentencia de 1994: un abogado es contratado por un arrendador con el propósito de que le paguen los cánones de arrendamiento debidos. El arrendatario cancela los mismos, pero el abogado los entrega a su cliente años más tarde. En esta oportunidad el Consejo Superior afinó un poco más la tesis de la siguiente forma: el móvil del abogado con respecto a los bienes, dineros o documentos retenidos o utilizados es el criterio definitivo para identificar el carácter de la falta³⁸. Así por ejemplo, si el abogado retiene o utiliza dineros, se entiende que hay un ánimo de apropiación y en ese sentido la falta será instantánea. En otras palabras hay un desplazamiento en el derecho de dominio del cliente al retenedor. Por el contrario, si el ánimo del abogado es el mero uso (de bienes o documentos) la falta será de ejecución permanente. De lo anterior se sigue que la retención o utilización de dinero será una falta instantánea porque el ánimo del abogado es apropiarse del mismo, mientras que si la utilización o retención se ejecuta sobre bienes o documentos (no fungibles) se entenderá que el ánimo es el mero uso y en consecuencia la falta será permanente.

36 Esta providencia fue reiterada por en 1998. Cfr. Consejo Superior de la Judicatura. Sala Disciplinaria. M.P. Leovigildo Bernal Andrade. Radicación No. 11124 A del 22 de octubre de 1998.

37 Consejo Superior de la Judicatura. Sala Disciplinaria. M.P. Myriam Donato de Montoya. Radicación No. 347 A 896 del 22 de abril de 1999.

38 A diferencia de las sentencias de 1998 y 1994 en este pronunciamiento lo determinante ya no es un criterio objetivo (la desaparición del mundo fenoménico del bien fungible) sino el ánimo (un criterio subjetivo).

3.2 El diálogo de los Magistrados a través de las sentencias

En esta etapa se da un diálogo a través de las providencias por parte de los Magistrados que sostenían la tesis del carácter instantáneo de la falta y quienes consideraban que ésta era permanente. En efecto, es interesante observar que a la aparente consolidación de una tesis en una providencia le seguía de cerca una sentencia en un sentido totalmente distinto. En otras palabras, en este periodo el Consejo Superior se debate entre dos tesis contrarias que son defendidas por Magistrados que mantienen un diálogo a lo largo de la línea jurisprudencial con providencias que contienen tesis encontradas.

Así las cosas aunque las tesis esbozadas hasta acá son relativamente similares (intermedias porque no aceptan en su totalidad una tesis u otra), en el 2003³⁹, el Consejo Superior abandona definitivamente esta postura intermedia. En septiembre de ese año esa Corporación conoció de un recurso de consulta formulado por el Ministerio Público frente a una sentencia de instancia que había declarado la prescripción de la falta consistente en retener dineros del cliente. Este es uno de los fallos más importantes del recorrido debido a que el Consejo Superior de la Judicatura modifica la tesis al aceptar que la utilización o retención de dineros del cliente es una falta de ejecución continua, en la medida en que el término de prescripción comienza a contabilizarse desde la devolución de los dineros, bienes o documentos al cliente. Aunque no hay referencias explícitas a la postura anterior, se presentan tres salvamentos de voto afirmando que la conducta es instantánea, siguiendo de cerca la argumentación ofrecida por las providencias pasadas (hay un desplazamiento del derecho de dominio, al menos en el caso de los dineros). Así mismo, en tres aclaraciones de voto se presenta otra tesis intermedia de acuerdo con la cual si bien es cierto que la conducta es de ejecución permanente, no es menos cierto que el cálculo de los tiempos para la prescripción debe realizarse desde el auto de apertura de investigación de manera análoga a lo establecido en el derecho penal, para los delitos de ejecución permanente.

Esta tesis se mantendría inalterada durante algunos meses (cerca de un año). No obstante, el 4 agosto de 2004 uno de los magistrados que salvó

39 Consejo Superior de la Judicatura. Sala Disciplinaria. M.P. Temístocles Ortega Narváez. Radicación No. 19971473 01 del 16 de septiembre de 2003. Acta 126.

el voto en el 2003⁴⁰ (Rubén Darío Henao) fue ponente de una sentencia sobre la retención de unos dineros que una aseguradora le entregó a un abogado y que éste recibió en nombre de su cliente. Bajo la idea según la cual no hay penas imprescriptibles⁴¹ la prescripción debía contabilizarse desde la infracción al deber de honradez (desde la retención o utilización).

Sorpresivamente una semana después el Consejo Superior decide en dos providencias del 11 de agosto de 2004⁴² que es necesario rectificar la tesis. En otras palabras, se reconoce que existe una postura contraria (la sentencia es de siete días antes) y se realiza un cambio explícito de jurisprudencia indicando *que en adelante* se entenderá que la falta analizada es de carácter permanente o continuo. El argumento central para cambiar la jurisprudencia está relacionado con la necesidad de igualar la permanencia de las faltas de retener y utilizar dineros, bienes o documentos. En esa oportunidad se dijo:

*"...se observa un desequilibrio en la aplicación de la cesación de procedimiento por prescripción de la acción disciplinaria para las faltas contempladas en los numerales 3 y 4 del artículo 54 del Decreto 196 de 1971, pues mientras en la primera se tiene establecido que permanece en el tiempo hasta cuando el abogado devuelva lo retenido, la segunda se consume en el momento en el litigante recibe, materializándose así una conducta instantánea... en consecuencia, en adelante, para efectos de empezar a contabilizar el término prescriptivo de la utilización se tendrá en cuenta el momento a partir del cual el abogado devuelve a su cliente los dineros..."*⁴³

40 Consejo Superior de la Judicatura Sala Disciplinaria. M. P. Rubén Darío Henao Orozco. Expediente: 199702514-01-57-II-04 del 4 de agosto de 2004.

41 En esa providencia se cita la sentencia C-556 de 2001 en la cual se afirma que están prohibidas las situaciones indefinidas en materia sancionatoria.

42 Consejo Superior de la Judicatura Sala Disciplinaria. M. P. Luis Guillermo Mesa. Expediente: 19980292-01-48-III-03 del 11 de agosto de 2004 y Consejo Superior de la Judicatura Sala Disciplinaria. M. P. Fabio Coral Villota. Expediente: 1998-0292 del 11 de agosto de 2004.

43 Consejo Superior de la Judicatura Sala Disciplinaria. M. P. Fabio Coral Villota. Expediente: 1998-0292 del 11 de agosto de 2004. Postura reiterada en Consejo Superior de la Judicatura. Sala Disciplinaria. M.P. Guillermo Bueno Miranda. Radicación No. 11001 11 02 000 1999 01904 01/426A del 1 de junio de 2005, Consejo Superior de la Judicatura. Sala Disciplinaria. M.P. Temístocles Ortega Narváez. Radicación No. 410011102000 200000208 01 del 1 de junio de 2005 y Consejo Superior de la Judicatura Sala Disciplinaria. M. P. Fernando Coral Villota. Expediente: 54001 01 02 000 200000172 01 (121 l 05) del 6 de julio de 2005.

Pero a pesar de lo dicho nuevamente con ponencia del Magistrado Henao, la jurisprudencia volvió a cambiar esta vez a través de una sentencia de tutela. En noviembre de 2005⁴⁴ esa Corporación conoció el caso de una abogada sancionada que interpuso una acción de tutela en contra de una providencia de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, al considerar que había incurrido en una vía de hecho al desconocer el precedente del 4 agosto 2004, sobre el carácter instantáneo de la falta. Varios de los Magistrados que sostenían la tesis del carácter permanente y que conocieron del caso que dio origen a la sentencia que presuntamente vulneraba derechos fundamentales, debieron declararse impedidos para conocer del asunto. En esa oportunidad se reiteró lo dicho en la sentencia del 4 de agosto de 2004, sobre la inexistencia de la imprescriptibilidad de las faltas y se concedió el amparo.

3.3 La consolidación de la tesis sobre el carácter permanente y la aparición de la Corte Constitucional

El diálogo entre los magistrados y la consecuente consolidación de la jurisprudencia en torno al carácter permanente de la falta se produjo en 2006⁴⁵ justo tres meses después de la sentencia de tutela de noviembre de 2005. En las sentencias del 1º de febrero de 2006 (el Magistrado Ponente de ambas fue Temístocles Ortega quien a su vez había comenzado el cambio de postura en 2003) se debía decidir sobre el caso de un abogado que había conciliado y recibido dineros en nombre de varios de sus clientes pero nunca les comunicó sobre la recepción de éstos. De forma explícita, con el fin de no dejar duda alguna, el Consejo Superior de la Judicatura expresa que aunque ha sostenido una tesis diferente, reafirmaba que la jurisprudencia mayoritaria de esa Corporación acogía la tesis del carácter permanente de la falta, teniendo en cuenta que mientras no se verificara la devolución de los bienes, dineros o documentos, el bien jurídico (honradez del abogado) se veía afectado continuamente. Esta última postura es la dominante hoy en día y ha sido reiterada sin variación alguna en providencias de los años 2007, 2008, 2009 y 2010.

44 Consejo Superior de la Judicatura, Sala Disciplinaria. M. P. Rubén Darío Henao Orozco. Expediente: 19001110200020059242 01 (181) del 17 de noviembre de 2005 (sentencia de tutela).

45 Consejo Superior de la Judicatura, Sala Disciplinaria. M. P. Temístocles Ortega Narváez. Expediente: 680011102000 199900421 03 del 1 de febrero de 2006 y Consejo Superior de la Judicatura Sala Disciplinaria. M. P. Temístocles Ortega Narváez. Expediente: 110011102000 200204705 01 del 1 de febrero de 2006.

Antes de terminar este apartado, conviene afirmar que la consolidación de esta postura pasó una prueba de fuego al salir avante frente a una acción de tutela contra una providencia que sostenía esa tesis mayoritaria. En el año 2008, a través de la sentencia T-1226, la Corte Constitucional decidió una tutela interpuesta por un abogado que había sido sancionado por el Consejo Superior de la Judicatura, aplicando la tesis del carácter permanente de la falta relativa a la retención o utilización de dineros, bienes o documentos del cliente. El argumento principal del accionante residía en que se había incurrido en uno de los defectos específicos de procedibilidad de la acción de tutela (concretamente vulneración de precedente) en la medida en que el Consejo Superior de la Judicatura había sostenido en algunas ocasiones que la falta era de instantánea. De haberse respetado el precedente, la conducta endilgada al tutelante habría prescrito.

La Corte Constitucional en sus consideraciones afirmó que a partir del año 2004 (cita la sentencia de 11 de agosto con ponencia de Coral V.) se había estabilizado la línea jurisprudencial del Consejo Superior de la Judicatura y en ese sentido la respuesta al problema jurídico planteado desde esa época indicaba que la falta analizada a lo largo de este escrito era de carácter permanente. En ese orden de ideas, el diálogo que comenzó con intensidad en 2003 y se cerró en 2006 en el Consejo Superior de la Judicatura, fue sellado definitivamente en 2008 por la Corte Constitucional al considerar que no se había vulnerado el derecho al debido proceso del actor, debido a que el Consejo Superior de la Judicatura no había cambiado su jurisprudencia dominante.

4. CONCLUSIONES

A lo largo de este escrito se ha presentado una visión del Consejo Superior de la Judicatura sobre el tema atrás reseñado. Pero más que realizar una síntesis de lo planteado, es preciso hacer notar que la línea presenta dificultades desde el comienzo (con las tesis intermedias) y que se amplifican a partir de 2003 cuando comienza el diálogo entre varios Magistrados de diversas posturas (específicamente entre el Magistrado Henao y el Magistrado Ortega).

Las divergencias conceptuales e ideológicas al interior de un Tribunal no siempre quedan saldadas en las discusiones en Sala o con la sentencia y sus salvamentos y/o aclaraciones. Ocurre también que los Magistrados ven el devenir de la jurisprudencia de una Corporación como el espacio propicio para responderle a tesis contrarias (y a veces a Magistrados específicos) mediante sus sentencias. Bajo esa perspectiva se entabla un diálogo permanente en el cual las formas de comunicación son las sentencias y los destinatarios no sólo los usuarios del sistema, sino también los Magistrados con una visión contraria.

A pesar de lo dicho esa situación no siempre es deseable en virtud del principio de igualdad, porque las diferencias técnicas (como sucede en este caso) deben partir del respeto a la expectativa de los clientes de abogados que confían en la justicia. Esa es una de las razones principales de este tipo de estudios y de la metodología de análisis jurisprudencial: evidenciar inconsistencias, contradicciones y tratar de aportar soluciones.

Por otro lado, es preciso decir que la postura del Consejo Superior con respecto al problema anotado se compadece con la realidad de los clientes que confían en un abogado, pero que después son engañados. Para un cliente es muy difícil determinar si el abogado tenía o no el ánimo de apropiarse de los dineros recibidos o desde cuándo se calcula la prescripción si estamos frente a una falta instantánea. Acoger el carácter permanente de la falta equilibra la evidente debilidad de una persona que no conoce el Derecho, a través de la traducción en términos jurídicos del sentido común: si el abogado no ha devuelto los dineros, documentos o bienes, mal podría exonerársele de cumplir sus obligaciones.

EL PROBLEMA DE LA ANTIJURIDICIDAD EN EL DERECHO DISCIPLINARIO

Ensayo elaborado a partir del tema seleccionado por Jesús Antonio Silva Urriago y Jorge Rigoberto Villareal Ocaña para el IV Curso de formación judicial de la Escuela Rodrigo Lara Bonilla. Promoción 2009.

1. INTRODUCCIÓN

1.1 Presentación

Una de las preguntas que más discusiones ha generado en el derecho disciplinario es la que indaga sobre sus fronteras con el derecho penal. Se trata en últimas de determinar si la dogmática tradicional de éste último debe aplicarse plenamente en el derecho disciplinario, o si por el contrario, merece algunos ajustes atendiendo a sus particularidades. En ese sentido la respuesta al problema tendrá una incidencia directa en la jurisprudencia disciplinaria en la medida en que el tratamiento idéntico de principios como la legalidad o la proporcionalidad en derecho penal y en disciplinario puede desencadenar una respuesta totalmente diferente a la que se obtendría si se considera que los principios del derecho penal aplican en disciplinario con algunos matices⁴⁶.

46 La actualidad de este debate se puede evidenciar en la sanción disciplinaria que recientemente el Procurador General de la Nación aplicó al ex Contralor de Bogotá Miguel Moralesrussi y al ex Representante Germán Olano. Sobre la incidencia de las categorías penales en este caso específico pueden verse las columnas de los profesores Rodolfo Arango (<http://www.elespectador.com/impreso/columna-254406-el-estado-de-derecho-ascuas> Recuperado el 3 de marzo de 2011) y Yesid Reyes (<http://www.elespectador.com/impreso/columna-251645-los-limites-de-procuraduria> Recuperado el 3 de marzo de 2011).

Tanto la jurisprudencia constitucional como la disciplinaria han debido responder a ese interrogante en relación con la antijuridicidad del derecho penal y su aplicabilidad al derecho disciplinario. Como bien se sabe, para que una conducta sea sancionada penalmente, ésta debe poner en peligro o afectar seriamente un bien jurídico tutelado por el ordenamiento. Es lo que se conoce como antijuridicidad material⁴⁷.

Ahora bien, en derecho disciplinario esas dos posturas (la que acepta la antijuridicidad material y la que la niega) se reflejan de la siguiente forma: (i) por una parte hay un sector de la jurisprudencia en la que se acoge la doctrina penalista, a través de la aplicabilidad plena del principio de antijuridicidad en derecho disciplinario. Bajo esa hipótesis para que la conducta del funcionario sea sancionada por el derecho disciplinario, su conducta no solamente deberá encajar dentro de uno de los supuestos tipificados por la ley, sino que además deberá poner en peligro o afectar material y realmente un bien jurídico protegido por el ordenamiento; y (ii) por otro lado, existe otra postura según la cual el principio de antijuridicidad material debe adaptarse al derecho disciplinario y no aplica en este campo de la misma forma que en derecho penal. Por esa razón si bien es cierto que la antijuridicidad es un requisito ineludible para imponer una sanción disciplinaria, no es necesario que la conducta afecte un bien jurídico, en la medida en que el derecho disciplinario no protege bienes jurídicos, sino solamente el buen funcionamiento del Estado a través de la imposición de la obligación de cumplir ciertos deberes. En otras palabras, la antijuridicidad en derecho disciplinario no se configura con la vulneración efectiva de un bien jurídico (como ocurre en penal) sino que se entiende que la mera infracción de una norma disciplinaria constituye por sí misma una transgresión al buen funcionamiento del Estado y eso es suficiente para considerar que la conducta es antijurídica. Como se observa, se trata de una lectura que aboga por la autonomía relativa (no es absoluta) del derecho disciplinario frente al penal.

En principio se podría pensar que la respuesta a esta disyuntiva se encuentra en la ley. En efecto, el Código Disciplinario Único⁴⁸ (en adelante CDU) parece optar por la postura penalista teniendo en cuenta que el artículo 5 dispone que "*La falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin*

47 Cfr. Gaitán Mahecha, Bernardo. Derecho penal general. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 1999. En el mismo sentido véase la sentencia C-205 de 2003.

48 Ley 734 de 2002

justificación alguna". De igual forma el Código Disciplinario del abogado (ley 1123 de 2007) también acogería la tesis de la antijuridicidad material debido a que el artículo 4 consagra que "*Un abogado incurrirá en una falta antijurídica cuando con su conducta afecte, sin justificación, alguno de los deberes consagrados en el presente código*". A pesar de esto alguna parte de la jurisprudencia (específicamente de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura) se aparta de la aplicabilidad plena del principio de antijuridicidad material (modelo penalista) y opta más bien por la opinión de acuerdo con la cual los principios del derecho penal deben ser adaptados de conformidad con la especialidad que supone el derecho disciplinario.

Aparentemente la controversia es simplemente teórica y defender una u otra postura no tendría ningún efecto práctico. No obstante la relevancia cada una de ellas tesis se hace sentir en el derecho a la defensa del procesado. Supongamos el siguiente caso: un abogado olvidadizo retiene documentos de su cliente, pero al poco tiempo los devuelve sin merecer ningún reproche por parte de su poderdante. Bajo la teoría penalista la afectación al bien jurídico fue mínima e inclusive se podría decir que inexistente y por esa razón la conducta no debería ser sancionada. Por otro lado, la perspectiva que promueve una independencia de los principios del derecho disciplinario frente al penal resolvería el caso con una sanción al abogado teniendo en cuenta que el concepto de ilicitud formal entiende que la antijuridicidad se configura con el mero incumplimiento de los deberes, esto es, con la simple comisión de una de las conductas prohibidas por el Código Disciplinario del abogado.

Nótese entonces que más allá de una simple discusión doctrinal o académica sin contenido de orden práctico, se trata de una decisión que va a tener una incidencia frente a cuatro aspectos principales:

- (i) En primer lugar el problema de la antijuridicidad va a tener un impacto en el derecho a la defensa del sujeto procesado (art. 29 de la CP) en la medida en que para una tesis es válido el análisis de la real afectación del bien jurídico, mientras que para la otra no.
- (ii) De conformidad con la tesis sobre la autonomía relativa del derecho disciplinario frente al penal, se podría decir que la tipicidad engloba el principio de antijuridicidad (o como lo denominan quienes apoyan esta tesis: ilicitud formal) debido a que si se incurre en la conducta tipificada en la ley, automáticamente se entiende que se configura la

violación de uno de los deberes del funcionario (o del abogado) y en ese sentido se entendería cumplida la antijuridicidad requerida. En síntesis la antijuridicidad pasaría a ser un apéndice de la tipicidad.

- (iii) La jurisprudencia constitucional, así como la de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, ha variado frente a estas dos tesis con algunos puntos intermedios y en esos casos la suerte de ciertas disposiciones legales o de abogados procesados ha tenido que ver con la concepción que se tiene sobre la antijuridicidad en el derecho disciplinario.
- (iv) Por último el dilema no se puede reconducir a un simple problema de garantismo de derechos frente a una posible restricción de los mismos, porque ese punto de análisis no tiene en cuenta otro factor importante y es el normal funcionamiento o marcha del Estado y en el caso del estatuto del abogado la defensa del prestigio y honor de la profesión. Se trataría entonces de lograr un balance entre la posibilidad material de una defensa por parte del funcionario o abogado así como una adecuada protección del buen funcionamiento estatal.

1.2 Problema jurídico

Teniendo como punto de referencia el contexto jurídico planteado con anterioridad, el problema jurídico que ha debido resolver la jurisprudencia constitucional y disciplinaria es el siguiente: ¿En los procesos disciplinarios que se adelanten contra servidores públicos o abogados, la antijuridicidad de la conducta debe analizarse atendiendo a la real afectación del bien jurídico o por el contrario debe entenderse que la sola comisión de la conducta prohibida supone la configuración de la antijuridicidad?

2. GRÁFICA DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL

¿En los procesos disciplinarios que se adelanten contra servidores públicos o abogados, la antijuridicidad de la conducta debe analizarse atendiendo a la real afectación del bien jurídico o por el contrario debe entenderse que la sola comisión de la conducta prohibida supone la configuración de la antijuridicidad?

TESIS A

Es preciso analizar la real afectación al bien jurídico protegido por la prohibición de la conducta.

			CSJ 1999 ⁰¹
	C 948/2002		
	S.V. J. Córdoba, R. Escobar		C 949/2002
	C 1076/2002		
	C 252/2003		CSJ 2003 ⁰²
CSJ 2004 ⁰³			
			C 796/2004
C 818/2005			
	C 393/2006		
C 819-2006			
	C 097/2007		
	C 884/2007		
C 540/2010			
			CSJ 2010 ⁰⁴

TESIS B

La comisión de la falta tipificada en la ley supone una infracción a los deberes del abogado o servidor y en ese sentido, no es necesario analizar la afectación del bien jurídico. La antijuridicidad se configura con la comisión de la falta.

01. Consejo Superior de la Judicatura. Sala Disciplinaria. M.P. Edgardo Maya V. Radicación No. 19980688 A del 11 de agosto de 1999.

02. Consejo Superior de la Judicatura. Sala Disciplinaria. M.P. Temístocles Ortega Narváez. Radicación No. 200011102000 20020187 01 del 23 de septiembre de 2003.

03. Consejo Superior de la Judicatura. Sala Disciplinaria. M.P. Guillermo Bueno Miranda. Radicación No. 19990288- 01 / 154- F del 9 de febrero de 2004.

04. Consejo Superior de la Judicatura Sala Disciplinaria. M. P. María Mercedes López Mora. Expediente: 470011102000200900575 01 del 23 de junio de 2010. Aprobada según acta 075 del 23 de junio de 2010.

3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

El recorrido jurisprudencial no ha sido pacífico y por esa razón para tratar de sistematizar la información consignada en el gráfico, se analizará la jurisprudencia de cada una de las Corporaciones teniendo en cuenta que el sentido de ésta ha sido opuesto en la Corte Constitucional y en la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura. En todo caso hay tres posturas que pueden resumirse de la siguiente forma: (i) la tesis mayoritaria –al menos cuantitativamente– en sentencias de constitucionalidad de la Corte Constitucional, indica que la antijuridicidad en sentido material es un límite para el legislador al momento de la elaboración de disposiciones disciplinarias. Sin embargo, en esas providencias de control abstracto no existe un pronunciamiento explícito frente al deber del juez de analizar la real afectación del bien jurídico respectivo en juicios concretos, esto es, cuando se examina desde el derecho disciplinario la conducta específica de un servidor o de un abogado; (ii) en dos oportunidades la Corte Constitucional ha expresado que el juez disciplinario está en la obligación de analizar si en el caso en particular la conducta del servidor o del juez ha afectado realmente el bien jurídico que protege el derecho disciplinario; y (iii) la postura dominante del Consejo Superior de la Judicatura considera que el mero incumplimiento de la norma disciplinaria por parte del servidor o del abogado implica una vulneración automática de los deberes funcionales y en ese sentido se configura la antijuridicidad requerida por el derecho disciplinario.

3.1 La antijuridicidad material de la conducta

La posición de la Corte Constitucional a lo largo de los años ha coincidido en afirmar que no basta con que la conducta del servidor o del abogado esté prohibida por la ley, sino que también es indispensable analizar si ésta afecta materialmente un bien jurídico. Sin embargo hay varios matices en la jurisprudencia constitucional frente a esta posición:

- a. En la mayoría de las sentencias de la Corte se asume que *el legislador* al momento de tipificar las faltas disciplinarias debe tener en cuenta que el fin de éstas debe estar orientado a la protección real y efectiva de un bien jurídico. En efecto en la sentencia C-948 de 2002 la Corte Constitucional analizó

una demanda en contra del artículo 5 del CDU⁴⁹ que consagra la lesividad como uno de los principios rectores de ese Código. En esa oportunidad el accionante afirmó que se vulneraba el derecho al debido proceso teniendo en cuenta que la norma hacía referencia únicamente a una antijuridicidad en sentido formal (el simple incumplimiento de funciones es antijurídico *per se*). La Corte Constitucional determinó que la disposición era exequible puesto que precisamente la norma no castigaba la ilicitud formal (el mero incumplimiento de funciones) sino que la infracción al deber tiene que atentar efectivamente contra el buen funcionamiento del Estado. Por lo anterior al legislador le está vedado tipificar faltas que no tengan en cuenta los deberes funcionales del servidor (bien jurídico), esto es, que no tenga un contenido sustancial que le es propio a toda falta disciplinaria.

Esta tesis sería reiterada posteriormente en la sentencia C-1076 de 2002 (confirmada por la sentencia C-252 de 2003) en la cual un ciudadano demandó el artículo 51 del CDU que disponía que el funcionario que cometiera reiteradamente hechos que contrariaran en menor grado el orden administrativo al interior de cada dependencia sin *afectar sustancialmente sus deberes*, debía ser investigado disciplinariamente⁵⁰. En esa oportunidad la Corte Constitucional declaró inexecutable esa disposición argumentando que ésta no tenía en cuenta el principio de ilicitud sustancial (que había sido declarado exequible en la sentencia antes estudiada), es decir, no protegía ningún bien jurídico o deber funcional y por esa razón debía ser retirada del ordenamiento. En este fallo se reafirma la regla según la cual el legislador no puede tipificar faltas que no busquen una verdadera protección de un bien jurídico desde una óptica sustancial y no meramente formal⁵¹.

Hasta acá se podría concluir que la tesis de la Corte apoya la idea de la antijuridicidad material, pero referida únicamente al momento de la producción legislativa. Aunque en este periodo no existe ningún pronunciamiento relativo a la posibilidad de evaluar la antijuridicidad en sentido material en

49 Artículo 5 CDU: "*Ilícitud sustancial. La falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna*".

50 Artículo 51 del CDU: "*Preservación del orden interno. Cuando se trate de hechos que contraríen en menor grado el orden administrativo al interior de cada dependencia sin afectar sustancialmente los deberes funcionales, el jefe inmediato llamará la atención al autor del hecho sin necesidad de acudir a formalismo procesal alguno*".

51 Sentencias reiteradas años más tarde en las providencias C-393 de 2006, C-097 de 2007 y C-884 de 2007.

casos concretos porque las sentencias analizadas son de constitucionalidad (control abstracto), se podría inferir que si ese deber existe para el legislador, los jueces en los casos concretos también estarían en la obligación de seguirlo.

- b. Así las cosas dos años más tarde en la sentencia C-796 de 2004 la Corte analizó la constitucionalidad de una falta disciplinaria contenida en el parágrafo artículo 4 de la ley 124 de 1994⁵² que disponía que el abuso de autoridad policial en contra de menores de edad en estado de embriaguez, sería sancionado inmediatamente con destitución. En esa providencia la Corte además de reiterar su precedente en el que se le impone al legislador la obligación de respetar el principio de antijuridicidad material al momento de tipificar las faltas, expresó que el único criterio de imputación era el incumplimiento del deber funcional por parte del servidor, a través de la infracción de la norma disciplinaria. En otras palabras, según esa sentencia el legislador está obligado a tipificar conductas que efectivamente vulneren bienes jurídicos, pero el operador judicial a la hora de aplicar esa normativa debe únicamente estudiar si se afectó un deber funcional por parte del funcionario.

A pesar de lo dicho esta sentencia es insular porque la Corte Constitucional en el año 2006 y posteriormente en 2010 afirmó explícitamente que el investigador disciplinario (ya no sólo el legislador) debe analizar si la conducta imputada al servidor, efectivamente se ajusta a un criterio de ilicitud sustancial o antijuridicidad material. En efecto, en la sentencia C-819 de 2006 la Corte estudió la constitucionalidad de uno de los agravantes contenidos en la ley 1015 de 2006 (régimen disciplinario de la Policía Nacional) que disponía que la conducta sería grave si ésta afectaba *"el decoro, la dignidad, la imagen, la credibilidad, el respeto o el prestigio de la institución"*. Además de analizar los problemas tradicionales sobre la tipicidad de la norma, la Corte Constitucional estableció que *"[s]e infringe el deber funcional si se incurre en comportamiento capaz de afectar la función pública"*. Por lo anterior, además de la orden clásica al legislador sobre la imposibilidad de tipificar comportamientos que no consulten la antijuridicidad en sentido material, se expresa que el comportamiento en sí mismo no es suficiente para considerar que existe una falta disciplinaria sino que debe realmente afectar la función pública.

52 Artículo 4 de la ley 124 de 1994. Parágrafo: *"Sin perjuicio de las sanciones penales correspondientes, cualquier abuso de la autoridad policial cometido en contra del menor, será sancionado por el Comisionado Nacional para la Policía o su Delegado"*.

En el año 2010 (la sentencia más reciente sobre el particular) un ciudadano demandó la restricción prevista en el artículo 66 de la ley 1123 de 2007 (Código Disciplinario del abogado) en la que se limita la participación del quejoso a ciertas etapas procesales (formulación y ampliación de la queja, aporte de pruebas e impugnación de las decisiones que pongan fin a la actuación, distintas a la sentencia). La Corte Constitucional acogiendo la doctrina de la antijuridicidad material expresó que existen conductas en la ley 1123 de 2007 cuyo grado de lesividad sustancial en ocasiones va más allá del bien jurídico tradicional que éstas protegen (buen funcionamiento del Estado) y en ese sentido es posible que la conducta vulnere derechos de terceros⁵³. Lo interesante de esta sentencia es que amplía el punto de vista del análisis tradicional (el bien jurídico referido a los deberes funcionales y al buen funcionamiento del Estado) e introduce un nuevo bien jurídico que debe ser analizado por el juzgador disciplinario: los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario.

En síntesis la Corte Constitucional (i) ha aceptado de forma unánime que la libertad de configuración del legislador en derecho disciplinario debe tener en cuenta el principio de lesividad o antijuridicidad material; y (ii) en algunas de las sentencias ha afirmado que la ilicitud sustancial es un principio que no sólo debe observar el Congreso, sino también el operador judicial al momento de investigar disciplinariamente a un servidor o a un abogado.

3.2 La antijuridicidad formal en el Consejo Superior de la Judicatura

El Consejo Superior de la Judicatura ha sostenido una postura contraria a la de la Corte Constitucional al menos en lo relativo a las faltas disciplinarias de los abogados y jueces. En el año de 1999 se presentó un caso en el cual un fiscal debía recibir la declaración de un condenado para que éste accediera a algunos beneficios jurídicos⁵⁴. Sucedió que el fiscal se demoró en tomar la declaración del recluso dos años y por esa razón la Fiscalía General de la Nación compulsó copias al Consejo Superior de la Judicatura. El fiscal argumentó en defensa suya que de acuerdo con el Código Disciplinario era necesario analizar no solamente la infracción formal de las normas establecidas en esa ley, sino también la verdadera

53 Cfr. Sentencia C-540 de 2010. En esa providencia la Corte estimó que algunas conductas podían incluso vulnerar Derechos Humanos o el Derecho Internacional Humanitario.

54 Consejo Superior de la Judicatura. Sala Disciplinaria. M.P. Edgardo Maya V. Radicación No. 19980688 A del 11 de agosto de 1994.

afectación del bien jurídico. A pesar de lo dicho, el Consejo Superior estimó que en derecho disciplinario no se requería necesariamente un resultado dañoso sino la infracción de un deber funcional como sucedía en este caso. En consecuencia la sola infracción al deber configura la antijuridicidad.

Esta tesis sería reiterada unos años después⁵⁵ en el caso de un juez que libró un mandamiento de pago de forma errónea y que le causó un daño a una de las partes en el proceso. Al momento de evaluar la antijuridicidad de la conducta se dijo que en derecho disciplinario no existen bienes jurídicos que se pretenden proteger (como ocurre en penal) sino que lo que se reprocha es la afectación a bienes *intelectuales* o *simbólicos*: los deberes funcionales del servidor. En consecuencia, en esa providencia se dice que *"el examen de la conducta del agente no va encaminado hacia determinar el grado de lesividad o afectación de los bienes jurídicos que puedan verse involucrados en la gestión profesional, sino a las posibilidades materiales que tenía o tiene el sujeto de cumplir cabalmente con el deber funcional que le es exigible y se encuentra previamente establecido"*.

La tesis de la antijuridicidad formal⁵⁶ sería refutada en el año 2004⁵⁷ a través de una providencia que sigue de cerca (incluso cita) el precedente de la Corte Constitucional. El caso se refería a una presunta actuación irregular de una juez en el trámite del secuestro de un bien. La defensa de la procesada se fundó en la inexistencia de un perjuicio real para la parte afectada. En las consideraciones de esa providencia el Consejo Superior de la Judicatura acoge la teoría de la antijuridicidad material e indica que: *"el juez disciplinario... deberá establecer con grado de certeza que dicho comportamiento afectó en forma real el deber funcional, esto es, la forma en que la conducta del funcionario -afecta siempre a unos deberes generales y específicos- interactúa con la función pública para el cumplimiento de los fines de dicha función, de forma tal que la distorsión, interrupción, desvío, perversión de tales fines es lo que constituye el objeto de reproche y, por lo mismo, mientras ello no ocurra no puede considerarse la conducta como antijurídica y, por consecuencia necesaria, no puede ser sancionada"*.

55 Consejo Superior de la Judicatura. Sala Disciplinaria. M.P. Temístocles Ortega Narváez. Radicación No. 200011102000 20020187 01 del 23 de septiembre de 2003.

56 Curiosamente en algunas sentencias la denominan *lesividad sustancial* aunque el análisis es de índole estrictamente formal.

57 Consejo Superior de la Judicatura. Sala Disciplinaria. M.P. Guillermo Bueno Miranda. Radicación No.19990288- 01 / 154- F del 9 de febrero de 2004.

A pesar de lo dicho recientemente, el Consejo Superior de la Judicatura regresa a su tesis tradicional. En junio de 2010⁵⁸ se estudió el caso de un abogado que al parecer asumió ilegalmente una serie de procesos ejecutivos en contra del Seguro Social porque con un conjunto de documentos con algunas irregularidades, le cobró a esa entidad (y ésta pago) fuertes sumas de dinero que en realidad no adeudaba. Aunque el disciplinado nunca argumentó nada en relación con la ilicitud sustancial, el Consejo Superior de la Judicatura volvió sobre la tesis que defiende una antijuridicidad en sentido formal al indicar que lo que se valora en este caso es la infracción de deberes profesionales por parte del abogado, que se suponen vulnerados con la comisión de la conducta tipificada en la ley. Esta es entonces la tesis dominante de esa Corporación.

58 Consejo Superior de la Judicatura Sala Disciplinaria. M. P. María Mercedes López Mora. Expediente: 470011102000200900575 01 del 23 de junio de 2010. Aprobada según acta 075 del 23 de junio de 2010.

4. CONCLUSIONES

Como se dijo al comienzo de este escrito más que encasillar una posición u otra como garantista o limitadora de derechos, se trata de lograr un balance entre el derecho a la defensa del implicado y la necesidad de lograr el buen funcionamiento del Estado. Lo dicho se corrobora con lo siguiente: a primera vista podría pensarse que la Corte Constitucional es más garantista porque amplía el radio de acción del derecho a la defensa con la aceptación de la antijuridicidad material. Sin embargo, etiquetar categóricamente como garantista a una Corporación es problemático porque depende de lo que se entiende por garantismo. En efecto en la sentencia del año 2010 la Corte Constitucional establece que el análisis de la antijuridicidad debe tener en cuenta la posible afectación de Derechos Humanos o el Derecho Internacional Humanitario. Esa situación analizada desde la perspectiva de los sujetos procesados disciplinariamente no sería tan garantista porque implica un punto de análisis adicional en su contra. Sin embargo, desde una perspectiva mucho más general sí lo terminaría siendo porque trata de proteger una serie de derechos a través de un análisis que anteriormente no se realizaba por parte del juez disciplinario: la extracción a partir de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario de nuevos bienes jurídicos tutelados por el derecho disciplinario que seguramente serán desarrollados en sentencias posteriores que complementen la línea.

Así mismo, es necesario entender que la postura del Consejo Superior de la Judicatura obedece a una lógica y es la siguiente: la tesis de la antijuridicidad formal suministra más herramientas para la labor de disciplinar los jueces y abogados en la medida en que la postura de la antijuridicidad material proporciona más herramientas para la defensa del disciplinado. Así pues, es natural que el disciplinador trate de escoger la vía que le allane el camino de la antijuridicidad.

Por otro lado, aunque se presente la tesis de la Corte Constitucional como una teoría que garantiza los derechos de los procesados no deja de tener falencias. Específicamente si se habla de examinar la existencia de una real afectación del *normal funcionamiento del Estado* se debe entrar a analizar

el contenido de esa expresión, especialmente en una realidad como la nuestra en la que el normal funcionamiento parece ser en ocasiones una excepción. Ante esa situación quizás la salida que se requeriría para llegar a una respuesta eficaz por parte del derecho disciplinario es la que ha escogido el derecho disciplinario a través de una suerte de objetivización de la antijuridicidad.

LA AUTONOMÍA JUDICIAL EN LA INTERPRETACIÓN Y EL DERECHO DISCIPLINARIO

Ensayo elaborado a partir del tema seleccionado por Miguel Ángel Barrera Núñez y Luis Francisco Casas Farfán para el IV Curso de formación judicial de la Escuela Rodrigo Lara Bonilla. Promoción 2009.

1. ● INTRODUCCIÓN

Como es bien sabido los operadores jurídicos en Colombia trabajan casi que exclusivamente sobre textos escritos. En otras palabras las fuentes del Derecho en Colombia responden a un sistema escritural en el que el operador debe desentrañar el contenido de las disposiciones y aplicarlo en los casos concretos, y en ese sentido, la interpretación de las palabras cobra un papel esencial en el Derecho.

Como bien lo anota la doctrina⁵⁹ gracias a la filosofía analítica se produjo un giro metodológico en la Filosofía del Derecho y en ese orden de ideas una de las principales preocupaciones de las Ciencias Jurídicas pasó de ser el afán por encontrar una definición del derecho a la búsqueda de una respuesta a la pregunta ¿qué es el derecho? Naturalmente el estudio del lenguaje normativo cobró una importancia decisiva⁶⁰. Estas consideraciones permiten explicar la atención

59 MARMOR, Andrei. *Interpretación y teoría del derecho*. Ed. Gedisa. Barcelona, 2001. Pág. 11 y 12.

60 Así lo pone de manifiesto por ejemplo CARRIÓ, Genaro quien además de traducir al castellano "*El concepto de derecho*" de Hart, trató problemas sobre los límites internos y externos del lenguaje normativo en su conocida obra *Sobre los límites del lenguaje normativo*. Ed. Astrea. Buenos Aires, 2008.

que el derecho ha puesto sobre los límites del lenguaje, las ambigüedades de éste y la relativa libertad que tiene el intérprete para atribuirle un significado –más que descubrirlo– a una serie de signos lingüísticos que por sí mismos no expresan un sentido único sino que, por el contrario, puede presentar diversos alcances. Así mismo, el problema de la interpretación no se agota únicamente en los textos sino que también penetra lo que se podría denominar 'la premisa menor del razonamiento judicial', es decir, los hechos. En ese plano también se presenta un margen de indeterminación frente a la fijación de los hechos, específicamente frente a la valoración probatoria.

Ahora bien del panorama descrito se podría inferir que la interpretación sufrió un proceso de relativización en el que cualquier respuesta sobre el significado del Derecho o de los hechos es posible. Sin embargo, aún existen algunos límites dentro de los cuales se pueden destacar los siguientes (i) la razonabilidad de la interpretación; (ii) una buena argumentación que permita dar cuenta del significado escogido; (iii) los hechos mismos del caso; y (iv) el ordenamiento jurídico. Sobre este último punto es preciso decir que el ordenamiento jurídico a través de diversas herramientas, trata de limitar la libertad del intérprete judicial. Simplemente por citar algunos ejemplos: la Constitución y los Derechos fundamentales son una barrera infranqueable para el operador judicial; el precedente judicial restringe la interpretación del juez atendiendo a los hechos del caso y a la *ratio decidendi* de providencias anteriores y los cánones de interpretación contenidos en el Código Civil encauzan en cierta medida la labor interpretativa.

En este escrito se analizará otro de los límites a la interpretación judicial que ofrece el ordenamiento jurídico y es el derecho disciplinario. En efecto, el derecho disciplinario establece límites al operador judicial a través de la prohibición de ciertas interpretaciones en las cuales se entiende que el juez antepone su criterio personal frente al ordenamiento jurídico y en esa medida, incumple con una de las funciones básicas del juez: tomar sus decisiones con fundamento en el Derecho (art. 230 de la Constitución). Así las cosas ante una interpretación judicial arbitraria, el Derecho disciplinario debe reaccionar imponiéndole una sanción al juez al suponer que ha fallado con base en sus creencias personales⁶¹.

61 El artículo 153 numeral 1 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (Ley 270 de 1996) establece lo siguiente: "*Son deberes de los funcionarios y empleados, según corresponda, los siguientes: 1. Respetar, cumplir y, dentro de la órbita de su competencia, hacer cumplir la Constitución, las leyes y los reglamentos*". Una interpretación arbitraria de los hechos o del Derecho supondrá la infracción de este deber por parte del juez, al anteponer su criterio personal frente al ordenamiento jurídico.

Sin embargo, plantear una posible sanción disciplinaria como el mejor instrumento para disuadir al juez con el propósito de que confeccione *una buena interpretación*, genera una serie de interrogantes en relación con la autonomía judicial:

- (i) Como se mencionó más atrás la existencia de algunos límites a la actividad judicial, específicamente a su labor interpretativa, no implica necesariamente una sola respuesta correcta y en ese orden de ideas, el margen de discrecionalidad será inevitable. Así las cosas, subsiste el problema de determinar qué debe entenderse por una interpretación razonable y una arbitraria.
- (ii) Además de dudar sobre el contenido de la razonabilidad o arbitrariedad en la interpretación de la norma o de los hechos, se presenta así mismo una nueva dificultad y es determinar cómo se debe definir el carácter arbitrario de una interpretación, lo cual será fundamental para establecer si existe un apartamiento en las funciones del juez. En todo caso la respuesta a ese cuestionamiento tendrá una incidencia práctica porque será la clave que permita deslindar el proceso verdaderamente disciplinario de una nueva instancia judicial, en la cual bajo la apariencia de un proceso disciplinario se reabra nuevamente el debate.
- (iii) Así mismo la intensidad del control disciplinario sobre las interpretaciones arbitrarias de normas o hechos plantea un conflicto entre la autonomía judicial (art. 228 de la Constitución) frente al respeto por el ordenamiento jurídico que debe observar todo juez (arts. 6 y 230 de la Constitución). Se trata de la tensión entre dos polos opuestos porque si se considera que lo más importante debe ser la autonomía judicial el control disciplinario sobre las posibles interpretaciones arbitrarias será muy débil o inexistente, en la medida en que una de las expresiones de la autonomía judicial es el margen relativo de libertad que tienen los jueces para decidir sus asuntos. Dentro de ese margen se cubre la posibilidad de interpretar con cierta autonomía tanto los hechos como el Derecho y en ese sentido, un control disciplinario riguroso sobre el juez conllevará a una menor autonomía del operador judicial. Por el contrario, si se defiende que lo más importante en esta tensión debe ser el respeto absoluto por el ordenamiento jurídico dejando en un segundo plano la autonomía judicial, la consecuencia será que el margen de libertad se verá reducido ampliamente, gracias al ojo vigilante del juez disciplinario.

1.1 Problema jurídico

De conformidad con las consideraciones expuestas anteriormente el problema jurídico que se debe responder para determinar la forma en la que coexiste en la jurisprudencia el principio de autonomía judicial con el de legalidad es el siguiente: ¿Puede el derecho disciplinario investigar y sancionar a un juez que en desarrollo de sus funciones ha realizado una interpretación presuntamente arbitraria de una disposición y/o de las pruebas o los hechos?

La respuesta a este problema jurídico es clave desde el punto de vista práctico ya que permite trazar algunas fronteras relativamente definidas a la autonomía judicial frente al principio de legalidad, que le permitan al juez determinar qué puede constituir una falta disciplinaria por una interpretación irrazonable o arbitraria. Igualmente la respuesta a la pregunta formulada tiene una utilidad adicional: permite saber cuándo procede una acción de tutela contra una providencia judicial por cuenta de una interpretación arbitraria en la medida en que la Corte Constitucional ha relacionado la existencia de una vía de hecho (hoy causales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales) con la presencia de faltas disciplinarias del juez que ha elaborado hermenéuticas arbitrarias.

3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

Como se evidencia en el gráfico, la línea jurisprudencial en general ha sido relativamente estable. En efecto aunque se han presentado tres posturas, una de ellas resulta ser la dominante tanto en la Corte Constitucional como en la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura: la que acepta que sí es posible iniciar una investigación disciplinaria y sancionar al juez que hubiese interpretado arbitrariamente el ordenamiento jurídico o los hechos bajo su conocimiento. Por su parte existen dos tesis insulares: (i) una que considera que no es posible iniciar una investigación disciplinaria bajo ningún supuesto (ni siquiera ante la presencia de una interpretación arbitraria); y (ii) otra de acuerdo con la cual la interpretación irrazonable de las pruebas no necesariamente implica que deba iniciarse una investigación disciplinaria. El trazado jurisprudencial se analizará entonces de acuerdo con cada una de esas tres posturas.

3.1. La imposibilidad de iniciar una investigación disciplinaria: prevalencia de la autonomía judicial

Las tres providencias que defienden esta tesis afirman que no es posible procesar disciplinariamente a los jueces por interpretaciones de hechos o del ordenamiento jurídico por dos razones principales: (i) controlar la interpretación judicial a través del derecho disciplinario es una intromisión indebida en el ámbito funcional del juez; y (ii) ese control implica además la creación de una nueva instancia en la cual se reabre el debate jurídico. Como corolario de lo dicho, ninguna interpretación judicial (ni siquiera las que son arbitrarias) puede ser sometida a un examen desde el derecho disciplinario. Por esa razón, solamente el derecho penal podría establecer una sanción al juez que elabore interpretaciones irrazonables.

La sentencia que funda la línea jurisprudencial (C-417 de 1993) acepta esta tesis y se refiere a una demanda de inconstitucionalidad que se presentó en contra del artículo 51 del decreto 1888 de 1989 que otorgaba algunas competencias disciplinarias en cabeza del Consejo Superior de la Judicatura. En esa oportunidad la Corte estudió no solamente los cargos de la demanda sino que realizó un análisis especial de la responsabilidad disciplinaria

de los jueces y magistrados. En ese sentido, esa Corporación determinó que era contrario a la Constitución que el derecho disciplinario cobijara las conductas relacionadas con el campo funcional de los jueces (específicamente en la interpretación y aplicación del Derecho) porque eso suponía un atentado contra del principio de autonomía judicial (art. 228 de la Constitución). Sin embargo la misma Corte fue enfática en señalar que en todo caso, una interpretación irrazonable o arbitraria no quedaría impune en la medida en que el derecho penal era el camino adecuado para reprimir esas conductas.

Esta tesis volvería a ser reiterada nuevamente por la Corte Constitucional en la sentencia SU-257 de 1997 en la cual se analizaba el incumplimiento que varios oficiales del Ejército habían adoptado frente a un fallo de tutela de un juez de primera instancia que le ordenó a un General Comandante de Brigada que removiera su tropa de una vía en el sur del Caquetá que comunicaba a varios municipios de ese Departamento con la capital. El General se rehusó a cumplir la orden bajo el argumento de que estaba recibiendo órdenes de superiores y además de eso estaba cumpliendo varios decretos departamentales y municipales. Ante el incumplimiento del ejército del fallo de primera instancia (que sería posteriormente revocado en la impugnación) la Corte Constitucional llamó la atención al Ejército Nacional en el sentido de que no era posible para ninguna autoridad sustraerse de las órdenes vertidas en sentencias de tutela. Bajo ese contexto la Corte afirmó que aunque el General no estuviese de acuerdo con la orden, ésta debía ser cumplida por cuanto los jueces tienen autonomía en la interpretación del ordenamiento jurídico, libertad que no puede ser coartada ni siquiera por el derecho disciplinario.

Esta sería la última sentencia de la Corte Constitucional que defendería la tesis de la preeminencia absoluta de la autonomía judicial frente al principio de legalidad. Probablemente esa situación se origina en los mismos hechos del caso que demuestran una renuencia sistemática de varios oficiales (incluido el Comandante de las Fuerzas Militares de ese entonces) a cumplir con el fallo de tutela, debido a una interpretación del ordenamiento jurídico diferente a la del juez constitucional. En ese orden de ideas la Corte expresa que como la interpretación judicial contenida en las providencias era inmune frente al derecho disciplinario con mayor razón una discrepancia del accionado no podía anteponerse al cumplimiento del fallo.

Años después la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura respaldó esta tesis de la Corte Constitucional en una sentencia de mayo de 2006⁶² en la que se presentó una queja de carácter disciplinario en contra de un juez que concedió la excepción de pago parcial y luego se declaró impedido para seguir conociendo del asunto. Según el Consejo Superior en últimas se trataba de una discusión sobre la interpretación de varias disposiciones y por esa razón no podía entrar a evaluar la existencia de la comisión de una falta disciplinaria, en la medida en que ese estudio configura una violación al principio de autonomía funcional. Así mismo, siguiendo muy de cerca la sentencia C-417 de 1993 consideró que únicamente el derecho penal podía hacer frente a una posible irregularidad en el campo interpretativo. Por todo lo dicho, ese Tribunal confirmó la decisión de la instancia a través de la cual se ordenó el archivo de la investigación. A pesar de lo expresado, esta fue la única providencia que respaldó la teoría según la cual el derecho disciplinario debe ceder ante la autonomía funcional de los jueces (i.e. interpretación).

3.2. La tesis intermedia

En la sentencia T-056 de 2004 la Corte Constitucional analizó el caso de una Fiscal que había sido sancionada disciplinariamente por el Consejo Seccional de la Judicatura de Santander, debido a que la accionante había archivado una investigación penal por una presunta inasistencia alimentaria, sin tener el soporte probatorio para ello. Según la accionante esa sanción implica una intromisión indebida en la autonomía del juez (para ese entonces la Fiscalía desempeñaba algunas funciones judiciales).

Este es el único pronunciamiento de la Corte Constitucional que hace parte de la tesis intermedia en la medida en que se afirma que las interpretaciones irrazonables, arbitrarias o las no valoraciones del material probatorio configuran una violación del debido proceso y "*en determinados casos puede ser objeto de investigación disciplinaria*"⁶³. De lo anterior se sigue que en ciertos eventos las interpretaciones arbitrarias o las no valoraciones del material probatorio pueden ser investigadas disciplinariamente. Sin embargo esta tesis es bastante confusa porque no se mencionan los casos en los cuales las interpretaciones arbitrarias pueden –o no pueden– ser investigadas por la

62 Consejo Superior de la Judicatura. Sala Disciplinaria. M.P. Rubén Darío Henao Orozco. Radicación No. 470011102000200400333 01 139 del 4 de mayo de 2006.

63 Cfr. Sentencia T-056 de 2004.

jurisdicción disciplinaria. Ante tal situación esta tesis tan difusa no sería reiterada nuevamente por la Corte Constitucional ni por el Consejo Superior de la Judicatura.

Por último, es preciso decir que en esta providencia se establece una de las pautas para definir si una interpretación es razonable o no y es la motivación suficiente. En efecto, la existencia de una buena argumentación que sostenga la interpretación de los hechos o de la norma es un signo que sugiere que en ese caso no existió arbitrariedad de ninguna índole⁶⁴.

3.3 La obligatoriedad de sancionar *todas* las interpretaciones arbitrarias o irrazonables

La tesis predominante en la Corte Constitucional y en la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura consiste en afirmar que cualquier interpretación irrazonable o arbitraria debe ser investigada y sancionada por el derecho disciplinario. Como se mencionó en la introducción lo interesante de esta postura radica en la determinación de las pautas para precisar si una interpretación es arbitraria o no.

La sentencia que inaugura esta parte de la línea es la T-094 de 1997 cuyos hechos se sintetizan en que el Tribunal Superior de Bogotá (Sala de Familia) interpretando el artículo 180 del Código Civil en el sentido de exigir capitulaciones matrimoniales, decidió que la tutelante no tenía derecho a gananciales y por esa razón la afectada resolvió interponer una acción de tutela. Este pronunciamiento de la Corte Constitucional es clave porque ata toda la línea del derecho disciplinario frente a la autonomía funcional del juez, con la jurisprudencia sobre acción de tutela contra providencias judiciales, en la medida en que esa Corporación a través de un argumento *a fortiori* dice que si una interpretación razonable no puede dar lugar a un proceso disciplinario, con mayor razón tampoco puede dar origen a una vía de hecho. Así las cosas trasladando la doctrina de las vías de hecho al campo disciplinario, la Corte Constitucional establece que así como las tutelas contra providencias judiciales proceden ante interpretaciones irrazonables o absurdas, análogamente el derecho disciplinario podía sancionar al juez

64 En esa sentencia se dijo lo siguiente: "*la discrecionalidad debe ser ejercida con base en una fundamentación jurídica objetiva y razonable, la cual a su vez hace improcedente el enjuiciamiento por vía disciplinaria de la decisión judicial*".

únicamente ante la presencia de ese tipo de interpretaciones en virtud de la autonomía judicial⁶⁵.

Posteriormente en la sentencia T-1009 de 2000 la Corte vuelve sobre el asunto, pero esta vez trata de elaborar algunos criterios que permitan identificar si la interpretación del juez es arbitraria y por tal motivo, éste puede ser sancionado disciplinariamente. En ese pronunciamiento la Corte Constitucional conoció el caso de una tutela contra un auto de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que declaró la caducidad del término previsto para el inicio de un incidente de liquidación de perjuicios, promovido por una comunidad indígena. Para la Corte Suprema según el artículo 25 del decreto 2591 el plazo para iniciar el incidente de liquidación de perjuicios era de seis meses contabilizados a partir de la notificación sentencia. Uno de los problemas jurídicos a resolver era si esa interpretación era arbitraria o no y por esa razón procedía una acción de tutela contra el auto (y por esa misma vía una sanción disciplinaria). Bajo ese contexto la Corte Constitucional determinó que una de las claves para identificar la razonabilidad o no de una interpretación estaba en la Constitución y en ese sentido, era necesario que *"la interpretación de las disposiciones jurídicas se lleve a cabo acudiendo a un criterio finalista, que tome como base la libertad y la filosofía humanística que son valores fundantes y objetivos esenciales del Estado colombiano, de acuerdo con la Carta"*. Se trata entonces de la obligatoriedad de elegir una interpretación *pro homine* que sea la más benévola o la menos restrictiva en términos de derechos. Esa fue una de las razones por las cuales la Corte Constitucional declaró vulnerado el debido proceso de los accionantes y revocó la providencia de la Corte Suprema de Justicia.

Finalmente en el año 2009 en la sentencia T-364 la Corte Constitucional conoció de un caso en el que el Consejo Superior de la Judicatura sancionó a un Magistrado de un Consejo Seccional por haber decidido un asunto disciplinario en el que se presentaba un conflicto de intereses. El juez alegó que la sentencia del Consejo Superior era una vía de hecho porque su solicitud de impedimento fue negada por los conjuces y, por esa razón, decidió el caso de acuerdo con su interpretación del ordenamiento. La Corte reiterando la tesis de que únicamente las interpretaciones arbitrarias son susceptibles de generar una sanción disciplinaria estimó que en este caso lo

65 Providencia reiterada en las sentencias T-1001 de 2001, T-441 de 2002, T-751 de 2005.

que se reprochaba no era la interpretación del Magistrado, sino la no aplicación de una disposición de carácter legal. Así mismo esa Corporación estimó que una de las pautas para saber si una interpretación es razonable o no además de la interpretación *pro homine*, es analizar la finalidad de la disposición interpretada para deducir de allí si el sentido dado por el operador judicial se compagina con la teleología de la norma.

Por su parte gran parte de las sentencias de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura⁶⁶ siguen la posición descrita por la Corte Constitucional y en todas las ocasiones se citan precedentes constitucionales. Por lo tanto, se dice que toda interpretación arbitraria de los hechos, las pruebas o el Derecho debe ser sancionada disciplinariamente. Únicamente en una sentencia de 2008⁶⁷ que se refería a una queja interpuesta en contra de un juez que declaró un lanzamiento con fundamento en una interpretación de una disposición legal, se dice además que un elemento que permite inferir la arbitrariedad en la interpretación del juez es la extralimitación u omisión en el ejercicio de sus funciones (por ejemplo la inexistencia de interpretación)⁶⁸.

La tesis dominante y vigente tanto en la Corte Constitucional como en el Consejo Superior de la Judicatura se sintetiza así (i) el juez en virtud del principio de autonomía funcional tiene la capacidad de interpretar con relativa libertad tanto el ordenamiento jurídico como las pruebas; (ii) sin embargo cualquier interpretación irrazonable o arbitraria (que se aparte de forma grosera del ordenamiento) debe ser sancionada disciplinariamente; (iii) existen varios elementos no taxativos –en la medida en que han venido siendo creados paulatinamente por la jurisprudencia constitucional y disciplinaria– que permiten identificar si se presenta una interpretación arbitraria:

- 66 Consejo Superior de la Judicatura. Sala Disciplinaria. M.P. Fernando Coral Villota. Radicación No. 11001 01 02 000 2005 00763 00 (94 II 05) del 18 de mayo de 2005, Consejo Superior de la Judicatura. Sala Disciplinaria. M.P. Rubén Darío Henao Orozco. Radicación No. 170011102000200600472 01 128 del 11 de julio de 2007, Consejo Superior de la Judicatura Sala Disciplinaria. M. P. Temístocles Ortega Narváez. Expediente: 680011102000200700392 01 del 27 de febrero de 2008, Consejo Superior de la Judicatura Sala Disciplinaria. M. P. Temístocles Ortega Narváez. Expediente: 110010102000200702396 00 del 16 de abril de 2008 y Consejo Superior de la Judicatura Sala Disciplinaria. M. P. Jorge Armando Otálora Gómez. Expediente: 110011102000200702677 01 del 5 de mayo de 2010.
- 67 Consejo Superior de la Judicatura Sala Disciplinaria. M. P. Temístocles Ortega Narváez. Expediente: 680011102000200700392 01 del 27 de febrero de 2008, Consejo Superior de la Judicatura Sala Disciplinaria. M. P. Temístocles Ortega Narváez.
- 68 Sentencia reiterada en la providencia del Consejo Superior de la Judicatura Sala Disciplinaria. M. P. Temístocles Ortega Narváez. Expediente: 110010102000200702396 00 del 16 de abril de 2008

- a. La interpretación debe realizarse siguiendo los postulados constitucionales, inspirada en la filosofía libertaria y democrática de la Constitución de 1991, de tal forma que se garanticen de la mejor forma posible los derechos constitucionales (interpretación *pro homine*).
- b. Se debe consultar la finalidad de la disposición y establecer si la interpretación judicial es compatible con esa finalidad.
- c. La extralimitación o la omisión del juez en el desempeño de sus funciones permite identificar si la interpretación es razonable. Una omisión por ejemplo puede significar la inexistencia de interpretaciones de las pruebas lo cual significará una interpretación arbitraria (la hermenéutica del juez fue no interpretar las disposiciones).

4 ● CONCLUSIONES

A lo largo de este escrito se evidencia un afán del juez constitucional y disciplinario de conciliar los principios de legalidad y de autonomía judicial. Sobre esa armonización vale la pena reconocer la dificultad de dotar de contenido expresiones de una evidente textura abierta como arbitrariedad o razonabilidad.

Así mismo se podría pensar que la Corte Constitucional y el Consejo Superior de la Judicatura fallaron a la hora de resolver el conflicto entre los dos principios, al no aplicar una ponderación o un juicio de proporcionalidad. Sin embargo, esos dos Tribunales aplicaron (no de forma consciente) un método armonizador que ha hecho carrera en alguna parte de la doctrina constitucional en Argentina⁶⁹. En efecto en varias sentencias⁷⁰ se parte de la base de que el conflicto entre los principios es aparente porque cuando el juez interpreta razonablemente una disposición o una prueba no se encuentra ejerciendo válidamente el principio de autonomía judicial y en esa medida, no hay conflicto de principios básicamente. Esto porque el no ejercicio de un principio implica su inexistencia en el caso en concreto y a su vez la inexistencia del principio de autonomía supone que no puede haber conflicto alguno con el principio de legalidad (no hay dos principios sino uno solo, por eso no hay conflicto) y en ese orden, el derecho disciplinario entraría sin dificultades a desarrollar su función sancionatoria de la mano del principio de legalidad.

Algo relativamente similar ocurre cuando se dice que el derecho disciplinario no puede analizar interpretaciones razonables en virtud del principio de autonomía funcional. Esto significa que en ese caso no se configuraría

69 Cfr. TOLLER, Fernando y SERNA, Pedro. *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*. Editorial La Ley, Buenos Aires, 2000.

70 Por ejemplo en la sentencia del Consejo Superior de la Judicatura Sala Disciplinaria. M. P. Jorge Armando Otálora Gómez. Expediente: 110011102000200702677 01 del 5 de mayo de 2010, se dice lo siguiente: "*resulta imperativo abordar un examen previo, a propósito de establecer que ciertamente, el pronunciamiento del funcionario no constituye una decisión judicial, sino, un remedo de ella, lo que, para los efectos de esta jurisdicción, se erige en presupuesto formal de procedencia de la imputación, a propósito de excepcionar la eficacia del principio de autonomía e independencia de los jueces*".

una infracción al principio de legalidad porque precisamente el juez estaría ejerciendo sus funciones de forma adecuada. En ese orden, se estaría desarrollando de forma válida el principio de autonomía funcional, no existiría conflicto alguno con el principio de legalidad y por lo tanto, no sería indispensable ponderar ante la inexistencia de conflicto.

Por último a través de este trabajo se logra evidenciar que los cambios de precedente tanto en la Corte Constitucional, como en el Consejo Superior de la Judicatura incumplieron las cargas mínimas de transparencia y argumentación⁷¹, porque en ninguna de las sentencias que suponía un cambio de postura se expresó cuál era la tesis que se predicaba hasta el momento, ni mucho menos se ofrecieron argumentos que permitieran explicar el cambio. De acuerdo con lo anterior, podría pensarse que los cambios ocultos y/o irreflexivos de precedente pueden ser otro de los casos que permitan deducir la existencia de una interpretación arbitraria y eso lo corrobora el hecho de que el desconocimiento del precedente es una de las causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela⁷² contra providencias judiciales y en esa medida—como se vio más atrás— la existencia de una vía de hecho está íntimamente ligada con la posibilidad de iniciar una investigación disciplinaria.

71 Cfr. Sentencia C-836 de 2001 y T-292 de 2006 entre otras. Así mismo véase a LÓPEZ, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces*. Editorial Legis. Bogotá, 2006.

72 La sentencia hito sobre el particular es la C-590 de 2005. Véase también a QUINCHE, Manuel. *Vías de hecho acción de tutela contra providencias*. Editorial Doctrina y Ley. Bogotá, 2010.

LA OBLIGATORIEDAD DE LA DEFENSA TÉCNICA EN DERECHO DISCIPLINARIO

Ensayo elaborado a partir del tema seleccionado por Ricardo Ernesto Valdivieso Salguero para el IV Curso de formación judicial de la Escuela Rodrigo Lara Bonilla. Promoción 2009.

1. ● INTRODUCCIÓN

A diferencia de lo que se establecía en el artículo 26 de la Constitución de 1886, el derecho al debido proceso plasmado en la Constitución de 1991 (art. 29) abre un nuevo abanico de posibilidades en la medida en que por una parte contiene más garantías que las consagradas en el régimen anterior y por otra, su campo de aplicación va más allá de las actuaciones judiciales, especialmente las de carácter penal.

En ese orden de ideas una de las vías a través de las cuales se constitucionaliza el derecho es a través de la proyección del derecho fundamental al debido proceso (junto con sus garantías) en diversos órdenes jurídico - procesales. Bajo ese contexto el derecho disciplinario y el proceso que se debe observar antes de imponer una sanción, no puede ser ajeno a esta realidad y en ese orden de ideas, varias de las garantías que ofrece el debido proceso penal deben aplicar en el ámbito disciplinario. Como se observa, se trata nuevamente de analizar la influencia del derecho penal, en una de las especies de este régimen sancionatorio.

De conformidad con lo anterior, tradicionalmente se ha dicho que el debido proceso en el derecho penal debe ofrecer el mayor número de garantías al procesado en la medida en que la posible sanción puede llegar a afectar un derecho fundamental clave para cualquier sociedad contemporánea: la libertad. Así lo pone de manifiesto el gran número de providencias judiciales que se refiere al debido proceso en materia penal, así como el elenco de instrumentos internacionales que protegen los derechos de los procesados en materia penal.

Ahora bien una de las preguntas que surge inmediatamente es ¿todas las garantías del debido proceso penal son aplicables al proceso disciplinario? En ese sentido como se trata de bienes jurídicos distintos (en el derecho disciplinario el buen funcionamiento de Estado, mientras que en derecho penal son diversos bienes jurídicos como la vida, la propiedad, la integridad personal etc.) y además de lo anterior, como las sanciones evidentemente son diferentes, la respuesta a ese interrogante es que se trata de dos ordenamientos distintos lo cual justifica un tratamiento diferenciado. Bajo esa premisa entonces no todo el conjunto de garantías procesales tan exigentes en el derecho penal aplicarían plenamente en derecho disciplinario.

De lo dicho hasta acá y teniendo en cuenta que para algunas personas, son regímenes sancionatorios distintos, otra de las cuestiones que surge es ¿cuáles de las garantías del proceso penal son aplicables en el proceso disciplinario? Más allá de responder esa pregunta tan compleja –que además desbordaría los propósitos de este escrito– lo que sí es claro es que en el derecho disciplinario debe respetarse un debido proceso con un número mínimo de garantías aplicables. Sin embargo existe en derecho penal una garantía que es la obligatoriedad de la defensa técnica bien sea, a través de un defensor de confianza o a través de un defensor público⁷³, garantía que por demás es obligatoria⁷⁴ y en la cual incluso prevalece el criterio técnico del defensor frente al

73 Cfr. Artículo 8, literal e de la ley 906 de 2004. De acuerdo con la Defensoría del Pueblo, un defensor público es *"el abogado vinculado por contrato de prestación de servicios al servicio de Defensoría Pública que administra la Defensoría del Pueblo, para proveer la asistencia técnica y la representación judicial a favor de aquellas personas que por sus condiciones económicas o sociales se encuentran en circunstancias de desigualdad manifiesta"*. Tomado de http://www.defensoria.org.co/red/?_item=1101&_secc=11&ts=2. Recuperado el 7 de mayo de 2011.

74 Según el literal l del artículo 8 de la ley 906 de 2004, no es posible renunciar a la asistencia de un abogado, garantía consagrada en el literal e de ese mismo artículo.

del mismo procesado⁷⁵. En este capítulo se explorará si en derecho disciplinario, la aplicación del derecho a una defensa técnica tiene los mismos alcances que en derecho penal, específicamente si ésta es obligatoria en los procesos disciplinarios.

Si la idea de la existencia de un acompañamiento técnico por parte de un abogado en el derecho penal es asegurar al sindicado o al procesado una buena defensa que le permita hacer frente (entender) la estructura del ordenamiento jurídico de forma adecuada⁷⁶, esto es, poner en igualdad de condiciones o de armas a la Fiscalía y a la defensa; en derecho disciplinario esa misma razón de ser aplicaría plenamente en la medida en que no todos los servidores investigados disciplinariamente conocen a fondo los laberintos que desde el punto de vista técnico supone el proceso disciplinario y por esa razón, la defensa técnica sería una de las garantías insoslayables en esta área.

Sin embargo la jurisprudencia no ha sido pacífica en la resolución de este asunto porque a veces con argumentos exegéticos o a veces con razonamientos que tratan de deslindar el derecho disciplinario del penal, optan por excluir (como lo ha hecho la Corte Constitucional) la defensa técnica del proceso disciplinario. Ahora bien, este debate no es simplemente un ejercicio teórico de elucubración jurídica sino que tiene las siguientes consecuencias prácticas:

- (i) Si se considera obligatoria la defensa técnica en derecho disciplinario, su desconocimiento tiene como efecto que el proceso adelantado será nulo por la violación de un derecho fundamental, específicamente una de sus garantías que se refiere al derecho a la defensa en condiciones reales. En caso contrario, la amenaza de una posible nulidad desaparece.
- (ii) La perspectiva de acuerdo con la cual la defensa técnica debe estar presente en los procesos disciplinarios parte de una visión *real o fáctica* de los derechos fundamentales que no se agota simplemente en el texto de la Constitución

75 De conformidad con el artículo 130 de la ley 906 de 2004, en caso de "*mediar conflicto entre las peticiones o actuaciones de la defensa con las del imputado o procesado prevalecen las de aquella*".

76 Cfr. Artículo 29 de la Constitución, inciso 4: "*Toda persona se presume inocente mientras no se la 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*".

(una visión formal), sino que pone todos los medios al alcance del Estado para que los derechos sean pretensiones jurídicas reales y no simplemente garantías textuales a las que pueden acceder únicamente los servidores con los recursos suficientes que les permita recurrir a un abogado.

(iii) Ahora bien, la visión anterior tiene un obstáculo y es que si el Estado debe garantizar una adecuada defensa en el derecho disciplinario, a través del acompañamiento de un profesional del Derecho que guíe al procesado, el Estado debe también asumir los gastos que implican la conformación de un buen equipo de defensores públicos en el ámbito disciplinario. En otras palabras, si se acepta que el contenido esencial del derecho a la defensa en el ámbito disciplinario requiere también la presencia obligatoria de un abogado; la obligación del Estado para garantizar adecuadamente este derecho será positiva (de hacer y de dar), es decir, una actitud pasiva (de no hacer) no podrá ser una garantía efectiva del derecho a la defensa técnica. De todo lo anterior se sigue que el Estado colombiano –con una fuerte restricción presupuestaria– deberá tener unos recursos disponibles adicionales para garantizar efectivamente este derecho y evidentemente esto es un obstáculo para la efectiva realización de este derecho.

(iv) Frente al punto anterior una posible salida (que ha sido implementada como se verá más adelante por la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura) es recurrir a la defensoría de oficio (ya no pública) que como se sabe, parte del principio de solidaridad (art. 95 de la Constitución) y consiste en la prestación *gratuita* de los servicios de un abogado particular designado por el juez de la causa, a favor de una de las partes que no puede concurrir al proceso.

1.1 Problema Jurídico

Teniendo en cuenta lo expresado hasta acá el problema jurídico que surge es el siguiente: ¿debe ser obligatoria la defensa técnica en los procesos disciplinarios que se adelanten en contra de servidores públicos o abogados?

Para responder al problema jurídico planteado se recurrirá a jurisprudencia de la Corte Constitucional, así como de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, que en este punto mantienen un desacuerdo a pesar de que la Corte Constitucional definió el asunto hace algunos años a través de una sentencia de constitucionalidad.

2. GRÁFICA DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL

¿Debe ser obligatoria la defensa técnica en los procesos disciplinarios que se adelanten en contra de servidores públicos o abogados?

TESIS A

La defensa técnica sí debe ser obligatoria en los procesos disciplinarios en la medida en que su desconocimiento puede acarrear una nulidad absoluta de lo actuado debido al desconocimiento de un derecho fundamental.

	C 280/1996	
		CSJ 2001 ⁰¹
S.V. R. Escobar		C 131/2002
		C 948/2002
		C 328/2003
CSJ 2004 ⁰²		
CSJ 2007 ⁰³		
CSJ 2008 ⁰⁴		
	C 1193/2008	
CSJ 2009 ⁰⁵		
CSJ 2010 ⁰⁶		

TESIS B

La defensa técnica no debe ser obligatoria en los procesos disciplinarios en la medida en que ésta se restringe al derecho penal que es un ordenamiento que reprime de forma más exigente al procesado, lo cual requiere de unas garantías procesales más exigentes que en otros órdenes.

- 01. Consejo Superior de la Judicatura. Sala Disciplinaria. M.P. Fernando Coral Villota. Radicación No. 19971987-A-129-00-II del 19 de abril de 2001.
- 02. Consejo Superior de la Judicatura. Sala Disciplinaria. M.P. Guillermo Bueno Miranda. Radicación No. 20000192 01 /252-A del 6 de octubre de 2004.
- 03. Consejo Superior de la Judicatura. Sala Disciplinaria. M.P. Temístocles Ortega Narváez. Radicación No. 11001110200020050415801 del 24 de octubre de 2007.
- 04. Consejo Superior de la Judicatura Sala Disciplinaria. M. P. Temístocles Ortega Narváez. Expediente: 52001110200020050019801 del 30 de enero de 2008.
- 05. Consejo Superior de la Judicatura. Sala Disciplinaria. M.P. Henry Villarraga Oliveros. Radicación No. 150011102000200600089 01 del 30 de julio de 2009.
- 06. Consejo Superior de la Judicatura Sala Disciplinaria. M. P. Julia Emma Garzón de Gómez. Expediente: 050011102000200800195-01 (1817-06) del 18 de febrero de 2010.

3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

El problema jurídico ha sido resuelto en múltiples pronunciamientos por parte del Consejo Superior de la Judicatura, así como por la Corte Constitucional. Sin embargo los fallos de ambas corporaciones han sido disímiles en la medida en que (i) por una parte la Corte Constitucional ha sido casi que uniforme en afirmar que la obligatoriedad de la defensa técnica es propia del derecho penal y en consecuencia no es aplicable en derecho disciplinario; y (ii) por otro lado, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura ha sido aún más uniforme (no hay un solo pronunciamiento en contrario) al considerar que la defensa técnica es un derecho que hace parte del debido proceso disciplinario y en ese sentido debe observarse obligatoriamente en los procesos disciplinarios que se adelanten en contra de jueces o abogados.

De acuerdo con el panorama anterior, el recorrido jurisprudencial se analizará a continuación tomando como punto de referencia las dos posturas esgrimidas por cada una de las Corporaciones.

3.1 La Corte Constitucional: la ausencia de la obligatoriedad de la defensa técnica en derecho disciplinario

La Corte Constitucional se pronunció por primera vez sobre el particular en la sentencia C-280 de 1996 en la cual analizó una demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 73 (literal e) de la ley 200 de 1995 (anterior Código Disciplinario Único). En esa oportunidad el demandante expresó que esa disposición limitaba indebidamente el derecho de defensa en los procesos disciplinarios, en la medida en que establecía que el procesado podía nombrar un apoderado que lo representara y de acuerdo con su interpretación, la ley al mencionar únicamente al apoderado (y en consecuencia excluir el acompañamiento legal por ejemplo de las organizaciones sindicales) limitaba desproporcionadamente el derecho a la defensa. Bajo ese contexto la Corte Constitucional consideró que la norma era constitucional puesto que su redacción respondía a una de las garantías del derecho fundamental al debido proceso: la defensa técnica. En ese sentido esa garantía –según la Corte– hace parte también del repertorio de herramientas con las cuales cuenta

el servidor en un proceso disciplinario y en ese orden, la norma no excluye el asesoramiento de organizaciones sindicales. A pesar de lo dicho, en esta sentencia la Corte guarda silencio sobre la obligatoriedad de la defensa técnica en derecho disciplinario.

Ante la expedición de un nuevo Código Disciplinario (ley 734 de 2002) el movimiento jurisprudencial vuelve a reactivarse con un pronunciamiento explícito sobre el problema jurídico planteado. En efecto, en la sentencia C-131 de 2002 se demandó el artículo 42 de la ley 610 de 2000 que regulaba los juicios fiscales porque se consideraba que no aseguraba de debida forma la defensa técnica del procesado. Esta sentencia es clave porque la Corte Constitucional hace un esfuerzo importante para tratar de distinguir el derecho penal de los demás regímenes sancionatorios (incluido por supuesto el disciplinario). En primer lugar bajo un argumento literal, advierte que la necesidad de contar con una defensa técnica contenida en el inciso 4 del artículo 29 de la Constitución aplica únicamente a los procesos penales, debido a que este párrafo hace referencia únicamente a ese campo y en ese orden de ideas, es una garantía exclusiva del derecho procesal penal. Así mismo, explica que esa situación *"es comprensible pues la responsabilidad penal involucra la afección directa de derechos fundamentales - piénsese por ejemplo, en la privación de la libertad permitida para muchos delitos, ya como pena, ya como medida de aseguramiento -, circunstancia que conduce a que se intensifiquen al máximo las garantías contenidas en el debido proceso puesto que se trata de dotar al ciudadano de las herramientas que requiera para colocarse en una situación de equilibrio ante el ejercicio del poder más drástico de que es titular el Estado"*.

En síntesis: como la garantía de una defensa técnica se predica exclusivamente del derecho penal, no es contrario a la Constitución que otros órdenes sancionatorios (como el disciplinario) no prevea la obligatoriedad de contar con un abogado en esos procesos. En esa oportunidad se presenta un salvamento de voto del Magistrado Rodrigo Escobar quien responde de la siguiente forma a los dos argumentos planteados por la Corte para restringir la defensa técnica al campo penal: en la Asamblea Nacional Constituyente se expresó que el *ius puniendi* o la facultad sancionadora del Estado no se agota en el derecho penal, sino que por el contrario éste se extiende a los demás regímenes que suponen sanciones o penas. Así las cosas, la defensa técnica

debe ser una garantía obligatoria plenamente aplicable a los procesos de responsabilidad disciplinaria y/o fiscal.

A pesar de la contundencia del salvamento, la Corte Constitucional ese mismo año en la sentencia C-948 se pronunció sobre el artículo 17 de la ley 734 de 2002 que establece la posibilidad de que estudiantes de los consultorios jurídicos de las Universidades, puedan ser defensores de oficio en procesos disciplinarios. Para el accionante esa disposición vulneraba el artículo 29 de la Constitución porque la defensa de un estudiante no garantizaba no revestía un carácter técnico en beneficio del procesado, ante la inexperiencia de una persona que no ha culminado sus estudios. Sin embargo la Corte Constitucional reiterando lo dicho en la sentencia descrita en el párrafo anterior, expresó que el cargo no estaba llamado a prosperar por cuanto la obligación de tener una defensa técnica es una garantía que se circunscribe al proceso penal y en ese sentido no hay vulneración al derecho al debido proceso en la medida en que ésta no cobija el proceso disciplinario.

Un año después la Corte Constitucional cerraría parcialmente la discusión a través de la sentencia C-328 de 2003. Como era de esperarse se presentó una demanda en contra del nuevo Código Disciplinario Único, específicamente en contra del artículo 165 (num. 1) que establecía la posibilidad de no contar con un abogado –si el disciplinado así lo consideraba– al momento de notificar el pliego de cargos. En este pronunciamiento de forma explícita esa Corporación señala que la obligatoriedad de la defensa técnica no es una garantía que deba observarse en los procesos disciplinarios y expone brevemente las sentencias que componen la línea que se han estudiado en este capítulo⁷⁷. Por tal motivo concluye que la disposición es exequible.

Por último es preciso decir que existe una tesis intermedia que acepta la obligatoriedad de la defensa técnica en el derecho disciplinario bajo un supuesto muy preciso. En la sentencia C-1193 de 2008 se examinó una demanda en contra del artículo 106 del Código Disciplinario Único que prevé la posibilidad de realizar notificaciones en estrado aún sin presencia de una de las partes⁷⁸. En

77 Curiosamente la Corte Constitucional cita como apoyo a su tesis sobre la no obligatoriedad de la defensa técnica en derecho disciplinario, la sentencia C-280 de 1996 a pesar de que en esa providencia no se dice nada acerca del problema jurídico analizado.

78 CDU, artículo 106: "*NOTIFICACIÓN EN ESTRADO. Las decisiones que se profieran en audiencia pública o en el curso de cualquier diligencia de carácter verbal se consideran notificadas a*

esa ocasión la Corte Constitucional expresó que el ordenamiento procesal-disciplinario establece ciertas cargas para las partes (como asistir a las audiencias) y en consecuencia, la inasistencia puede acarrear consecuencias desfavorables como la planteada en el artículo demandado (notificar aún sin la presencia de una de las partes) pero en todo caso, esas consecuencias no pueden menoscabar el derecho al debido proceso, específicamente la defensa técnica. En ese sentido la regla de la Corte para esta postura intermedia es la siguiente: la defensa técnica es una garantía obligatoria aplicable en el derecho disciplinario, *en aquellos eventos en los cuales el disciplinado no asista teniendo en cuenta que el ordenamiento prevé el acompañamiento de un defensor de confianza o de oficio*⁷⁹.

En conclusión la postura de la Corte Constitucional sobre el problema planteado puede resumirse así: (i) La tesis dominante indica que la obligatoriedad de la defensa técnica es propia del derecho penal, por lo tanto, en derecho disciplinario esa garantía no aplica; y (ii) sin embargo, esa regla tiene una excepción y es que la defensa técnica será obligatoria en derecho disciplinario en aquellos casos en los cuales el disciplinado no pueda o no quiera asistir.

3.2 El Consejo Superior de la Judicatura: La aplicación plena de la defensa técnica

En el año 2001⁸⁰ se analizó un caso en el que una funcionaria judicial investigada disciplinariamente solicitó una audiencia para ser oída en versión libre. Sin embargo, eso no ocurrió y por esa razón el Ministerio Público solicitó la nulidad del pliego de cargos formulado. En las consideraciones el Consejo Superior de la Judicatura –recurriendo al precedente establecido en la sentencia C-280 de 1996– estimó que la defensa técnica hacía parte del debido proceso disciplinario y en ese sentido ésta implicaba la posibilidad de nombrar un abogado y es más, supone una obligación en cabeza del funcionario investigador de acuerdo con la cual debe advertir al investigado que tiene

todos los sujetos procesales inmediatamente se haga el pronunciamiento, se encuentren o no presentes” (subrayas fuera del original).

79 Dice la Corte textualmente: *En el evento en el que el disciplinado no asista, sus derechos fundamentales, en especial el que refiere a la defensa, están garantizados, pues el ordenamiento mismo prevé el acompañamiento de un defensor de confianza o de oficio, que debe acudir a las audiencias y, en ellas, podrá interponer los recursos que garanticen la defensa técnica del encartado”.*

80 Consejo Superior de la Judicatura. Sala Disciplinaria. M.P. Fernando Coral Villota. Radicación No. 19971987-A-129-00-II del 19 de abril de 2001.

el derecho de nombrar a un apoderado. Sin esta advertencia se configura una nulidad. Como se observa, en este primer pronunciamiento se sigue la tesis de la Corte Constitucional porque no es obligatorio nombrar un defensor (existe tan sólo la posibilidad).

La tesis de esta providencia sería modificada en el 2004⁸¹ a través de un pronunciamiento en el cual se analizó el caso de un abogado que al parecer indebidamente había dilatado el proceso disciplinario que cursaba en contra suya. En este nuevo proceso disciplinario el disciplinado no asistió a las audiencias y en consecuencia se nombró un defensor de oficio tardíamente (luego de varias etapas procesales) y por esa razón se solicitó la nulidad de lo actuado. El Consejo Superior de la Judicatura declaró la nulidad de lo actuado porque según esa Corporación, era necesaria la presencia de un abogado que garantizara la defensa técnica del procesado teniendo en cuenta que el inciso 4 del artículo 29 que garantiza una defensa técnica aplica también en los procesos disciplinarios. De este modo el Estado no sólo tiene la obligación de designar un defensor de oficio, sino que también debe vigilar que el defensor desarrolle "*una defensa verdadera, que sea seria, responsable y eficaz*" a través de una participación activa en el proceso, interponiendo recursos, solicitando pruebas, presentando alegatos etc⁸².

Para ese año, la Corte Constitucional ya se había pronunciado sobre la inexistencia de la defensa técnica en el derecho disciplinario. Tal vez por esa razón, el Consejo Superior de la Judicatura traslada su punto de referencia jurisprudencial de la Corte Constitucional a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y a partir de 2004 a 2010 en la mayoría de sus providencias cita jurisprudencia penal y por esa vía comienza a importar las justificaciones que permiten dar cuenta de la necesidad de contar con una la defensa técnica en el ámbito penal.

81 Consejo Superior de la Judicatura. Sala Disciplinaria. M.P. Guillermo Bueno Miranda. Radicación No. 20000192 01 /252-A del 6 de octubre de 2004.

82 Dice el Consejo Superior: "*toda persona vinculada a un proceso disciplinario que no haya comparecido directamente al proceso, tiene derecho a que se le nombre un defensor que lo asista de oficio, pero la obligación del Estado no consiste únicamente en designar el respectivo defensor con el fin de poder continuar con el trámite de la investigación, es necesario, que la persona designada realice y desarrolle una defensa verdadera, que sea seria, responsable y eficaz, quiere ello decir, que no basta con la designación y posesión de la persona designada para realizar la defensa, sino que es necesario que la misma realice una labor en pro de resguardar los derechos de su defendido*".

Así las cosas en 2007⁸³ el Consejo Superior afirma enfáticamente que el debido proceso en derecho disciplinario es un derecho absoluto y por esa razón la defensa no puede ser meramente formal sino que requiere de una acción real que se cristaliza mediante una defensa técnica adecuada. Por todo lo dicho, en ese caso se confirmó la sanción a un defensor de oficio que había asumido una actitud pasiva en la defensa de una abogada que estaba siendo investigada disciplinariamente. Aunque la disciplinada era abogada y podía ejercer su propia defensa, el Consejo Superior encontró que esa defensa meramente *material* (autodefensa)⁸⁴ en el caso en concreto debía complementarse con la defensa técnica que en su momento debió proporcionarle su defensor de oficio⁸⁵.

Esta providencia sería reiterada al año siguiente⁸⁶ en un caso en el que un defensor de oficio abandonó la defensa de un ex-alcalde investigado disciplinariamente. En esa oportunidad el Consejo Superior además de reafirmar lo dicho en 2007, advirtió que la inexistencia de una adecuada defensa técnica en el proceso disciplinario, configura una nulidad de lo actuado por infracción al derecho fundamental al debido proceso⁸⁷.

Como se observa, la jurisprudencia disciplinaria ha sido muy estable y puede resumirse así: (i) la defensa técnica es un derecho absoluto del procesado disciplinariamente y por lo tanto, es obligatoria; (ii) la ausencia de una verdadera defensa técnica configura una nulidad procesal; (iii) la ausencia de una adecuada defensa técnica por parte de un abogado, puede significar

83 Consejo Superior de la Judicatura. Sala Disciplinaria. M.P. Temístocles Ortega Narváez. Radicación No. 11001110200020050415801 del 24 de octubre de 2007.

84 Según la sentencia del Consejo Superior de la Judicatura Sala Disciplinaria. M. P. Temístocles Ortega Narváez. Expediente: 52001110200020050019801 del 30 de enero de 2008, la defensa material "*se proyecta por las actividades o los argumentos o respuestas del propio investigado*".

85 Dice el Consejo Superior: "*independientemente que la disciplinada hubiese ejercido de manera personal su defensa, esta se contraería a ejercicios de defensa material, los que de ninguna manera excluían al togado de marras de cumplir con el deber de defensor de oficio de manera activa, real y efectiva, mas nunca a través de omisiones silenciosas*".

86 Consejo Superior de la Judicatura Sala Disciplinaria. M. P. Temístocles Ortega Narváez. Expediente: 52001110200020050019801 del 30 de enero de 2008.

87 Esta providencia sería reiterada nuevamente en sentencia del Consejo Superior de la Judicatura. Sala Disciplinaria. M.P. Henry Villarraga Oliveros. Radicación No. 15001110200020060008901 del 30 de julio de 2009, en la cual además se incorporan extensos párrafos de jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en los cuales se analiza la defensa técnica desde el punto de vista del derecho penal. En el mismo sentido véase la sentencia del Consejo Superior de la Judicatura Sala Disciplinaria. M. P. Julia Emma Garzón de Gómez. Expediente: 050011102000200800195-01 (1817-06) del 18 de febrero de 2010.

una sanción disciplinaria para éste; y (iv) como la defensa técnica es aplicable al derecho disciplinario, un fundamento jurisprudencial idóneo para deducir la existencia o ausencia de una defensa técnica, lo constituye la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

4 ● CONCLUSIONES

En un capítulo anterior se analizó la inconveniencia de la disparidad de pronunciamientos sobre un mismo tema en las Altas Cortes. Por tal razón se remite al lector a ese planteamiento que es aplicable también en este caso.

Pero más allá de repetir consideraciones ya hechas, estas conclusiones girarán en torno a varias notas que se deducen de una lectura global del recorrido jurisprudencial. En primer lugar es preciso hacer notar un acercamiento entre las posturas de la Corte Constitucional y el Consejo Superior de la Judicatura. Aunque no se han presentado choques entre esas Corporaciones, es interesante ver que un punto de contacto resulta ser que la defensa técnica es obligatoria al menos en los casos en los que el disciplinado no comparece. Esa es una postura razonable que no restringe desproporcionadamente el derecho fundamental al debido proceso, sino que lo compatibiliza con la necesidad de investigar y sancionar las conductas que afecten el buen funcionamiento del Estado. Sin embargo ese acercamiento es tímido por dos razones: (i) la Corte Constitucional mantiene esa tesis tan sólo en una sentencia y no ha habido reiteración, y (ii) ese Tribunal no ha modificado su posición según la cual la obligatoriedad de contar con una defensa técnica es una garantía clásica del derecho penal y por consiguiente, ésta no es necesaria en el derecho disciplinario.

Por otra parte un argumento *a fortiori* que permitiría ampliar la aplicación de la obligatoriedad de la defensa técnica en el derecho disciplinario es el siguiente: si por regla general la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura conoce los casos relacionados con asuntos disciplinarios de abogados y funcionarios judiciales (que por regla general son abogados y se presume que conocen el Derecho) y si además de eso se acepta que en esos eventos es necesaria u obligatoria la defensa técnica, *con mayor razón*, debe serlo para los procesos disciplinarios de los servidores públicos que no sean abogados en la medida en que no tienen la preparación jurídica adecuada que permita desplegar una defensa técnica adecuada. En ese orden de ideas, los

procesos disciplinarios cuya competencia no corresponda a la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura deberían también respetar esa garantía procesal.

Así mismo el argumento según el cual las garantías procesales deben ser mucho más rigurosas en el derecho penal que en el disciplinario porque se puede llegar a restringir un derecho fundamental muy importante como la libertad personal, no es tan fuerte porque en derecho disciplinario una sanción (piénsese por ejemplo en una destitución) también puede llegar a afectar derechos fundamentales muy preciados como el mínimo vital o el derecho a una vida digna. Así mismo, no todas las sanciones penales implican una privación a la libertad y en esos supuestos no sería lógico eliminar la garantía de una defensa técnica. Con lo anterior se quiere significar que el argumento de que el derecho penal puede afectar derechos más preciados, no es un punto de referencia válido que permita deslindar o diferenciar dos órdenes sancionatorios para darles un tratamiento diferente.

En síntesis, realizar una diferenciación entre el derecho penal y el disciplinario que permita dar un trato diferente a cada uno desde el repertorio de garantías que ofrece el derecho al debido proceso, no es *per se* conveniente o inconveniente; o constitucional o inconstitucional, sino que es necesario suministrar –al menos para la Corte Constitucional– una razón que justifique pensar que existen dos regímenes sancionatorios diversos y esa razón no puede ser la rigurosidad en la posible restricción de un derecho fundamental. Por el contrario, la postura del Consejo Superior de la Judicatura (a través de la defensoría de oficio) puede ser un mecanismo eficiente en el que sin la necesidad de ejecutar recursos como sí ocurre con la defensoría pública, a través de un mecanismo de solidaridad entre los abogados logra hacer efectivo un derecho fundamental. La gran sombra que cubre a esta tesis es que se deben implementar medios a través de los cuales los defensores de oficio, a pesar de la gratuidad, desarrollen una verdadera defensa de los disciplinados.

LA MORAL Y LAS BUENAS COSTUMBRES EN EL DERECHO DISCIPLINARIO UNA REFLEXIÓN DESDE LA TIPICIDAD

Ensayo elaborado a partir del tema seleccionado por Claudia Rocío Torres Barajas y Edgar Ricardo Castellanos Romero para el IV Curso de formación judicial de la Escuela Rodrigo Lara Bonilla. Promoción 2009.

1. INTRODUCCIÓN

Cualquier sistema sancionatorio de estirpe liberal acepta sin dudas que el principio de tipicidad, así como el de legalidad son presupuestos necesarios para asegurar los derechos de los procesados, de tal forma que conozcan con precisión cuáles comportamientos pueden ser sancionados desde los diversos órdenes normativos que compone el derecho sancionatorio (penal, administrativo, disciplinario, fiscal, etc.).

Ahora bien, lo que no se acepta con tanta facilidad es el grado de determinación y concreción que debe cumplir la definición de la conducta sancionada en órdenes sancionatorios distintos al penal, particularmente en el derecho disciplinario. Nuevamente se abre la discusión sobre la aplicabilidad pura o con matices de principios clásicos del derecho sancionador más riguroso, en el derecho disciplinario.

Pero a esa dificultad se suma otro ingrediente: en los Estados de tradición continental con una fuerte tradición religiosa –especialmente católica– la moral y las buenas costumbres en algunos casos son parámetros

centrales para evaluar la conducta de los individuos⁸⁸ en general y de los servidores públicos en particular. En efecto, gran parte de las codificaciones preconstitucionales hacen referencia a la moral y a las buenas costumbres e igualmente algunas de las normativas posteriores a la Constitución de 1991 también incorporan estos contenidos. En últimas se trata de dos asuntos de la mayor trascendencia: las relaciones entre el Derecho y la moral, así como la posición de la Constitución de 1991 (aconfesional) frente a la moral —a secas— y las buenas costumbres.

Esas dos realidades confluyen en el derecho disciplinario pues como se verá, muchas de las disposiciones que regulan el comportamiento de los servidores públicos, así como de algunas profesiones liberales, prohíben conductas contrarias a la moral y a las buenas costumbres y sancionan la comisión de esas actuaciones⁸⁹. En consecuencia estos conceptos (moral y buenas costumbres) reciben un embate muy fuerte por dos vías:

- (i) En primer lugar desde el artículo 29 de la Constitución, específicamente desde las garantías referentes a la legalidad y tipicidad de las faltas, parecería ser que cualquier sanción aplicada con fundamento en la infracción a las buenas costumbres y a la moral sería inconstitucional, en la medida en que son expresiones cuyo contenido puede ser configurado por el intérprete de forma totalmente libre y en ocasiones subjetiva. En el mismo sentido, el servidor público estaría en una situación de permanente incertidumbre y zozobra, porque no podría determinar con certeza cuáles de sus conductas pueden llegar a constituir una falta disciplinaria que eventualmente suponga una afectación a la moral y a las buenas costumbres.

88 Así por ejemplo, originalmente el artículo 13 de la ley 153 de 1887 se refiere a que las costumbres serán fuente de derecho siempre y cuando se adecúen a la moral cristiana (antes del condicionamiento de la Corte Constitucional). En el mismo sentido, el artículo 16 del Código Civil impone una restricción a los contratantes al establecer que un convenio no podrá contrariar el orden público y las buenas costumbres. En el mismo sentido véanse los artículos 1518 y 1524 del Código Civil. En otros ámbitos normativos las buenas costumbres también se constituyen en parámetro normativo de actuación de los particulares. Cfr. Código de Policía de Bogotá (art. 87); Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social (art. 43) y Código de Comercio (art. 606) entre otros.

89 Así por ejemplo el artículo 35, numeral 9 del Código Disciplinario Único establecía (fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional) lo siguiente: *Prohibiciones. A todo servidor público le está prohibido: 9. Ejecutar en el lugar de trabajo actos que atenten contra la moral o las buenas costumbres”.*

(ii) Si uno de los propósitos del derecho disciplinario es lograr el funcionamiento normal del Estado, desde el punto de vista de la ilicitud sustancial muchos comportamientos que eventualmente podrían ser considerados como contrarios a las buenas costumbres y a la moral, no necesariamente serían opuestos a ese fin último del derecho disciplinario y por tal motivo no deberían ser sancionados. Al final del día, el significado sobre la buena marcha del Estado estaría sujeta a la perspectiva del intérprete en relación con lo que entienda por moral y buenas costumbres.

A pesar de estas razones, el peso de la tradición jurídica y moral en ocasiones erosiona el poder de estos argumentos en la mente de los legisladores y de los jueces, con lo cual, las buenas costumbres y la moral vuelven a jugar un rol protagónico en el derecho disciplinario. Aunado a lo anterior, una buena razón adicional se condensa en el siguiente argumento: el considerar que la moral —a secas— no debe tener ningún tipo de relaciones con el Derecho trae consigo problemas teóricos⁹⁰, pero más aún prácticos, porque esa conclusión llevaría a un estudio meramente descriptivo, científico y a-valorativo del Derecho. En otras palabras, es un argumento peligroso considerar que la moral (secular) no tiene ningún vínculo con el Derecho porque esto equivaldría a revivir un positivismo radical que como lo ha demostrado la historia, ha sido nefasto.

En esa tensión entre el derecho al debido proceso por una parte, frente a la necesidad de encontrar límites externos al Derecho positivo por la otra⁹¹, ha sido resuelta en sede judicial por la Corte Constitucional en diversas providencias, que han construido poco a poco la postura de esa Corporación sobre el particular.

90 Para algunos teóricos (Rawls y Dworkin entre otros) el Derecho no debe estar exento de criterios morales (no necesariamente religiosos). En el caso colombiano la apuesta de la Constitución por un Estado Social de Derecho, con garantía directa de derechos sociales para los grupos y personas excluidas y/o en estado de inferioridad, es claramente un postulado moral (secular por supuesto). De igual forma ocurre con la consideración de acuerdo con la cual, la dignidad humana es el principio de principios, fundamento del orden jurídico colombiano (como lo ha llamado la Corte Constitucional en la sentencia T-881 de 2002).

91 Esta ha sido en últimas el gran reto del neoconstitucionalismo surgido precisamente después de la segunda guerra mundial. Sobre el particular véase a Santiago Alfonso. *Sistema jurídico, teoría del derecho y rol de los jueces: las novedades del neoconstitucionalismo*. En Revista Dikaion, Facultad de Derecho, Universidad de La Sabana. Núm. 17. Diciembre de 2008.

1.1 Problema jurídico

De acuerdo con lo anterior el problema jurídico que se debe resolver es el siguiente ¿En materia disciplinaria desconoce el legislador la garantía de tipicidad de las normas sancionatorias al prohibir 'ejecutar actos que atenten contra la moral, las buenas costumbres, el decoro, el buen gusto o expresiones similares'?

La línea jurisprudencial tendrá en cuenta sentencias de la Corte Constitucional que han tratado el punto, principalmente desde el derecho disciplinario. Sin embargo, en este apartado la expresión '*disciplinario*' se entenderá en sentido amplio porque la línea ha sido construida teniendo en cuenta un marco fáctico más amplio. En efecto, la Corte Constitucional al citar su precedente sobre la posibilidad de establecer sanciones o medidas desfavorables con fundamento en la moral o las buenas costumbres, hace alusión frecuentemente a otro tipo de asuntos que pueden homologarse al derecho disciplinario en estricto sentido como sucede con el caso de sanciones a odontólogos, candidatos a notarías o regulaciones a los medios de comunicación. En todo caso, la mayor parte de las providencias estará referida al ámbito propiamente disciplinario.

2. GRÁFICA DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL

¿En materia disciplinaria desconoce el legislador la garantía de tipicidad de las normas sancionatorias al prohibir 'ejecutar actos que atenten contra la moral, las buenas costumbres, el decoro, el buen gusto o expresiones similares?

TESIS A

La moral, las buenas costumbres o expresiones similares no son conceptos ambiguos y carentes de contenido preciso ya que corresponden a los conceptos de probidad, imparcialidad, decoro y dignidad que no tienen connotación confesional o subjetiva, sino propios de la moral media o social.

C 427/1994			
C 139/1996			
			C 010/2000
			C 567/2000
			C 373/2002
			C 098/2003
			C 431/2004
			C 570/2004
			C 537/2005
S.V. Pretelt, Pinilla, Mendoza			C 350/2009
			C 467/2009

TESIS B

Se viola la prohibición constitucional de tipos sancionatorios disciplinarios indeterminados por emplear conceptos que no tienen un grado de indeterminación aceptable constitucionalmente, en especial, cuando se trata de normas que tipifican como faltas conductas que no tengan una relación con las exigencias propias del desempeño profesional ni afecten la integridad de la profesión como tal.

3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

La postura de la Corte Constitucional puede sintetizarse de la siguiente forma (i) en una primera etapa (1994 a 1996) ese Tribunal aceptó la constitucionalidad de la moral y las buenas costumbres como fundamento para aplicar sanciones disciplinarias, con ciertas condiciones que se analizarán con posterioridad; y (ii) a partir del año 2000 la Corte Constitucional consideró que las expresiones 'buenas costumbres y moral' no pueden fundamentar una sanción disciplinaria por ser demasiado genéricas y por esa vía, puede cubrir conductas que objetivamente no atentan contra el buen funcionamiento del Estado.

3.1 Los inicios de la Corte: La moral, las buenas costumbres y sus condiciones

La primera sentencia de la Corte Constitucional en la cual se pronunció sobre el particular fue la C-427 de 1994. En esa providencia se analizó la constitucionalidad del literal b, del artículo 115 del decreto 2699 de 1991 que regulaba el régimen disciplinario de la Fiscalía General de la Nación. En esa disposición se consagraba como una conducta reprochada por el derecho disciplinario la comisión de actos contrarios a la moral o a las buenas costumbres, bien sea en el lugar de trabajo o en sitios públicos. Esta sentencia sigue la línea tradicional de la Corte Suprema de Justicia en la que se hace un gran esfuerzo por diferenciar el derecho penal y el disciplinario y, por esa vía, atribuirle consecuencias diversas. En ese orden de ideas, el derecho disciplinario supone un sistema sancionatorio distinto al penal porque sus fines, la naturaleza de las faltas y las sanciones por sus especificidades son diversos. Así pues, en derecho disciplinario existiría una mayor flexibilidad en la interpretación y aplicación de principios tradicionales del derecho penal porque se trata de un objetivo político e institucional: la preservación de la función pública.

De conformidad con lo dicho existen varias razones que permiten declarar la constitucionalidad de la disposición demandada: (i) las buenas costumbres y la moral son conceptos propios del derecho disciplinario -que es una suerte de derecho sancionatorio administrativo y no delincencial- porque por su finalidad están encaminados a asegurar el interés general y un

buen desarrollo de la función pública; (ii) es imposible contar con un catálogo muy específico de faltas que permitan subsumir las conductas que se aparten del buen desarrollo de la función pública; (iii) según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la causal analizada tiene una *racionalidad propia* y debe ser aplicada de acuerdo con la sana crítica del juzgador; (iv) el constituyente no condicionó de forma expresa la competencia del legislador para definir las faltas disciplinarias; y (v) el parámetro de análisis del juzgador es la moral media o social que debe regir la función pública (art. 34 y 209 de la Constitución). Así las cosas, no está referida a confesión o religión alguna.

Ahora bien, la interpretación del juzgador disciplinario para efectos de determinar un posible comportamiento contrario a la moral y las buenas costumbres debe ceñirse a cuatro requisitos:

- (i) El mal comportamiento debe tratarse de una conducta habitual y reiterada, es decir, no puede ser un comportamiento esporádico.
- (ii) El comportamiento debe ser general y no debe ser producto de una percepción subjetiva o “*mojigata*”.
- (iii) El comportamiento debe ser contrario a la moral *social*, es decir, debe oponerse a ciertas categorías axiológicas que rigen la sociedad.
- (iv) La conducta debe causar un perjuicio a la justicia. En términos más amplios debe afectar el buen funcionamiento del Estado.

Años después, en la sentencia C-139 de 1996 se analizó el asunto desde la perspectiva indígena. La Corte Constitucional se pronunció sobre la constitucionalidad de una disposición (Ley 89 de 1890, artículo 5) que establecía la posibilidad, en cabeza del gobernador de cualquier cabildo indígena, de imponer pena de arresto a los indígenas que cometieren alguna falta contra la moral. La Corte Constitucional no encontró reparo alguno en relación con la moral como parámetro de atribución de responsabilidad debido a que si bien parecería ser que se consagraba una norma sancionatoria en blanco, lo cierto es que ese estándar es propio de la *percepción predominante en la sociedad colombiana* (separación entre Derecho y moral). Sin embargo desde el punto de vista de los destinatarios de la medida (los indígenas), ésta reflejaba la autonomía que la Constitución Política les concede (art. 7 y 246

de la Constitución) y en ese sentido existe la posibilidad de señalar faltas en contra de la moral si se entiende ésta como “*el conjunto de usos y costumbres de la comunidad*” que no contraríen la Carta⁹². De esta sentencia son interesantes dos elementos: (i) la Corte trata de dotar de un contenido objetivo a la moral a través de la identificación de ésta con los usos y costumbres indígenas. En consecuencia, la moral no viola el derecho al debido proceso porque ésta debe entenderse como un conjunto de costumbres verificables; y (ii) en el fallo explícitamente se afirma que la sociedad colombiana reconoce que la moral es un orden distinto e independiente del Derecho, esto es, que existe una clara *diferenciación* entre ellos. Bajo esa idea, la moral no podría ser el soporte de una sanción en contextos no indígenas⁹³.

3.2 El rechazo a la moral y a las buenas costumbres: la indeterminación a la carta (2000-2009)

El repertorio de sentencias que compone este grupo se caracteriza porque considera que la alusión a conductas contrarias a la moral, a las buenas costumbres o a expresiones similares es inconstitucional básicamente por la indeterminación de esas palabras al momento de la adjudicación judicial. De esta manera la Corte Constitucional de forma consistente⁹⁴ rechaza esos términos como fundamento sancionatorio en muy diversos ámbitos: en el régimen ético de algunas profesiones liberales, en la regulación de los contenidos de la radio, en las calidades exigidas para ser notario y especialmente en el ámbito disciplinario propiamente dicho (servidores públicos).

92 A pesar de lo expresado hasta acá la Corte declaró inexecutable la norma puesto que preveía que únicamente el gobernador del cabildo podía imponer la pena, lo cual contraría el artículo 246 de la Constitución que consagra que serán *las autoridades* de los pueblos indígenas quienes podrán imponer la sanción. En ese mismo sentido, la disposición era contraria a la Constitución porque la pena de arresto no era la única que podía imponerse en virtud de la autonomía que se reconoce a los pueblos indígenas en la Constitución de 1991.

93 Si se observa con detenimiento, se trata de un cambio en la interpretación de la expresión ‘*moral*’ que para la época de la expedición de la ley (1890) se entendía como moral cristiana, entre otras razones por el carácter confesional del Estado constitucionalizado en la Carta de 1886 que fue una herramienta esencial para disciplinar a los indígenas. Bajo la interpretación de la Corte Constitucional, el concepto se seculariza y muy probablemente el antecedente jurisprudencial implícito (porque no se cita en la C-139 de 1996) es la sentencia C-224 de 1994, en la cual se declaró la exequibilidad condicionada de la expresión ‘*moral cristiana*’ -contenida en el artículo 13 de la ley 153 de 1887- siempre y cuando se interpretara como ‘*moral general*’ o ‘*moral social*’.

94 Es la tesis dominante en la Corte Constitucional.

En la primera providencia –C-010 de 2000⁹⁵– se demandaron varios artículos de la ley 74 de 1966 que regulaba la transmisión de programas por radio. Uno de esos artículos (el segundo) establecía que en los programas radiales debía hacerse uso de los dictados *universales del decoro y del buen gusto*. De manera similar a lo que expresaría en sentencias más recientes, la Corte indicó que la restricción impuesta por esas palabras era desproporcionada, entre otras razones, porque esos términos son indeterminados y su contenido es muy relativo. En ese sentido, imponer una sanción –o silenciar a un comunicador– con fundamento en esos términos es inconstitucional, porque se sobreponen criterios subjetivos de estética.

Ese pronunciamiento sería clave porque con base en éste, en la sentencia C-567 de 2000 se declaró inexecutable el numeral 4, literal a, de artículo 46 de la ley 50 de 1990 que reformó el Código Sustantivo del Trabajo. Esa disposición establecía que una de las causas para negar la inscripción en el registro sindical de un nuevo sindicato por parte del Ministerio de Trabajo, era que sus estatutos desconocieran *las buenas costumbres*. Para el accionante las restricciones impuestas por esa ley desconocían la Constitución, concretamente el derecho de asociación sindical. La Corte Constitucional citando varios apartes de la sentencia C-010 de 2000 señaló que se trataba de un criterio relativo que vulneraba el derecho de asociación sindical "*mediante la calificación subjetiva que haga el responsable del estudio de los estatutos de la organización sindical recién creada, de que no la inscribe por estimar que va contra las buenas costumbres, según su personal modo de entender en qué consisten las buenas costumbres*".

Hasta acá el argumento esencial por parte de la Corte para declarar inconstitucionales las expresiones abiertas era su indeterminación y por esa vía se declaró la imposibilidad de aplicar sanciones o restringir derechos con conceptos tan maleables como los señalados. En ese sentido el argumento sería reforzado a partir del año 2002 con el derecho al libre desarrollo de la personalidad. En la sentencia C-373 de 2002 se analizó el parágrafo 2º del artículo 4º de la Ley 588 de 2000 que establecía una inhabilidad para participar en el concurso de notarios, a aquellas personas que hubiesen sido sancionadas disciplinariamente por tener un mal comportamiento social o por desarrollar actividades incompatibles con el *decoro y dignidad* del cargo. Además

95 Sentencia reiterada por la providencia más reciente: C-350 de 2009.

de reiterar lo dicho sobre la indeterminación de los conceptos, la Corte afirma que expresiones imprecisas (como moral o buenas costumbres) no pueden ser utilizadas como referente para imponer una sanción disciplinaria porque violan además el derecho al libre desarrollo de la personalidad, teniendo en cuenta que el derecho disciplinario se enfoca en reprochar comportamientos que atenten contra los deberes funcionales del servidor. De este modo, el legislador no puede hacer uso de expresiones indeterminadas que hagan abstracción o que no consulten los deberes funcionales que debe cumplir el servidor público, porque con ellas se pueden cubrir conductas que no guardan ninguna relación con el buen funcionamiento del Estado. Así las cosas, aquellas actividades que por decisión propia desarrolla el servidor y que no tienen relación alguna con la infracción de los deberes funcionales, no pueden ser proscritas a través de fórmulas tan genéricas como las mencionadas porque esa regulación supone una intervención irrazonable del legislador sobre ciertas actividades que autónomamente puede desarrollar el servidor. Por esa razón, se declaró la inexecutable de la disposición demandada⁹⁶.

Posteriormente, en las sentencias C-431 y C-570 de 2004 se analizaron dos regímenes disciplinarios (el militar⁹⁷ y el de la ingeniería⁹⁸ respectivamente) en los que se establecía que las conductas contrarias a las buenas costumbres y a la moral deberían ser sancionadas disciplinariamente. Además de reiterar lo dicho sobre las problemáticas relacionadas con la indeterminación de los conceptos, así como con la restricción de ciertas actividades que no concernían a los deberes funcionales, esos fallos expresaron que el derecho disciplinario puede incluir normas disciplinarias incompletas y en algunos casos indeterminadas. A pesar de lo anterior, la imprecisión tiene un *nivel constitucional aceptable* y las buenas costumbres, así como la moral son términos absolutamente indeterminados que no cumplen esa aceptabilidad. En consecuencia, en las dos sentencias se declararon inexecutable las normas que

96 En sentido similar la Corte se pronunció en la sentencia C-098 de 2003, en la que se analizó una serie de comportamientos muy amplios plasmados en el Estatuto del Abogado (decreto 196 de 1971) como falta disciplinaria. En esa ocasión la Corte expresó que los comportamientos contrarios al derecho disciplinario deben establecerse en relación con las funciones del abogado.

97 La ley 836 de 2003 (reglamento disciplinario de las Fuerzas Militares) establecía en el artículo 59, numeral 1: "*Son faltas graves: 1. Ejecutar actos contra la moral o las buenas costumbres dentro de cualquier establecimiento militar*".

98 Ley 842 de 2003 artículo 32, literal e: "*PROHIBICIONES GENERALES A LOS PROFESIONALES. Son prohibiciones generales a los profesionales: ... e) Ejecutar en el lugar donde ejerza su profesión, actos que atenten contra la moral y las buenas costumbres...*".

sancionaban a los militares (ley 836 de 2003, artículo 59, numeral1) y a los ingenieros (ley 842 de 2003, artículo 32, literal e) por contrariar la moral y las buenas costumbres⁹⁹.

El asunto sería sellado definitivamente por la sentencia C-350 de 2009 que resulta ser la más importante dentro de la línea jurisprudencial. Es la más relevante porque a través de un gran razonamiento –que involucra temas de filosofía del lenguaje, así como el conocido test de proporcionalidad– se ocupa de resolver el problema jurídico planteado y por tal motivo es preciso estudiarla de forma independiente. En esa oportunidad la Corte Constitucional analizó una demanda de inconstitucionalidad presentada en contra del artículo 35, numeral 9 de la ley 734 de 2002 (Código Disciplinario Único) que prohibía a los servidores públicos, ejecutar en el lugar de trabajo actos en contra de la moral y las buenas costumbres.

La argumentación de la Corte comienza por tratar el problema de la *ambigüedad, vaguedad y la textura abierta* de las palabras con el fin de aplicar tales conceptos a las expresiones '*moral y buenas costumbres*'. Para deslindar cada uno de esos conceptos ese Tribunal examina el punto desde una perspectiva filosófica –específicamente analítica– y por esa razón recurre a varios ius-filósofos como H. L. A. Hart y Genaro Carrió. Así las cosas, la Corte indica que una expresión es ambigua en aquellos eventos en los que "*puede tener distintos significados según los diferentes contextos en que vaya insertada, o bien que en una misma palabra puede tener distintos matices de significado en función de esos contextos diversos*"¹⁰⁰. Por su parte la vaguedad se diferencia de aquella en que el significado es único pero existen dudas concretas sobre su aplicación, teniendo en cuenta que en el empleo de la palabra es incierto si se deben incluir hechos u objetos¹⁰¹. Por último, existe una característica propia de todas las palabras –sean éstas ambiguas y/o vagas o no– y es que tienen una textura abierta, es decir, que

99 Estos pronunciamientos serían reiterados por la sentencia C-537 de 2005 en la cual se analizó el literal e, del artículo 35 de la ley 35 de 1989 que regula aspectos disciplinarios de la profesión de los odontólogos. Reiterando las razones de la decisión de las providencias de 2004, se declaró inexecutable ese artículo que disponía que los odontólogos debían ceñir sus actuaciones públicas y privadas a la *moral individual*.

100 Como ejemplo de expresiones ambiguas la Corte Constitucional se refiere a principios tales como la libertad o autonomía.

101 La Corte en este caso da el ejemplo de la expresión *precio serio* debido a que en algunas oportunidades es sencillo saber cuándo un precio es serio, pero en gran parte de los casos no se puede conocer cuándo es serio o no.

si bien se presentan eventos en los cuales el significado de la palabra es claro en la aplicación concreta de algunos casos¹⁰² en otros eventos existe una zona de penumbra que hace complejo su uso en casos específicos¹⁰³ lo que implica a su vez un incremento notable en la discrecionalidad del operador jurídico.

Este ejercicio en apariencia teórico es utilizado en el razonamiento de la Corte Constitucional para indicar que las palabras vagas y/o ambiguas, tienen una zona de penumbra mucho mayor frente otras expresiones que no comparten tales características y en ese sentido, se presentaría una discrecionalidad bastante amplia. Ahora bien, esa discrecionalidad puede ser un problema en el derecho sancionatorio, concretamente en el derecho disciplinario en la medida en que la garantía de la tipicidad aplica en este campo con algunos matices¹⁰⁴ y en consecuencia esa relativa libertad del juez disciplinario haría peligrar esa garantía.

De conformidad con lo anterior, la Corte Constitucional afirma que las palabras *moral y buenas costumbres* son ambiguas porque existen diferentes formas de utilizar y comprender esos conceptos. De igual modo son vagas porque aún fijando una definición relativamente estable, no se puede determinar en cuáles casos se utiliza y en cuáles no. Por todo lo dicho, son palabras con una zona de penumbra extensa que a su vez amplía el margen de discrecionalidad del intérprete.

A pesar de esa conclusión la Corte considera que las palabras analizadas no son inconstitucionales *per se*, sino que el análisis de constitucionalidad debe partir del uso que se le dé a esas expresiones en normativas concretas. Es más, la misma Constitución utiliza en varias zonas las palabras analizadas¹⁰⁵ e igualmente contiene un sinnúmero de expresiones ambiguas y vagas que no por esa razón deben ser excluidas del Derecho.

Ahora bien, para determinar si las expresiones acusadas restringen desproporcionadamente el derecho al debido proceso gracias al amplio margen de apreciación concedido al juez disciplinario, la Corte Constitucional establece que se deben ponderar los principios del debido proceso (específicamente la

102 Para seguir el conocido ejemplo de Hart, en una regla que prohibiera el paso de *vehículos* en un parque, sería claro que no podrían circular vehículos automotores.

103 En el mismo ejemplo la regla que prohíbe la circulación de *vehículos* existirían dudas sobre cierto tipo de vehículos como bicicletas, coches de bebés, patines etc.

104 Cfr. C-406 de 2004 y C-530 de 2003 entre otras.

105 Por ejemplo en los artículos 34, 44, 69, 88, 182, 209 y 219 de la Constitución.

garantía de tipicidad y de legalidad), así como el libre desarrollo de la personalidad con el fin del derecho disciplinario que es la buena marcha en las funciones del Estado. Lo anterior obedece a las siguientes razones (i) por un lado un espectro de libertad muy amplio para el juez (gracias a expresiones que en el contexto disciplinario pueden tener una zona de penumbra prolija) afectan indebidamente las garantías de tipicidad y legalidad, porque el servidor público no puede identificar con certeza cuáles actuaciones desarrolladas en su lugar de trabajo pueden dar lugar a una acción disciplinaria; y (ii) por otra parte, expresiones con una gran textura abierta pueden tipificar conductas que no guardan relación alguna con el objeto del derecho disciplinario (el buen funcionamiento del Estado) y en ese orden de ideas, se podrían prohibir conductas que simplemente constituyen un desarrollo válido del libre desarrollo de la personalidad.

Bajo ese contexto, la Corte Constitucional determina que las expresiones analizadas son inconstitucionales porque ofrecen una amplia zona de penumbra que no puede ser *aceptada constitucionalmente* porque aun aceptando que la disposición no es ambigua—atribuyéndole como significado la ‘moral social’—ésta si es vaga porque las dudas sobre cuándo una actuación es moral o no serían enormes. En otras palabras, la disposición demandada no persigue un fin constitucional—el buen funcionamiento del Estado— porque con su amplitud prohíbe conductas que no afectan el buen desarrollo de las funciones del servidor. Por lo dicho, la restricción a los derechos al debido proceso (i.e. legalidad y tipicidad) y al libre desarrollo de la personalidad (al cubrir con la prohibición conductas que no guardan relación con la buena marcha del Estado) es desproporcionada y como corolario de lo anterior, la Corte declara la inexecutable de la disposición demandada¹⁰⁶.

Por su parte tres Magistrados¹⁰⁷ salvaron el voto porque consideraron que las expresiones analizadas sí tienen un contenido preciso que se identifica con la moral social o media. Este concepto aplicado al derecho disciplinario significa probidad, imparcialidad, decoro y dignidad de los servidores públicos. En consecuencia, para ellos, la disposición debió ser declarada executable.

106 Esta providencia sería reiterada posteriormente por la sentencia C-467 de 2009 en la cual se analizó la constitucionalidad del mismo artículo demandado en la sentencia C-350 de 2009. A pesar de indicar que existía cosa juzgada, la Corte reiteró los argumentos establecidos en la sentencia C-350.

107 Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Nilson Pinilla Pinilla.

4 ● CONCLUSIONES

Como se observa, la regla uniforme a partir del año 2000 indica que constitucionalmente no es posible incluir la referencia a las buenas costumbres y a la moral como fundamento para una sanción disciplinaria en diversos órdenes normativos de las profesiones liberales, militares y servidores públicos entre otros. De acuerdo con lo anterior se podría pensar que el asunto está saldado y que hubo un triunfo definitivo de los derechos al debido proceso y al libre desarrollo de la personalidad frente a una defensa más amplia del buen funcionamiento del Estado en el caso de los servidores y del cumplimiento de las funciones propias de ciertas profesiones liberales.

Bajo ese contexto la conclusión de la Corte Constitucional en cierta medida sí ha tenido un efecto importante en el campo disciplinario, concretamente en el Consejo Superior de la Judicatura en su Sala Disciplinaria, porque en un rastreo de la jurisprudencia de esa Corporación son casi inexistentes los casos en los cuales la moral y las buenas costumbres son elementos centrales para imponer una sanción disciplinaria¹⁰⁸.

Por otro lado, la inconstitucionalidad de la referencia a la moral en contextos disciplinarios, no debe entenderse como la absoluta separación del Derecho con cuestiones valorativas, porque admitir lo contrario supone un regreso a un positivismo recalcitrante. En ese sentido, no es incompatible la declaratoria de inexequibilidad constante de la moral y las buenas costumbres con la existencia de un contenido moral en el Derecho. Es más, la amplitud de las expresiones utilizadas verdaderamente constituía una vulneración de la Constitución en varios niveles, pero eso de ningún modo puede significar un

108 Las únicas dos providencias que se encontraron después del año 2000 fueron las siguientes: Consejo Superior de la Judicatura. Sala Disciplinaria. M.P. Julia Emma Garzón de Gómez. Radicación No. 50001110200200800510 01 (2109-07) del 10 de marzo de 2010 y Consejo Superior de la Judicatura. Sala Disciplinaria. M.P. Guillermo Bueno Miranda. Radicación No. 19980732-01/987- F del 13 de noviembre de 2001 entre otras. Aunque (i) en las dos sentencias hay referencias explícitas a la moral y a las buenas costumbres y (ii) para esa fecha ni la ley estatutaria de la administración de justicia en la parte relacionada con asuntos disciplinarios, ni el Código Disciplinario del Abogado mencionaban expresamente las palabras *moral* y *buenas costumbres*, se debe anotar que su inclusión en las sentencias son un mero *obiter dicta* que no tuvieron incidencia alguna en la decisión final.

abandono absoluto de cuestiones valorativas en el Derecho, en las cuales la moral –secular– juega un papel determinante.

Finalmente, es preciso advertir que a pesar de que a primera vista podría creerse que la tesis actual de la Corte Constitucional es la más saludable en términos de protección de derechos fundamentales, existen muy buenas razones para tipificar conductas que no necesariamente encajan perfectamente en el molde de la tipicidad, pero que sin embargo suponen infracciones al buen funcionamiento del Estado. Se trata de múltiples comportamientos y a veces micro-comportamientos cuya repetición atenta contra el correcto funcionamiento del Estado¹⁰⁹ que no son cobijados por una norma disciplinaria específica, pero que materialmente deberían ser reprimidos por el derecho disciplinario. Por esa razón, la moral y las buenas costumbres se erigen en conceptos útiles, a través de los cuales se puede cobijar ese tipo de comportamientos, eso sí, con una argumentación adecuada y suficiente por parte de quien ejerce la potestad disciplinaria.

109 Tal podría ser el caso de un servidor que todos los días sustrae papel de la oficina pública para utilizarlo en sus actividades particulares. Ese comportamiento que podría ser considerado poco relevante en términos disciplinarios, si se repite con alguna frecuencia puede constituir una verdadera afectación al buen funcionamiento del Estado. En ese sentido, esa conducta no estaría prohibida expresamente en ninguno de los 35 numerales del artículo 35 del CDU. La moral y las buenas costumbres entendidas como moral media o social, permitiría concluir que uno de los elementos que se deducen de esa disposición es la honradez con la cual debe actuar todo servidor público.

LA MOTIVACIÓN DEL RETIRO DE EMPLEADOS EN PROVISIONALIDAD QUE OCUPAN CARGOS DE CARRERA JUDICIAL

Ensayo elaborado a partir del tema seleccionado por Lorena Gómez Roa para el IV Curso de formación judicial de la Escuela Rodrigo Lara Bonilla. Promoción 2009.

1. INTRODUCCIÓN

El neoconstitucionalismo como modelo jurídico-político de los Estados occidentales después de la segunda guerra mundial supuso un cambio en la forma de abordar el Derecho constitucional, en virtud del cual la dignidad de la persona pasó a ser el nuevo fundamento del orden constitucional. En ese sentido, varios principios impregnaron diversas áreas del ordenamiento jurídico¹¹⁰ todo con el ánimo de hacer efectiva esa protección de la persona a través de la garantía de sus derechos fundamentales en las diversas zonas del sistema jurídico, lo cual a su vez implicó un acomodamiento del derecho ordinario frente al constitucional. En ese orden de ideas, la garantía de un elenco de derechos consagrados en constituciones está estrechamente ligada a la realización de la dignidad de la persona ya que como lo ha dicho la Corte Constitucional, todos los derechos fundamentales son reflejo o expresión de la dignidad¹¹¹. En ese sentido, ejercer un derecho conlleva a la realización de la persona y en última medida a la plenitud del ser¹¹².

110 Riccardo, Guastini, "La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano", en Miguel Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2005, p. 49.

111 Cfr. Sentencia T-760 de 2008.

112 Para un acercamiento básico a la metafísica aristotélica y su relación con el principio de dignidad humana en el Derecho véase a Irizar, Liliana. *Nociones fundamentales de metafísica Aristotélico-tomista*. Universidad Sergio Arboleda. Bogotá, 2010.

La aceptación de ese planteamiento por el juez al momento de la adjudicación judicial o por parte de los servidores públicos al tomar una determinación de orden administrativo tendrá una incidencia clara en el sentido de la decisión que se tome, más aún si ésta tiene que ver con derechos fundamentales. En otras palabras, aceptar que la Constitución tiene aplicabilidad directa en ciertas situaciones y tomarse los derechos en serio, moldeará el sentido de las decisiones de jueces y administradores hacia una dimensión que garantice los derechos fundamentales. Así mismo, no tener en cuenta este modelo teórico (aceptado por la Corte Constitucional) le sugerirá al operador jurídico que los derechos fundamentales no son necesarios ni útiles para resolver conflictos y en consecuencia, la decisión se ubicará exclusivamente en el plano de la legalidad.

Bajo ese contexto se presenta el tema que se abordará en este capítulo y se relaciona con la necesidad motivar el acto administrativo de in-subsistencia de un empleado en provisionalidad de la rama judicial. Uno de los puntos esenciales de esta controversia es determinar si algunos principios constitucionales (v.gr. debido proceso, publicidad y estabilidad laboral) juegan algún papel en este tipo de casos y si esto es así, cuál(es) obligación(es) surge(n) a cargo de la administración. Sin embargo, otra serie de elementos de orden constitucional también juegan a favor de la postura contraria: favorecer desmesuradamente a los provisionales, es una forma de erosionar el sistema de carrera administrativa (art. 125 de la Constitución) así como el principio de igualdad, en tanto que el mérito dejaría de ser el principal criterio para la asignación de cargos en el sector público.

En ese sentido, la ley estatutaria de administración de Justicia (ley 270 de 1996, en adelante LEAJ) consagra en el artículo 132 las diferentes clases de empleo que existen en la rama judicial así: (i) libre nombramiento y remoción (ejemplo: Magistrados auxiliares); (ii) de período (Magistrados titulares de Altas Cortes); y (iii) de carrera judicial: aquellas personas que aprobaron el concurso respectivo y cumplieron los requisitos de ley.

Los empleados de carrera judicial cuentan en principio con una garantía de estabilidad laboral dado el criterio de escogencia: el mérito. Sin embargo dentro de los empleados de carrera, existen varias categorías de conformidad con la modalidad en que son nombrados. En efecto, para los empleados de carrera existen tres tipos de nombramientos: (i) en propiedad

que de acuerdo con el artículo 132 numeral 1 de la LEAJ se presenta para los empleos en vacancia definitiva, luego de que el aspirante supera todas las etapas del proceso de selección; (ii) en provisionalidad que según artículo 132 numeral 2¹¹³ de la LEAJ son servidores de carrera en interinidad que permanecen en el cargo hasta que se produzcan ciertas circunstancias (por ejemplo: cuando luego del concurso respectivo se elija al funcionario en propiedad). En ese sentido, el provisional no tiene una estabilidad laboral del mismo nivel que el funcionario en propiedad, porque de antemano se sabe (el nombre *provisional* lo indica) que la permanencia en el cargo es temporal y depende de otras circunstancias (regreso del funcionario en propiedad o asignación del cargo luego del concurso respectivo); y (iii) en encargo, que en virtud del artículo 132 numeral 3 de la LEAJ se produce en aquellos casos en los que un funcionario o empleado en propiedad, es encargado cuando las necesidades del servicio lo exijan.

Por otra parte, se encuentra el régimen propio de la Fiscalía General de la Nación que las Cortes identifican con el de carrera judicial propiamente dicho y que en lo general replica la estructura de la LEAJ ya descrita¹¹⁴.

De lo anterior puede decirse que el servidor en propiedad tendrá mayores garantías que el provisional, a pesar de que ambos son de carrera. La pregunta que surge en este punto es saber cuáles de esas garantías son exclusivas del servidor de carrera en propiedad, es decir, cuáles de éstas no son aplicables al servidor de carrera provisional. Y la respuesta a esa pregunta es clave en casos como el siguiente: una persona es nombrada en provisionalidad en un cargo de la rama judicial y desempeña el cargo satisfactoriamente

113 Art. 132 FORMAS DE PROVISION DE CARGOS EN LA RAMA JUDICIAL. “La provisión de cargos en la Rama Judicial se podrá hacer de las siguientes maneras:... 2. **En provisionalidad.** El nombramiento se hará en provisionalidad en caso de vacancia definitiva, hasta tanto se pueda hacer la designación por el sistema legalmente previsto, que no podrá exceder de seis meses, o en caso de vacancia temporal, cuando no se haga la designación en encargo, o la misma sea superior a un mes. Cuando el cargo sea de Carrera, inmediatamente se produzca la vacante el nominador solicitará a la Sala Administrativa del Consejo Superior o Seccional de la Judicatura, según sea el caso, el envío de la correspondiente lista de candidatos, quienes deberán reunir los requisitos mínimos para el desempeño del cargo. En caso de vacancia temporal en la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Corte Constitucional o el Consejo Superior de la Judicatura o los Tribunales, la designación se hará directamente por la respectiva Corporación”. (negrilla fuera del original).

114 Véase el artículo 1 de la ley 116 de 1994, así como el decreto 261 de 2000, especialmente los artículos 113 a 117 y 129.

por un tiempo. Antes de que se realice el concurso es removido sin explicación alguna por parte de la administración y ésta argumenta que como se trata de un provisional, no le asiste una garantía de estabilidad por la naturaleza de su cargo y en consecuencia, no es necesario motivar el acto administrativo respectivo debido a que éste se presume expedido por *razones del servicio*. Ante esa situación el afectado interpone una acción de nulidad y restablecimiento del derecho para efectos de lograr su reintegro, pero se le solicita que demuestre que hubo una desviación del poder o una falsa motivación. Como se verá, ante un acto que no tiene motivos explícitos (motivación) el accionante, en evidente desventaja, tendrá mucha dificultad para desvirtuar la presunción de legalidad del acto, teniendo en cuenta que la motivación es esencial para desarrollar una buena defensa.

1.1 Problema jurídico

En ese contexto el problema jurídico en torno al cual se desarrollará este capítulo es el siguiente: ¿Tienen los servidores provisionales de la rama judicial en su favor cierta estabilidad laboral que implica que el acto administrativo de desvinculación deba ser motivado por parte de la administración? Este interrogante así como su respuesta han sido analizados principalmente en providencias del Consejo de Estado (sección segunda - acción de nulidad y restablecimiento del derecho) y de la Corte Constitucional (principalmente a través de sentencias de tutela) como se verá a continuación.

2. GRÁFICA DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL

¿Tienen los servidores provisionales de la rama judicial en su favor cierta estabilidad laboral que implica que el acto administrativo de desvinculación deba ser motivado por parte de la administración?

TESIS A

Los servidores provisionales de la rama judicial tienen en su favor cierta estabilidad laboral que implica que el acto administrativo de desvinculación debe ser motivado.

SU 250/1998	S.V. Fabio Morón, Susana Montes
	CE 2000 ⁰¹
T 884/2002	CE 2002 ⁰²
	T 1011/2003
	CE 2003 ⁰³
T 1206/2004	CE 2004 ⁰⁴
T 222/2005	CE 2005 ⁰⁵
	CE 2006 ⁰⁶
T 132/2007	CE 2007 ⁰⁷
C 279/2007	
T 580/2008	CE 2008 ⁰⁸
T 736/2009	CE 2009 ⁰⁹
T 219/2010	CE 2010 ¹⁰

TESIS B

Los servidores provisionales de la rama judicial no tienen en su favor ningún tipo de estabilidad. En consecuencia, el acto administrativo de desvinculación no debe ser motivado.

- 01.** Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Subsección B. M. P. Carlos Orjuela Góngora. Exp. 0016/280/2000, 8 de junio de 2000.
- 02.** Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Subsección A. M. P. Nicolás Pájaro Peñaranda. Exp. 25000-23-25-000-1999-5602-01(5161-01), 5 de septiembre de 2002.
- 03.** Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. M. P. Tarcisio Cáceres Toro. Exp. 23001-23-31-000-1997-8721-01(3067-00), 6 de marzo de 2003 y Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. M. P. Tarcisio Cáceres Toro. Exp. 76001-23-31-000-1998-1834-01(4972-01), 13 de marzo de 2003.
- 04.** Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Subsección A. M. P. Alberto Arango Mantilla. Exp. 44001-23-31-000-2000-0157-01(2167-02), 15 de abril de 2004.
- 05.** Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Subsección A. M. P. Alberto Arango Mantilla. Exp. 05001-23-31-000-1998-03737-01(2132-04), 12 de mayo de 2005.
- 06.** Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Subsección B. M. P. Tarcisio Cáceres Toro. Exp. 15001-23-31-000-1998-01184-01(4387-04), 9 de marzo de 2006 y Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Subsección A. M. P. Alberto Arango Mantilla. Exp. 25000-23-25-000-1999-03847-01(0629-05), 26 de enero de 2006.
- 07.** Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Subsección A. M. P. Ana Margarita Olaya. Exp. 47001-23-31-000-2001-08822-01(8822-05), 1 de marzo de 2007.
- 08.** Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. M. P. Bertha Lucía Ramírez de Paéz. Exp. 25000-23-25-000-2002-09328-01(0082-06), 31 de enero de 2008.
- 09.** Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Subsección B. M. P. Gerardo Arenas Monsalve. Exp. 54001-23-31-000-2004-00689-01(0326-07), 21 de mayo de 2009.
- 10.** Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. M. P. Gerardo Arenas Monsalve. Exp. 25000-23-25-000-2005-01341-02(0883-08), 23 de septiembre de 2010.

3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

3.1 El Consejo de Estado:

La tesis del Consejo de Estado ha sido uniforme en todos sus pronunciamientos y se resume así: el acto del retiro de funcionarios provisionales de la rama judicial no requiere ser motivado debido a que esta clase de servidores no tiene ninguna garantía de estabilidad. Sucede que a lo largo de los años ese Tribunal ha ido añadiendo poco a poco una serie de subreglas para perfilar de forma más precisa su postura.

De acuerdo con lo anterior, la línea jurisprudencial se inaugura en el año 2000¹¹⁵ con una sentencia que definió un asunto relacionado con un investigador judicial de la Fiscalía que fue declarado insubsistente por el entonces Fiscal General de la Nación sin motivación alguna. El accionante afirmó que en ningún momento se presentó una mejora en el funcionamiento del servicio en la medida en que la planta de personal fue reducida considerablemente y por tal razón se presentó un detrimento en la calidad del servicio prestado. Así mismo el demandante indicó que a la fecha del retiro había cumplido a cabalidad las funciones asignadas en su momento. El Consejo de Estado comienza por establecer en sus consideraciones que, de acuerdo con el artículo 1 de la ley 116 de 1994¹¹⁶, los cargos en la Fiscalía pueden ser de carrera o de libre nombramiento y remoción. Como el cargo del actor no era de libre nombramiento y remoción, esa Corporación concluye entonces que éste era de carrera. Sin embargo, eso no quiere decir que ese tipo de cargo tenga las mismas garantías que los cargos de los funcionarios *escalafonados* (i.e. en

115 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Subsección B. M. P. Carlos Orjuela Góngora. Exp. 0016/280/2000, 8 de junio de 2000.

116 "Los empleos de la fiscalía se clasifican, según su naturaleza y forma como deben ser provistos; en de libre nombramiento y remoción y de carrera. Son de libre nombramiento y remoción, las personas que desempeñan los empleos de: 1. Vicefiscal General de la Nación. 2. Secretario General. 3. Jefes de Oficina de la Fiscalía General. 4. Directores Nacionales y jefes de División de la Fiscalía General. 5. Dirección de escuela. 6. Directores regionales y seccionales. 7. Los empleados del despacho del fiscal general, del Vicefiscal y de la Secretaría General. 8. Los fiscales y funcionarios de las fiscalías regionales. 9. Los empleados del Cuerpo Técnico de Investigación a nivel nacional, regional y seccional. Los demás cargos serán de carrera y deberán proveerse mediante el sistema de méritos".

propiedad), es decir, como a la fecha no existía un concurso de méritos para proveer el cargo que desempeñaba el accionante, se deducía que éste era en provisionalidad y por esa razón no “*ostentaba fuero de estabilidad alguno*”. En ese orden de ideas, no era necesario motivar el acto administrativo que declaró la insubsistencia y de ese modo, no existió falsa motivación. Por todo lo dicho la demanda no prosperó.

Dos años después¹¹⁷ se presentó un caso en el cual una funcionaria de la Fiscalía que desempeñaba el cargo de Jefe de División de la Dirección Nacional Administrativa y Financiera fue declarada insubsistente a través de un acto que no fue motivado. La actora expresó que el acto no se había proferido para mejorar el servicio, en la medida en que ella tenía una hoja de vida intachable que incluía condecoraciones y también había recibido ayuda económica por parte de la Fiscalía para estudiar en el exterior. El Consejo de Estado reitera su tesis del año 2000 y añade las siguientes dos reglas: (i) el actor debe probar que su retiro no representa una mejora en el servicio, es decir, debe aportar los elementos probatorios que lleven a la certeza que los “*motivos que tuvo la administración para expedir la Resolución de retiro, no obedecieron a razones de buen servicio*”; y (ii) “*la antigüedad, la capacidad, la idoneidad y la eficiencia del empleado no amparado por fuero de estabilidad alguno*”, no son condiciones que por sí solas garanticen la permanencia del provisional. En ese sentido esa Corporación advierte que considerar lo contrario equivaldría a equiparar a los provisionales frente a los funcionarios de carrera escalafonados.

En el año 2003¹¹⁸ se reitera en lo esencial la providencia anterior. En ese orden de ideas una persona que desempeñaba en provisionalidad el

117 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Subsección A. M. P. Nicolás Pájaro Peñaranda. Exp. 25000-23-25-000-1999-5602-01(5161-01), 5 de septiembre de 2002.

118 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. M. P. Tarcisio Cáceres Toro. Exp. 23001-23-31-000-1997-8721-01(3067-00), 6 de marzo de 2003. Esta sentencia sería reiterada posteriormente casi en su integridad por las siguientes providencias: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. M. P. Tarcisio Cáceres Toro. Exp. 76001-23-31-000-1998-1834-01(4972-01), 13 de marzo de 2003; Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Subsección A. M. P. Alberto Arango Mantilla. Exp. 05001-23-31-000-1998-03737-01(2132-04), 12 de mayo de 2005; Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Subsección B. M. P. Tarcisio Cáceres Toro. Exp. 15001-23-31-000-1998-01184-01 (4387 -04), 9 de marzo de 2006 y Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. M. P. Bertha Lucía Ramírez de Paéz. Exp. 25000-23-25-000-2002-09328-01 (0082 -06), 31 de enero de 2008.

cargo de Juez Promiscuo Municipal fue desvinculada sin motivación y el Consejo de Estado reiteró que no era necesario ese requisito puesto que es predicable únicamente de los servidores de carrera en propiedad (escalafonados). De esta sentencia vale la pena resaltar dos argumentos adicionales que apoyan la tesis del Consejo de Estado: en primer lugar si el servidor provisional es elegido discrecionalmente su retiro también es discrecional y en consecuencia no se requiere motivación. Así mismo ese Tribunal indica que no existe disposición legal que confiera al provisional algún fuero de estabilidad y en consecuencia, éste puede ser desvinculado aún antes de la selección del nuevo servidor a través del concurso de méritos mediante un acto discrecional no motivado.

Al año siguiente¹¹⁹ el Consejo de Estado analizó un caso en el que una persona que desempeñaba provisionalmente el cargo de Fiscal Delegado ante los Jueces del Circuito de Riohacha, fue desvinculado por el Fiscal General de la Nación sin motivación alguna. Además de reiterar la sentencia de marzo de 2003 ya reseñada, el Consejo de Estado crea dos reglas adicionales que ayudan a sustentar su postura sobre la no exigencia de motivación: (i) del numeral 2 del artículo 132 de la LEAJ, se deduce que la desvinculación del servidor provisional en aras del buen servicio público puede darse incluso antes de la realización del concurso de méritos respectivo, es decir, con anterioridad a la selección del servidor en propiedad¹²⁰; y (ii) los servidores judiciales que tienen plenas garantías laborales son los de carrera y que además fueron nombrados en propiedad. Ahora bien el criterio clave (o la prueba) para determinar si un servidor de carrera fue nombrado en propiedad es la aprobación de todas las etapas del concurso de méritos respectivo. De este modo, como los provisionales no ingresan a la carrera por concurso, no son servidores en propiedad y no tienen fuero de estabilidad. Por esa razón pueden ser desvinculados discrecionalmente a través de actos inmotivados.

119 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Subsección A. M. P. Alberto Arango Mantilla. Exp. 44001-23-31-000-2000-0157-01(2167-02), 15 de abril de 2004.

120 Dice el Consejo de Estado: *"cuando el Art. 132-2 de la Ley 270/96 regla el nombramiento en provisionalidad judicial, hay que entender que esta facultad la tiene el nominador hasta tanto se pueda hacer la designación mediante el respectivo concurso de méritos, y no significa que una vez hecha esta clase de nombramiento el designado obtenga estabilidad en el empleo hasta cuando sea reemplazado por la vía del concurso, ni que el nominador pierda la facultad citada en ese evento"*.

Posteriormente en el 2006¹²¹ ante ese Tribunal se ventiló un asunto en el que un oficial mayor de un Juzgado Penal Municipal de Soacha fue declarado insubsistente. La particularidad de este caso radicaba en que el juez que ordenó el retiro del funcionario de su despacho, motivó el acto aduciendo que por razones del servicio se retiraba al funcionario, teniendo en cuenta que se había iniciado una investigación disciplinaria en su contra por recibir presuntamente unos dineros para agilizar la entrega de un vehículo. Ese hecho es clave porque el Consejo de Estado reitera que no es obligatorio motivar el acto que ordena el retiro y que en el caso bajo estudio, aunque se motivó el acto, el nominador no estaba obligado a hacerlo. Además de lo anterior realiza una serie de consideraciones adicionales en la medida en que se trata de un caso nuevo en la línea (hay una motivación de un acto discrecional) y expresa que en esta ocasión la motivación era razonable y proporcional porque existían algunas situaciones que a criterio del nominador obstaculizaban la prestación de una adecuada, oportuna y correcta administración de justicia. A pesar de lo dicho, ese Tribunal no da pistas adicionales sobre qué debe entenderse por razonabilidad o cómo se mide la proporcionalidad de la motivación. Por último en la sentencia se indica que el retiro discrecional no guarda una relación de causalidad con la investigación disciplinaria en curso y en ese sentido, el retiro discrecional es independiente de cualquier proceso disciplinario.

Como se observa hasta ese momento, la postura del Consejo de Estado estaba consolidada y no existían mayores discrepancias en el seno de esa Corporación. Sin embargo, existía un escollo y era la jurisprudencia constante de la Corte Constitucional en un sentido opuesto (obligación de motivar el acto). Por esa razón en el año 2007¹²² el Consejo de Estado afirma expresamente que *"no aplicará las premisas sentadas por la Corte respecto de la absoluta necesidad de motivación de los actos administrativos que desvinculan funcionarios provisionalmente nombrados en cargos de carrera"* debido a que se trata de una postura caprichosa que olvida tres normas: (i) el artículo 107 del Decreto 1950 de 1973 que establece que el retiro de provisionales no debe ser motivado; (ii) el Decreto 1754 de 1998 que derogó la prohibición para los

121 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Subsección A. M. P. Alberto Arango Mantilla. Exp. 25000-23-25-000-1999-03847-01 (0629 -05), 26 de enero de 2006.

122 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Subsección A. M. P. Ana Margarita Olaya. Exp. 47001-23-31-000-2001-08822-01 (8822 -05), 1 de marzo de 2007.

nominadores de declarar insubsistente los nombramientos de los empleados provisionales contenida en el Decreto 1330 de 1998; y (iii) el Decreto 2504 de 1998 que establece que un provisional será aquel empleado que no fue seleccionado a través de un concurso de méritos así en el acto de nombramiento no se diga nada y que además puede ser declarado insubsistente.

El caso que se estudió en ese entonces se refería a la declaratoria de insubsistencia de un Investigador Judicial de la Fiscalía General de la Nación. Del material probatorio, el mismo Consejo de Estado determinó que el actor había ingresado mediante un proceso de selección (entrevistas, pruebas psicológicas y examen) pero paradójicamente dijo que *"no se arribó prueba alguna de la convocatoria que para ello hubiere expedido la Fiscalía; así como tampoco se allegó prueba alguna con la que se acreditara que el actor estaba inscrito en el escalafón de la carrera administrativa de la Fiscalía"*. De acuerdo con esto, para identificar si un servidor de carrera fue nombrado en propiedad no sólo basta haber superado todas las etapas de un concurso de méritos como se expresó en la sentencia de 2004. Es necesario además aportar una prueba sobre la convocatoria para el concurso y de una constancia que acredite que el servidor está inscrito en el escalafón.

Dos años más tarde el asunto de la proporcionalidad del acto que declara la insubsistencia sería analizado más profundamente. En el año 2009¹²³ se analizó un asunto en el que la accionante fue desvinculada de su cargo como Fiscal Delegada ante el Tribunal de Distrito. En este caso sucedió que en el año 2003 el Presidente de la República visitó la ciudad de Cúcuta y ante la situación de orden público dijo que la Fiscalía estaba siendo muy laxa con el crimen y que probablemente había vínculos de algunos fiscales con la subversión. Por ese motivo el Fiscal General de la Nación declaró insubsistentes a varios provisionales. A pesar de esto, la demandante (que era provisional) no fue desvinculada inmediatamente sino que se le inició un proceso penal por el presunto delito de prevaricato por omisión y por acción. El Fiscal Delegado ante la Corte Suprema de Justicia (quien adelantaba la investigación penal contra la accionante) definió la situación jurídica de la demandante y le impuso medida de aseguramiento (detención preventiva). Por esa razón el Fiscal General de la Nación desvinculó a la demandante porque consideró

123 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Subsección B. M. P. Gerardo Arenas Monsalve. Exp. 54001-23-31-000-2004-00689-01 (0326-07), 21 de mayo de 2009.

que existía una inhabilidad sobreviniente (detención preventiva) de acuerdo con numeral 2 del artículo 100 del Decreto ley 261 de 2000¹²⁴. Posteriormente la Corte Suprema de Justicia absolvió de todos los cargos a la demandante y además resaltó su labor durante más de 20 años en la rama judicial.

Por primera vez en la línea jurisprudencial el Consejo de Estado encuentra que hubo desviación del poder, porque la actora logró probar que existió un nexo entre la desvinculación y la presunta existencia de un delito, hecho que sería desvirtuado en una sentencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. Así mismo demostró su excelente historial laboral de más de veinte años en la rama judicial. Ante la evidencia el Consejo de Estado expresó que el ejercicio de la facultad discrecional está sujeto a un criterio de proporcionalidad, es decir, no es absoluto e ilimitado. En ese orden de ideas ese Tribunal indicó que de conformidad con el excelente historial profesional y académico de la actora, así como las condiciones particulares que rodearon la imposición de la medida de aseguramiento, lo procedente en este caso hubiese sido decretar la suspensión en el cargo de la actora, en la medida en que sus derechos a la vida digna, mínimo vital, trabajo y presunción de inocencia no se veían tan afectados como sí ocurrió con la desvinculación. Aunque parece ser un cambio jurisprudencial en realidad no lo es, teniendo en cuenta que (i) no hay ninguna referencia sobre la obligatoriedad de motivar el acto de retiro; (ii) la carga de la prueba sigue radicada en cabeza del demandante y el esfuerzo probatorio debe ser inmenso como sucedió en este caso; y (iii) la hoja de vida por sí sola no garantiza la estabilidad en el cargo sino que es necesario aportar más elementos (como ocurrió en este caso con la sentencia de la Corte Suprema de Justicia).

Ahora bien como este es un primer caso en el que el accionante logra demostrar que hubo una desviación de poder, la regla sería la siguiente: si el actor logra demostrar que su desvinculación obedeció a razones distintas al mejoramiento en la calidad servicio, el juzgador deberá realizar un análisis sobre la proporcionalidad de la medida adoptada (desvinculación). En caso contrario el juez no podrá analizar la proporcionalidad del acto discrecional inmotivado y la presunción de legalidad del mismo se mantendrá incólume. Esta regla se confirma con la última sentencia que compone la línea del Consejo de Estado.

124 "Se producirá retiro definitivo del servicio en los siguientes casos: ...2. Insubsistencia por inhabilidad directa o sobreviniente".

La sentencia que cierra la línea jurisprudencial del Consejo de Estado es de septiembre de 2010¹²⁵. En esa oportunidad se analizó el caso de una funcionaria en provisionalidad del INCODER que fue declarada insubsistente a través de una resolución inmotivada, a pesar de que no se había llamado a concurso para proveer ese cargo en propiedad. Aunque la situación de hecho no se relaciona estrictamente con un cargo de carrera judicial, en esa providencia el Consejo de Estado afirma que desde la ley 909 de 2004 es necesario motivar el retiro de provisionales de *carrera administrativa* pero esa exigencia no es predicable de la *carrera judicial*. Se trata entonces de un intento por parte del Consejo de Estado de distinguir las dos situaciones, para atribuirles dos consecuencias distintas. De conformidad con lo anterior, la decisión de esa Corporación fue declarar la nulidad y ordenar el restablecimiento del derecho de la accionante porque era necesaria la motivación de la resolución en virtud de lo dispuesto en el artículo 41 de la ley 909 de 2004 (carrera administrativa)¹²⁶. En todo caso, ese Tribunal recalca que en lo referido a cargos en provisionalidad de *carrera judicial*, como no existe norma *legal* que obligue a la administración a motivar los actos administrativos que declaran la insubsistencia de provisionales, éstos no deben incluir explícitamente los motivos que llevaron a tal decisión. En ese sentido afirma que el nombramiento y la remoción de una persona en provisionalidad en un cargo de carrera judicial son discrecionales y por esa razón, el acto no requiere de procedimiento, ni de motivación. Por lo tanto, si el funcionario judicial en provisionalidad no ofrece las garantías suficientes para la prestación de un buen servicio puede ser retirado sin motivación porque esa modalidad de vinculación no tiene –según la ley– fuero de estabilidad alguno.

En síntesis el Consejo de Estado dice que como los funcionarios en provisionalidad no están escalafonados en la carrera judicial, no es dable exigir los procedimientos, requisitos y recursos que la ley consagra para los

125 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. M. P. Gerardo Arenas Monsalve. Exp. 25000-23-25-000-2005-01341-02 (0883-08), 23 de septiembre de 2010.

126 "Causales de retiro del servicio. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos... Parágrafo 2º. Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado. La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado". (Subrayas fuera del original).

funcionarios escalafonados (en propiedad). De esta forma *"cuando se remueve a esta clase de personal, sin los requisitos que la ley establece para el personal de carrera, no puede alegarse la violación del DEBIDO PROCESO ya que dichas normas no le son aplicables"*.

En esa misma providencia el Consejo de Estado reconstruye la historia jurisprudencial de la Corte Constitucional y acepta que es diametralmente opuesta a la suya. A pesar de lo anterior, curiosamente y sin argumento alguno para apartarse de esa tesis se limita a asegurar que *"[f]rente a los anteriores planteamientos, se ha reiterado la línea jurisprudencial de la Sala, señalando que, respecto a los empleados que ocupan en provisionalidad cargos de carrera, no es posible predicar fuero de estabilidad alguno similar al que les asiste a los empleados escalafonados, de tal manera que el nominador puede disponer su retiro mediante acto administrativo que no requiere ser motivado"*.

A modo de síntesis los siguientes son los principales elementos de la línea jurisprudencial del Consejo de Estado: (i) el acto de retiro de los servidores judiciales provisionales no debe ser motivado; (ii) los servidores judiciales provisionales no ostentan fuero de estabilidad alguno; (iii) los actos administrativos inmotivados que desvinculan a un provisional se presumen expedidos en aras del *buen servicio*; (iv) la carga de la prueba para desvirtuar tal presunción se encuentra radicada en el accionante; (v) la antigüedad, la idoneidad, los méritos y la eficiencia en el desempeño de las funciones no genera fuero de estabilidad alguno; (vi) el servidor provisional puede ser desvinculado antes de la selección de un nuevo servidor en propiedad a través del concurso de méritos. En esa hipótesis, el nominador podrá elegir otro provisional discrecionalmente; (vii) para determinar si un servidor judicial es de carrera en propiedad (escalafonado) es necesario analizar si superó todas las etapas de un concurso de méritos y además el interesado deberá aportar prueba de la convocatoria al concurso, así como de su inclusión en el escalafón respectivo; (viii) el retiro discrecional no es una sanción, es independiente de cualquier investigación disciplinaria; (ix) en aquellos eventos en los que el accionante logre demostrar que existe una posible desviación de poder, el juez debe analizar la proporcionalidad del acto de desvinculación, teniendo en cuenta las circunstancias que rodearon el caso; y (x) para remover a un provisional no es menester completar los procedimientos y requisitos de los servidores en propiedad, es más, en los casos de retiro de provisionales no puede alegarse violación al debido proceso.

3.2 La Corte Constitucional:

En una postura contraria a la sostenida por el Consejo de Estado, la Corte Constitucional ha considerado que los empleados en provisionalidad en general (incluyendo los de carrera judicial, así como los de carrera administrativa) son empleados de carrera y en consecuencia les asiste ciertas garantías, específicamente el derecho al debido proceso que incluye la obligatoriedad de la motivación, con el fin de ejercer sin obstáculos el derecho a la defensa y a la contradicción.

La sentencia fundante de la línea de la Corte Constitucional es la SU-250 de 1998 en la cual se conoció el caso de una notaría *en provisionalidad*, que fue desvinculada de su cargo a través de un acto administrativo sin motivación. Aunque se trata de un asunto que no está específicamente referido a la carrera judicial, las sentencias posteriores de la Corte sobre provisionalidad en la carrera judicial, citan esta providencia como la primera que examina el asunto¹²⁷. Y efectivamente es pionera en el tratamiento del problema jurídico porque en sus consideraciones no se cita ningún precedente judicial y además de eso se analiza el punto desde una perspectiva histórica y comparada bastante completa. En esa providencia la Corte Constitucional concluye que un Estado Social sometido al Derecho es impensable que existan actos puramente discrecionales sin control alguno. Por ese motivo para garantizar el principio de publicidad (art. 209 de la CP) y para poder ejercer un control efectivo sobre la administración, el acto de desvinculación de notarios *interinos* debe motivarse. Así mismo la Corte Constitucional hace un esfuerzo por deslindar los servidores de libre nombramiento y remoción, frente a los servidores en provisionalidad. En ese sentido la Corte explica que los funcionarios en provisionalidad no pueden ser asimilados a los de libre nombramiento y remoción

127 Así por ejemplo la sentencia T-1206 de 2004 retoma el precedente establecido en la SU-250 de 1998 y aclara que aunque ésta se refiere a un tema de notarios (no judicial), las consideraciones vertidas en esa providencia eran plenamente aplicables al caso de 2004 que se refería a un caso de un Fiscal en provisionalidad, que fue removido de su cargo sin motivación. En esta sentencia la Corte le ordena a la Fiscalía General de la Nación que debe motivar el acto administrativo de retiro. En el mismo sentido véase la sentencia T-132 de 2007 en la cual la Corte Constitucional ordenó a la Dirección Ejecutiva de la Rama Judicial (seccional Bucaramanga) motivar el acto administrativo que ordenó la desvinculación del tutelante como Profesional Universitario Grado 20 en la Oficina de Apoyo Judicial de San Gil.

por varias razones: (i) el listado de los funcionarios de libre nombramiento y remoción es taxativo y por lo tanto, como los provisionales no están en ese listado no se les aplica las mismas consecuencias jurídicas (no motivación); y (ii) los funcionarios de libre nombramiento y remoción son elegidos por la confianza que inspira hacia el nominador (*intuitu personae*), mientras que los funcionarios en provisionalidad ostentan un criterio técnico que no guarda relación con un elemento de confianza con el nominador.

Por último la Corte indica que la no motivación del acto de desvinculación es una violación del debido proceso, porque pone al afectado en una situación de indefensión frente a la administración, en la medida en que no existe una garantía real de ejercer adecuadamente el principio de contradicción (principio *audiatur et altera pars*). Así las cosas los motivos para desvincular a un provisional son básicamente dos: (i) se ha elegido un servidor en propiedad luego de haber realizado el concurso de méritos respectivo; o (ii) el provisional ha incumplido con sus deberes¹²⁸.

Sin embargo esta tesis sería morigerada en lo que es una sentencia insular dentro de la línea de la Corte. En la providencia T-1011 de 2003 se analizó un asunto en el que un funcionario provisional de la Fiscalía fue desvinculado a través de un acto sin motivación. El actor argumentó que ese acto violaba su derecho al debido proceso, así como el mínimo vital de sus hijas y esposa. La Corte Constitucional expresó que la tutela en este caso no era el mecanismo adecuado para obtener la protección del derecho por cuanto la esposa del tutelante deven-gaba un salario y por esa razón éste podía acudir a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Así pues, a través de un argumento de orden procesal (que no se había esgrimido con anterioridad en la línea) la Corte Constitucional restringe la aplicación de su tesis. Esta postura sería rectificadaposteriormente en la sentencia T-736 de 2009 como se verá más adelante.

Unos años más tarde toda la jurisprudencia de tutela sería condensada en una sentencia de constitucionalidad. Se trata de la sentencia

128 La tesis sentada en esta providencia fue reiterada posteriormente por la sentencia T-884 de 2002 en la cual una Fiscal provisional fue declarada insubsistente sin motivación alguna. En esa oportunidad la Corte Constitucional dijo que la postura del Consejo de Estado era respetable desde la óptica de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, pero que desde una acción constitucional (como la tutela) el análisis debía involucrar un estudio sobre la violación de derechos fundamentales.

C-279 de 2007 en la cual se analizó la constitucionalidad de los artículos 70¹²⁹ y 76¹³⁰ de la ley 938 de 2004 (estatuto orgánico de la Fiscalía General de la Nación). Los dos artículos disponen que los servidores provisionales de la Fiscalía General de la Nación no tendrán los derechos de los servidores de carrera y en consecuencia podrán ser desvinculados discrecionalmente. En la demanda se dijo que esas disposiciones contrariaban el derecho al debido proceso puesto que los provisionales terminaban a merced de la voluntad de la administración, lo cual era un escenario propicio para la arbitrariedad. Reiterando la línea jurisprudencial reseñada hasta acá, la Corte declara la constitucionalidad condicionada del artículo 76 "en el entendido de que en el caso de los funcionarios designados en provisionalidad en cargos de carrera, el acto de desvinculación deberá ser motivado por razones del servicio específicas, en los términos del apartado 4 de esta sentencia"¹³¹.

En el año 2008 se presentó el caso de un funcionario de la Fiscalía en provisionalidad que fue retirado sin motivación alguna. El Consejo de Estado conoció de la segunda instancia de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho y expresó que conforme a su jurisprudencia no era necesario motivar el acto de desvinculación por tratarse de un funcionario sin estabilidad laboral. Por lo anterior el afectado interpuso una acción de tutela contra esa sentencia pero fue negada en sus dos instancias por las secciones cuarta y quinta del Consejo de Estado, bajo el argumento según el cual en Colombia no existe acción de tutela contra providencias judiciales. En esa oportunidad la Corte Constitucional reitera su jurisprudencia en el sentido de recalcar la obligatoriedad de motivar los actos administrativos de desvinculación de provisionales. Ahora bien, en esta sentencia se esgrimen varios argumentos de orden constitucional para apoyar esa decisión: (i) negar a obligatoriedad de motivar implica una vulneración del derecho fundamental al acceso a la

129 "Nombramientos. La provisión de un cargo de carrera se efectuará mediante nombramiento en propiedad, una vez superado el período de prueba. Cuando ello no fuere posible, se procederá al nombramiento mediante la figura de encargo, atendiendo al lleno de los requisitos y al perfil del cargo respectivo. Excepcionalmente, cuando no fuere posible proveer dicho cargo en la forma anteriormente descrita, se procederá al nombramiento en provisionalidad, el cual en ningún caso generará derechos de carrera".

130 "Retiro. Es una situación de carácter administrativo, que pone fin a la inscripción en el régimen de carrera y desvincula al servidor de la entidad en los eventos previstos como causales para tal efecto. Los demás servidores serán objeto de la facultad discrecional del nominador. El retiro de la carrera tendrá lugar mediante acto motivado, contra el cual procederán los recursos de la vía gubernativa".

131 El apartado 4 de la providencia se refiere precisamente a las subreglas decantadas con anterioridad en la línea jurisprudencial referida en este mismo escrito.

administración de justicia en tanto que el afectado se encuentra en una situación de desventaja de tal magnitud que se configura un estado de indefensión; y (ii) en los estados constitucionales contemporáneos es una obligación de la administración *rendir cuentas* a través de una explicación que dé cuenta de la decisión adoptada y esto a su vez facilita el control sobre los actos así como una *correcta administración*.

Así mismo la Corte expresa qué debe entenderse por la expresión "motivación". En primer lugar dice que una motivación no puede ser un mero recuento de jurisprudencia y doctrina que no guarden relación con el asunto. Tampoco se puede concluir el acto administrativo con la simple fórmula "*por los motivos expresados*". En esa medida la Corte dice que una motivación debe expresar "*de manera clara, detallada y precisa cuáles son las razones por las cuales se prescindirá de los servicios del funcionario en cuestión*" y en ese sentido deberán incluirse (i) las razones de hecho; (ii) las razones de derecho; y (iii) el razonamiento causal entre las argumentaciones plasmadas en el acto con la parte resolutive del mismo.

Un año después en la sentencia T-736 de 2009 se analizó un caso en el que una funcionaria en provisionalidad de la Fiscalía fue desvinculada a través de un acto inmotivado. La tutelante se había desempeñado durante 13 años en la Fiscalía General de la Nación con un buen desempeño. Por lo anterior interpuso una acción de nulidad y restablecimiento del derecho que fue negada tanto en primera (por un Juzgado Administrativo), así como en segunda instancia (por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca). La tesis de esas sentencias de instancia era básicamente la misma que se analizó anteriormente en el Consejo de Estado. Así las cosas la accionante consideró que existía una vía de hecho en la sentencia del Tribunal en la medida en que desconocía abiertamente la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Sin embargo el Consejo de Estado (sección segunda en primera instancia de tutela y sección cuarta en segunda instancia de tutela) consideró que la tutela no estaba llamada a prosperar porque se trataba de una simple disparidad hermenéutica del Tribunal accionado, que estaba justificada en virtud del principio de autonomía judicial. Así mismo se dijo que en el ordenamiento jurídico nacional no existía la acción de tutela contra providencias judiciales.

La Corte Constitucional recoge la línea jurisprudencial y expresa que los cargos de libre nombramiento y remoción son la excepción, en

consecuencia se puede afirmar que los cargos en provisionalidad son de carrera (sin importar si es en propiedad o no) y en consecuencia le son aplicables las garantías procesales correspondientes. Por lo anterior la administración está obligada a motivar porque de lo contrario incurre en una desviación de poder, al darle a un cargo de carrera el tratamiento de uno de libre nombramiento y remoción. Así mismo la Corte señaló que a través de la acción de tutela se puede solicitar al juez constitucional que obligue a la administración a motivar¹³² y si ésta no lo hace a pesar de la orden del juez constitucional, se presume que la desvinculación ocurrió por el mero arbitrio de la administración y en ese caso la acción de tutela procedería para solicitar el reintegro (se corrige la postura de la T-1011 de 2003). Por último se dijo que efectivamente el Tribunal Administrativo había desconocido sin argumentos la *ratio decidendi* de la Corte Constitucional en relación con la motivación de los retiros de servidores provisionales y por esa razón se configuró una de las causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales. Como corolario de todo lo dicho, la Corte Constitucional dejó sin efecto las sentencias de tutela del Consejo de Estado y le ordenó al Tribunal Administrativo de Cundinamarca tomar una nueva decisión con base en los parámetros jurisprudenciales sentados por la Corte Constitucional.

La sentencia más reciente es la T-219 de 2010 en la cual la Corte analizó la situación de un Oficial Mayor en provisionalidad que fue desvinculado por la Juez Penal Municipal del despacho en el cual el tutelante desempeñaba sus funciones. A pesar de que el acto administrativo tenía una motivación en la cual se explicaba que el actor había desmejorado notablemente su rendimiento laboral y que además había sido irrespetuoso con la secretaria del despacho y con los usuarios, la Juez Penal Municipal argumentó que como el accionante fue nombrado en provisionalidad, su régimen se asimilaba al de los servidores de libre nombramiento y remoción. En ese sentido la Corte de forma muy sintética —es una sentencia muy corta que reitera lo dicho en la línea— expresa que (i) la motivación de los actos administrativos es una exigencia de los estados constitucionales modernos cuyo fin es evitar la arbitrariedad, así como las decisiones ocultas por parte de la administración y que además está basada en el principio de publicidad de las actuaciones administrativas (art. 209 de la Constitución), así como en el derecho al debido proceso (art. 29 de

¹³² En este punto se reitera la tesis de la sentencia T-222 de 2005 y T-1206 de 2004 en las cuales se expresa que la acción de tutela es el mecanismo idóneo para ordenar a la administración que motive el acto de desvinculación de un provisional de la rama judicial.

la Constitución) en la medida en que una actuación secreta anularía el derecho de contradicción; (ii) no motivar el acto administrativo de desvinculación del servidor provisional implica automáticamente una desviación de poder; y (iii) la acción de tutela es procedente como mecanismo definitivo para obtener una motivación por parte de la administración, sin embargo para solicitar el reintegro la tutela no es el mecanismo adecuado (existe la acción de nulidad y restablecimiento del derecho), salvo que ésta se utilice como un mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

De acuerdo con lo anterior la Corte Constitucional determinó que en el caso analizado sí existió una motivación del acto de desvinculación y que en consecuencia, la tutela no era la acción apropiada para obtener el reintegro que el accionante solicitaba.

En síntesis la Corte Constitucional ha expresado que: (i) los funcionarios judiciales provisionales son funcionarios de carrera y en ese sentido tienen una estabilidad laboral relativa; (ii) esa estabilidad laboral relativa implica que el acto administrativo de retiro debe motivarse; (iii) la motivación debe estar basada en criterios objetivos y razonables como el buen servicio; (iv) un acto administrativo inmotivado contraría los principios constitucionales de acceso a la justicia y de publicidad de la administración, así como el derecho fundamental al debido proceso e implica a su vez una desviación de poder; (v) la acción de tutela procede para exigirle a la administración que motive el acto; y (vi) en ciertas circunstancias la acción de tutela procede para obtener el reintegro¹³³: cuando se utiliza como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable; cuando se el afectado es un sujeto de especial protección;¹³⁴ o cuando a pesar de una orden de un juez constitucional dirigida a la administración para que motive el acto, ésta se abstiene de hacerlo.

¹³³ Únicamente en la sentencia T-132 de 2007 la Corte Constitucional expresó que la acción de tutela autónomamente considerada era el mecanismo apropiado para solicitar el reintegro en aquellos casos de actos inmotivados que ordenan el retiro debido a que *"la protección judicial al debido proceso comprende en estas situaciones no sólo la orden a la administración para que realice una adecuada motivación del acto administrativo mediante el cual se desvincula a un funcionario que viene ocupando en provisionalidad un cargo de carrera, sino que comprende el derecho a permanecer en el cargo hasta tanto el trabajador haya podido controvertir, en vía gubernativa, las razones esgrimidas por la administración para desvincularlo. En efecto, hasta tanto no se cuente con un acto administrativo, debidamente motivado y en firme, el funcionario tiene derecho a permanecer en el cargo"*. Sin embargo, esta tesis fue abandonada en las sentencias T-736 de 2009 y T-210 de 2010.

¹³⁴ Cfr. Sentencias T-884 de 2002 y T-1011 de 2003.

4 ● CONCLUSIONES

Nuevamente se presenta un conflicto entre dos corporaciones de cierre sobre un mismo asunto. Como punto de partida para estas conclusiones debe decirse que lo más saludable es que se asuma una única posición tanto en el Consejo de Estado como en la Corte Constitucional con respecto al problema jurídico reseñado. Se trata de ofrecer cierta garantía de estabilidad al sistema, así como de garantizar a los usuarios el principio de igualdad, así como el de confianza legítima. En últimas se trata de garantizar una de las reglas básicas de la lógica (el principio de no contradicción) cuya infracción tiene consecuencias funestas para quienes acuden al sistema judicial.

La pregunta que surge es determinar cuál de las dos posturas debe asumirse o si se opta por una tercera tesis. Lo primero que hay que decir es que la creación de nuevas categorías de empleos (de carrera en propiedad –escalafonados– o en provisionalidad –no escalafonados–) como ocurre en el Consejo de Estado es una fuente de incertidumbre importante de la cual da fe la línea jurisprudencial analizada en la que los requisitos para probar si un servidor de carrera ha sido nombrado en propiedad se modifican sin más, porque como se vio en ocasiones se dice que basta haber aprobado las etapas del concurso, pero en otras se afirma que es necesario aportar la convocatoria al concurso respectivo. En otras palabras la creación de nuevos tipos de empleos debe ir acompañada por una argumentación suficiente desde el punto de vista constitucional y por unos requisitos probatorios estables.

Por otro lado la incertidumbre en la jurisprudencia del Consejo de Estado se incrementa por una razón básica y es que no tiene en cuenta la Constitución y un ordenamiento que no se preocupe por garantizar los derechos fundamentales (es decir la efectividad de su Carta) no puede ser catalogado como un ordenamiento seguro. En ese sentido es interesante ver que las razones ofrecidas por el Consejo de Estado para considerar como *caprichosa* la postura de la Corte Constitucional se fundamentan esencialmente en *decretos* y la cita de la Constitución o de los derechos fundamentales es nula.

La situación descrita ocasiona a su vez una congestión en los despachos judiciales porque bajo esta tesis un proceso tiene que recorrer el siguiente circuito: el afectado interpone una acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el Tribunal de instancia siguiendo la jurisprudencia del Consejo de Estado niega las pretensiones y esa providencia es confirmada por la sección segunda del Consejo de Estado en segunda instancia. El accionante recurre entonces a una acción de tutela que en primera instancia es negada por la sección cuarta de esa misma Corporación bajo el argumento de que las acciones de tutela contra providencias judiciales no están previstas en el ordenamiento nacional. Ese mismo argumento es utilizado por la sección quinta del Consejo de Estado que niega la impugnación de la tutela. En revisión la Corte Constitucional concede la tutela al encontrar que se configuran las causales previstas en la jurisprudencia¹³⁵ para la procedencia de la acción de tutela contra providencias, en la medida en que se ha desconocido la *ratio decidendi* de las sentencias de tutela de la Corte Constitucional en la que se han fijado los alcances del derecho fundamental al debido proceso.

Como se observa la postura del Consejo de Estado es ineficiente, porque desgasta innecesariamente al aparato jurisdiccional por una razón: si un provisional sabe que en la jurisdicción constitucional su pretensión puede tener éxito y además de eso conoce que para que el reintegro se produzca a través de una acción de tutela es necesario agotar todos los demás recursos y acciones, muy probablemente va a recorrer el extenso circuito descrito con anterioridad. Además de lo anterior el desgaste del sistema se da por otra vía y es que la jurisprudencia del Consejo de Estado tiene un efecto colateral: como lo deja entrever la sentencia T-736 de 2009 las órdenes de los jueces de tutela que obligan a la administración a motivar los actos de desvinculación en algunos casos se han desconocido¹³⁶ gracias a que el funcionario de turno acoge la jurisprudencia administrativista. En ese sentido esa jurisprudencia erosiona la efectividad de las órdenes de tutela porque es un llamado a desconocerlas.

135 Cfr. Sentencia C-590 de 2005.

136 Eso lo corrobora el siguiente hecho: la subregla que crea esa sentencia dice que si la administración no cumple la orden del juez constitucional consistente en motivar el acto, el afectado puede acudir directamente a la acción de tutela para obtener su reintegro. La creación de esa subregla implica que existen algunos casos en los que la administración inclusive se abstiene de cumplir las órdenes de tutela.

Finalmente, se puede afirmar que la postura de la Corte Constitucional tiene puntos oscuros porque su visión contribuye a consolidar dinámicas políticas que muy frecuentemente se expresan en los funcionarios en provisionalidad, en detrimento de la carrera administrativa y del mérito como criterio clave para asignar cargos en el Estado. Es más, la postura de la Corte Constitucional es contradictoria con su jurisprudencia por dos razones (i) por una parte desconoce sus providencias que declararon el estado de cosas inconstitucional por cuenta de la tardanza por parte de la Fiscalía General de la Nación en llamar a concurso de méritos para proveer cargos en propiedad. En efecto, una protección desmedida a los provisionales implica un desincentivo, para asignar cargos en propiedad¹³⁷; y (ii) por otro lado no tiene en cuenta la sentencia C-588 de 2009 en la cual luego de hacer una amplia exposición del artículo 125 de la Constitución y el mérito como factor esencial para acceder a un cargo público en propiedad, decide declarar inexecutable la reforma constitucional al artículo 125 a través de la cual se buscaba incorporar a la carrera administrativa en propiedad, a todos los provisionales sin necesidad de concurso. En esa oportunidad la Corte expresó que esa reforma significaba una sustitución de la Constitución, teniendo en cuenta que se suspendía uno de los ejes definitorios de la Carta: el mérito como criterio para acceder a la carrera administrativa. Como se observa, las sentencias posteriores al 2009 no tienen en cuenta ese precedente.

137 Sentencia T-131 de 2005.

¿CUÁL DEBE SER LA JURISDICCIÓN COMPETENTE PARA CONOCER LOS CASOS DE RESPONSABILIDAD MÉDICO-HOSPITALARIA OFICIAL?

Ensayo elaborado a partir del tema seleccionado por Edith Alarcón Bernal para el IV Curso de formación judicial de la Escuela Rodrigo Lara Bonilla.

Promoción 2009.

1. ● INTRODUCCIÓN

1.1 Presentación

El sistema judicial en cualquier Estado constitucional se encuentra estructurado de acuerdo con diversos factores (territoriales, objetivos y subjetivos entre otros) cuyo fin es lograr de forma adecuada el acceso de los ciudadanos a la jurisdicción (art. 229 de la CP). En otras palabras, el diseño de la parte orgánica de las constituciones modernas, específicamente la arquitectura de la función judicial, tiene como principal propósito asegurar que los ciudadanos puedan recurrir a un juez que le resuelva los conflictos de forma rápida, transparente y justa, todo esto con la garantía obvia del derecho al debido proceso.

De acuerdo con lo dicho y con la Constitución, lo razonable es que un conflicto de orden penal sea resuelto por un juez penal y un proceso civil sea ventilado ante un juzgado de esa especialidad, en la medida en que se trata de abogados que conocen con más profundidad esas áreas del Derecho y seguramente contarán con mayores elementos de orden técnico-jurídico que permitan poner fin al conflicto de forma adecuada. Por todo lo dicho, uno de los criterios constitucionales para organizar la función judicial es

la especialidad temática y concretamente la Constitución de 1991 lo establece así al dividir la jurisdicción de acuerdo con especialidades¹³⁸.

Ocurre sin embargo que en la realidad es a veces muy difícil que una controversia jurídica responda en su totalidad a una de las áreas del derecho sino que, por el contrario, en una misma situación de hecho entran en escena diversas consideraciones civiles, penales, administrativas, constitucionales y laborales por mencionar solo algunos temas. En ese evento la determinación de cuál debe ser la especialidad jurídica que prima sobre las demás y que daría la pauta para identificar la jurisdicción competente se torna más difícil que cuando el conflicto reviste una única especialidad.

Es por esto que existen tribunales encargados de decidir sobre los conflictos de competencia entre las jurisdicciones que en el caso de la Constitución de 1991 es la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura¹³⁹. No obstante los criterios de resolución de conflictos entre las diversas jurisdicciones no son totalmente definitivos y únicos sino que dependen de la interpretación que de ellos hagan los jueces: tanto el Tribunal que dirime los conflictos, como los jueces de las jurisdicciones enfrentadas.

Bajo ese contexto surge la línea jurisprudencial que se analizará en el presente capítulo y se relaciona con la jurisdicción competente para conocer de los casos de responsabilidad estatal médico hospitalaria, en aquellos eventos en los que intervenga una entidad integrante del sistema general de seguridad social en salud. Desde el año 2001 se ha presentado un conflicto de competencias entre la jurisdicción ordinaria-laboral y la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en la medida en que existe una antinomia porque (i) según la Corte Suprema de Justicia (sala de Casación Laboral) el artículo 1

138 Cfr. Constitución Política, Título VIII, Capítulos 2 (Jurisdicción Ordinaria), 3 (Jurisdicción Contencioso Administrativa), 4 (Jurisdicción Constitucional) y 5 (Jurisdicciones Especiales). Esa misma estructura se replica en el artículo 11 de la Ley 270 de 1996 (Estatutaria de la Administración de Justicia en adelante LEAJ), reformado por el artículo 4 de la ley 1285 de 2009.

139 Artículo 256, numeral 6 de la Constitución: "*Corresponden al Consejo Superior de la Judicatura o a los Consejos Seccionales, según el caso y de acuerdo a la ley, las siguientes atribuciones: ... 6. Dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones*". En el mismo sentido el artículo 112, numeral 2 de la LEAJ dispone lo siguiente: "*Corresponde a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura: ... 2. Dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones*"

de la ley 712¹⁴⁰ de 2001 le otorga la facultad de conocer de ese tipo de procesos a la jurisdicción ordinaria-laboral; y (ii) según el Consejo de Estado, el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo le confiere tal atribución a la jurisdicción de lo contencioso administrativo¹⁴¹. Para tratar de dirimir el conflicto, el Consejo Superior de la Judicatura ha intervenido y le ha dado la razón al Consejo de Estado.

1.1 Problema jurídico

De acuerdo con lo anterior el problema jurídico que la jurisprudencia nacional se ha planteado a lo largo de estos años es el siguiente: ¿Cuál es la jurisdicción competente para efectos de declarar responsable al Estado por una falla en el servicio médico hospitalario? Para responder ese cuestionamiento se recurrirá a los máximos Tribunales de las jurisdicciones que se consideran competentes (Consejo de Estado y Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral), así como a la jurisprudencia del Consejo Superior de la Judicatura, que como se mencionó, es la Corporación encargada de dirimir este tipo de conflictos de competencia.

140 Es preciso decir que el artículo 2 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social que define la competencia de la jurisdicción ordinaria-laboral tuvo dos reformas: la primera en 1997 a través del artículo 1 de la ley 362 y posteriormente por el artículo 2 de la ley 712 de 2001 que dispone lo siguiente: *"La Jurisdicción Ordinaria, en sus especialidades laboral y de seguridad social conoce de:... 4. Las controversias referentes al sistema de seguridad social integral que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, cualquiera que sea la naturaleza de la relación jurídica y de los actos jurídicos que se controviertan"*.

141 Artículo 82 del CCA reformado por la ley 1107 de 2006: *"Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley..."*.

2. GRÁFICA DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL

¿Cuál es la jurisdicción competente para efectos de declarar responsable al Estado por una falla en el servicio médico hospitalario?

TESIS A

La jurisdicción ordinaria laboral porque en virtud de la ley ésta es la encargada de conocer las controversias del sistema de seguridad social *integral*.

	CCA, A 82
	CE 1996 ⁰¹
	CSJust 1997 ⁰²
	C 111/2000
	CSJ 2000 ⁰³
L 712/2001	
	CSJ 2002 ⁰⁴
	CE 2002 ⁰⁵
	CSJ 2003 ⁰⁶
	CSJ 03/2004 ⁰⁷
	CSJ 08/2004 ⁰⁸
CSJ 03/2007 ⁰⁹	CE 03/2007 ¹⁰
CSJ 04/2007 ¹¹	CE 09/2007 ¹²
	CE 10/2007 ¹³
	CE 12/2007 ¹⁴
CSJ 01/2008 ¹⁵	CE 02/2008 ¹⁶
CSJ 07/2008 ¹⁷	CE 07/2008 ¹⁸
	CSJ 2008 ¹⁹
	CE 05-2009 ²⁰
	CE 08-2009 ²¹

TESIS B

La jurisdicción de lo contencioso administrativo porque de acuerdo con el Código Contencioso administrativo ésta es la encargada de conocer las controversias relacionadas con hechos de la administración que ocasionan daños.

01. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. M. P. Daniel Suárez H. Exp. 11312, 20 de febrero de 1996.
02. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. M. P. Jorge Iván Palacio. Rad. 9509, acta 22, 10 de junio de 1997.
03. Consejo Superior de la Judicatura. Sala Disciplinaria. M.P. Edgardo Maya Villazón. Radicación No. 20000713 del 4 de mayo de 2000.
04. Consejo Superior de la Judicatura. Sala Disciplinaria. M.P. Temístocles Ortega Narváez. Radicación No. 110010102000 20020533 01 del 30 de mayo de 2002.
05. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. M. P. Jesús María Carrillo Ballesteros. Exp. 47001-23-31-000-1998-6133-01(21258), 7 de marzo de 2002.
06. Consejo Superior de la Judicatura. Sala Disciplinaria. M.P. Guillermo Bueno Miranda. Radicación No. 20031769 01 / 187 C del 14 de julio de 2003.
07. Consejo Superior de la Judicatura. Sala Disciplinaria. M.P. Temístocles Ortega Narváez. Radicación No. 110010102000 200303944 01 del 17 de marzo de 2004.
08. Consejo Superior de la Judicatura. Sala Disciplinaria. M.P. Temístocles Ortega Narváez. Radicación No. 110010102000 2004 01819 00 del 27 de agosto de 2004.
09. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. M. P. Isaura Vargas Díaz. Rad. 28983, acta 24, 27 de marzo de 2007.
10. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. M. P. Ruth Stella Correa Palacio. Exp. 66001-23-31-000-2003-00167-01(25619), 26 de marzo de 2007.
11. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. M. P. Luis Javier Osorio López. Rad. 30285, acta 32, 26 de abril de 2007.
12. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. M. P. Enrique Gil Botero. Exp. 66001-23-31-000-1999-03078-01(15382), 19 de septiembre de 2007.
13. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. M. P. Enrique Gil Botero. Exp. 54001-23-31-000-1997-12700-01(30871), 19 de octubre de 2007.
14. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. M. P. Enrique Gil Botero. Exp. 73001-23-31-000-1998-01327-01(17918), 4 de diciembre de 2007.
15. Cfr. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. M. P. Eduardo López Villegas. Rad. 30621, acta 03, 22 de enero de 2008.
16. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. M. P. Ramiro Saavedra. Rad. 660012331000199502755 01 Exp. 15563, 20 de febrero de 2008.
17. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. M. P. Eduardo López Villegas. Rad. 31566, acta 36, 2 de julio de 2008.
18. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. M. P. Enrique Gil Botero. Exp. 52001-23-31-000-1996-08167-01(16483), 30 de julio de 2008
19. Consejo Superior de la Judicatura. Sala Disciplinaria. M.P. Henry Villarraga Oliveros. Radicación No. 110010102000200801918 00 del 18 de diciembre de 2008.
20. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. M. P. Enrique Gil Botero. Exp. 50001-23-31-000-1992-03768-01(16701), 20 de mayo de 2009.
21. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. M. P. Enrique Gil Botero. Exp. 76001-23-31-000-1997-03225-01(18364), 19 de agosto de 2009.

3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

3.1 Un inicio pacífico: 1996-2001

El recorrido jurisprudencial fue bastante pacífico en sus inicios, en el sentido de aceptar hasta el año 2001 que la jurisdicción competente era la de lo contencioso administrativo. Durante ese periodo tanto la Corte Suprema de Justicia, como el mismo Consejo de Estado coincidieron en afirmar que la jurisdicción de lo contencioso administrativo era la encargada de resolver los casos de responsabilidad estatal por falla médico hospitalaria en los eventos en los que una entidad integrante del sistema general de seguridad social en salud cometiese un daño. Y esa coincidencia entre esas dos corporaciones se corrobora además por lo siguiente: los pronunciamientos del Consejo Superior de la Judicatura sobre el conflicto de competencias en este tipo de casos fue mínimo durante ese periodo y en esas oportunidades fue enfático en afirmar que la jurisdicción de lo contencioso administrativo estaba facultada para resolver los casos de responsabilidad por falla en el servicio médico hospitalario.

Bajo ese contexto, el Consejo de Estado en 1996¹⁴² conoció una apelación de un auto del Tribunal Administrativo de Santander en el cual se declaró la nulidad de lo actuado en un proceso de responsabilidad por falla en el servicio médico hospitalario en la que presuntamente habría incurrido el Instituto de Seguros Sociales (ISS) por la muerte de uno de sus afiliados en un Hospital. El principal argumento del Tribunal consistía en advertir que de acuerdo con el artículo 1 del decreto 2148 de 1992¹⁴³ el ISS había dejado de ser un establecimiento público del orden nacional y se había transformado en una empresa industrial y comercial del Estado. Por ese motivo como los actos de esa entidad son propios del derecho ordinario, la jurisdicción ordinaria era la competente para resolver ese conflicto.

142 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. M. P. Daniel Suárez H.. Exp. 11312, 20 de febrero de 1996. Esta sentencia sería reiterada posteriormente en año 2002. Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. M. P. Jesús María Carrillo Ballesteros. Exp. 47001-23-31-000-1998-6133-01(21258), 7 de marzo de 2002.

143 Decreto 2148 de 1992, artículo 1: *"El Instituto de Seguros Sociales funcionará en adelante como una empresa industrial y comercial del Estado, del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente, vinculada al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social"*.

El Consejo de Estado revocó la decisión del Tribunal porque consideró que a pesar de que el ISS era desde el año 1992 una empresa industrial y comercial del Estado, eso no significaba que ésta ya no realizara funciones eminentemente administrativas. En efecto, según el Consejo de Estado la prestación del servicio público de salud era una verdadera actividad administrativa, teniendo en cuenta que una de sus finalidades es el cumplimiento de los fines del Estado dispuestos en el artículo 2 de la Constitución. Esto se confirma además gracias al artículo 49 de la Carta puesto que la salud es uno de los fines del Estado *“habida cuenta de que está consagrado en la Constitución Nacional, como un deber a cargo del mismo”*. En conclusión, la prestación del servicio de salud es una actividad administrativa porque es uno de los fines esenciales del Estado y en esa medida por su naturaleza, las controversias que se derivan de la prestación del servicio de salud deben ser ventiladas ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Al año siguiente la Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Laboral)¹⁴⁴ abordó un problema relativamente similar. Se trataba del caso de una persona que había sufrido unos daños por una presunta falla en el servicio médico hospitalario del ISS. La víctima demandó ante la jurisdicción ordinaria-laboral porque consideró que se trataba de un asunto cubierto por el artículo 2 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social¹⁴⁵. No obstante tanto el juez en primera instancia, como el Tribunal en segunda se inhibieron porque se trataba de una controversia que debía ser conocida por la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La Corte Suprema reitera la tesis de las instancias bajo el siguiente argumento: si bien el artículo 2 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social establece que la jurisdicción ordinaria-laboral es competente para decidir conflictos derivados directa o indirectamente del contrato de trabajo, no es menos cierto que *“una falla en el servicio de salud que presta, no puede entenderse como originado ni directa ni indirectamente en un contrato de trabajo”*, porque si bien la jurisdicción ordinaria puede conocer de demandas en contra del ISS, éstas se relacionan en esencia con prestaciones que anteriormente estaban a cargo de empleadores y que el ISS subrogó en su momento (por ejemplo pensiones de vejez o de invalidez).

144 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. M. P. Jorge Iván Palacio. Rad. 9509, acta 22, 10 de junio de 1997.

145 El artículo 2 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social en su versión original (antes de las reformas de 1997 y 2001) decía: *“Asuntos de que conoce esta jurisdicción. La jurisdicción del trabajo está instituida para decidir los conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente del contrato de trabajo...”*

En 1997 el artículo 2 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social fue reformado por el artículo 1 de la ley 362 de 1997 y se expresó que la jurisdicción ordinaria-laboral conocería también de las "*diferencias que surjan entre las entidades públicas y privadas, del régimen de Seguridad Social Integral y sus afiliados*". Ese artículo se demandó ante la Corte Constitucional debido a que el actor consideró que se vulneraba el artículo 29 de la Constitución (juez natural) y el principio de igualdad, al atribuir a la jurisdicción ordinaria el conocimiento de controversias típicamente administrativas que de acuerdo con la Carta, debían ser conocidas por la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En lo referente a la responsabilidad por falla en el servicio médico hospitalario la Corte Constitucional en la sentencia C-111 de 2000 reitera la tesis de la Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Laboral) y cita apartes de su postura. En ese sentido advierte que la expresión *Seguridad Social Integral* tiene un ámbito que no puede extenderse más allá de lo razonable y en consecuencia, ciertos aspectos propios de otras jurisdicciones como lo relacionado con los procesos que tienen que ver con declaratoria de responsabilidad estatal seguían radicados en cabeza de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Esta etapa se cierra en ese mismo año (2000) con una sentencia de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura¹⁴⁶ en la cual se resolvió un conflicto negativo de competencias originado entre un Juzgado Civil del Circuito de Montería y el Tribunal Administrativo de Córdoba, por cuenta de un caso de presunta falla en el servicio médico hospitalario por parte del ISS. En su providencia el Consejo Superior concluye que la jurisdicción de lo contencioso administrativo es competente para conocer del asunto y en sus consideraciones reitera y cita la tesis de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional¹⁴⁷.

3.2 La lucha por la competencia: 2001-2009

La situación general durante este periodo es la siguiente: tanto el Consejo de Estado, como la Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación

146 Consejo Superior de la Judicatura. Sala Disciplinaria. M.P. Edgardo Maya Villazón. Radicación No. 20000713 del 4 de mayo de 2000. En el mismo sentido véase a Consejo Superior de la Judicatura. Sala Disciplinaria. M.P. Temístocles Ortega Narváez. Radicación No. 110010102000 20020533 01 del 30 de mayo de 2002.

147 Vale la pena hacer notar que para ese entonces todas las Altas Cortes colombianas estaban de acuerdo con respecto al punto analizado.

Laboral) se consideran competentes para conocer los casos de responsabilidad por falla en el servicio médico hospitalario. Esa tensión (que a la fecha no se ha superado) sin embargo, no se refleja en las providencias del Consejo Superior de la Judicatura que le ha dado la razón al máximo Tribunal de lo contencioso administrativo.

El detonante de esta discrepancia fue una norma de derecho positivo. Se trata de la ley 712 de 2001 que reformó el artículo 2 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social. Como uno de los asuntos que deben ventilarse ante la jurisdicción ordinaria-laboral se encontraban "*[l]as controversias referentes al sistema de seguridad social integral que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, cualquiera que sea la naturaleza de la relación jurídica y de los actos jurídicos que se controviertan*".

Como se observa el punto clave era determinar cuál debía la interpretación de las expresiones *seguridad social integral* y cuáles casos comprendía esa frase. Como se verá a continuación, el Consejo de Estado ha mantenido una tesis consistente en afirmar que esa disposición no cobija los casos de responsabilidad por falla del servicio médico hospitalario y en consecuencia su resolución sería competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Por su parte la Corte Suprema de Justicia también ha sido uniforme en sostener la tesis contraria y concluir que la jurisdicción ordinaria es la encargada de dirimir los conflictos por falla en el servicio médico hospitalario.

3.2.1 La Corte Suprema de Justicia

A través de una interpretación amplia de la expresión *seguridad social integral*, la Corte Suprema de Justicia advierte que la ley 712 de 2001 le confirió la facultad de conocer de todos las controversias que guarden relación con el sistema de seguridad social en salud. En otras palabras, la ley unificó la competencia en cabeza de la jurisdicción ordinaria-laboral.

Así pues, en una sentencia de marzo de 2007¹⁴⁸ la Corte Suprema de Justicia decidió sobre un recurso de Casación interpuesto en un caso

148 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. M. P. Isaura Vargas Díaz. Rad. 28983, acta 24, 27 de marzo de 2007.

relacionado con la muerte de una persona que sufrió unas lesiones en un accidente de tránsito. Según el actor se presentó una negligencia por parte del ISS en la atención médica debido a que ésta se prestó un mes después del accidente. A pesar de que la Corte Suprema de Justicia confirmó el fallo de segunda instancia que absolvió a la entidad demandada, esa Corporación afirmó que las controversias originadas en el sistema de seguridad social integral deben ser discutidas ante la jurisdicción ordinaria laboral por las siguientes razones:

- (i) La idea del legislador fue unificar la competencia sobre las controversias sobre seguridad social. Así se deduce del artículo 1 de la ley 100 de 1993 que establece que *"el sistema comprende las obligaciones del Estado y la sociedad, las instituciones y los recursos destinados a garantizar la cobertura de las prestaciones económicas, de salud y servicios complementarios"*.
- (ii) Así mismo los artículos 156, literal c¹⁴⁹ y 162¹⁵⁰ de la ley 100 de 1993 establecen que la seguridad social en salud cubrirá varias etapas: desde la prevención, hasta el diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la salud.
- (iii) De lo anterior se deduce que la seguridad social se relaciona con la satisfacción de obligaciones prestacionales a cargo de ciertas entidades. Pero además de eso, el preámbulo de la ley 100 afirma que el sistema está compuesto también por una serie de procedimientos¹⁵¹. En efecto, de acuerdo con los numerales 3 y 9 del artículo 153¹⁵² de la ley 100 el servi-

149 Artículo 156, literal c de la ley 100 de 1993: *"Características básicas del Sistema General de Seguridad Social en Salud. El Sistema General de Seguridad Social en Salud tendrá las siguientes características: c) Todos los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud recibirán un plan integral de protección de la salud, con atención preventiva, médico-quirúrgica y medicamentos esenciales, que será denominado el Plan Obligatorio de Salud"*.

150 Artículo 162 de la ley 100 de 1993: *"Plan de Salud Obligatorio. El Sistema General de Seguridad Social de Salud crea las condiciones de acceso a un Plan Obligatorio de Salud para todos los habitantes del territorio nacional antes del año 2001. Este Plan permitirá la protección integral de las familias a la maternidad y enfermedad general, en las fases de promoción y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías, según la intensidad de uso y los niveles de atención y complejidad que se definan"*.

151 Preámbulo de la ley 100 de 1993: *"La Seguridad Social Integral es el conjunto de instituciones, normas y procedimientos, de que disponen la persona y la comunidad para gozar de una calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica, de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad"*.

152 Artículo 153, numerales 3 y 9 de la ley 100 de 1993: *"Fundamentos del Servicio Público. Además de los principios generales consagrados en la Constitución Política, son reglas del servicio público de salud, rectoras del Sistema General de Seguridad Social en Salud las siguientes:... 3. Protección integral. El Sistema General de Seguridad Social en Salud brindará atención en salud integral a la población en sus fases de educación, información y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación en cantidad, oportunidad, calidad y*

cio de salud debe prestarse con calidad, oportunamente y con eficiencia, para lograr una atención con ciertas características (oportuna, personalizada, humanizada, integral, continua).

- (iv) Como corolario de lo dicho, los daños cometidos por cuenta de una falla estatal en el servicio médico hospitalario son infracciones al sistema de seguridad social, en la medida en que éste no se reduce a prestaciones de orden asistencial económico, sino que comprende también el conjunto de obligaciones y procedimientos que deben tener en cuenta las entidades prestadoras en salud.
- (v) De lo anterior se sigue que el legislador trató de unificar en la jurisdicción ordinaria el estudio de las controversias surgidas al amparo del sistema de seguridad social a través de un criterio objetivo (sistema de seguridad social). Pero también a través de un criterio subjetivo: controversias que se presenten "entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras". Como se observa, la naturaleza de la entidad (pública o privada) o la calidad de la víctima frente al sistema (afiliado o beneficiario sin para mientes en la existencia de un contrato de trabajo) no son criterios relevantes para identificar la jurisdicción competente¹⁵³.
- (vi) Así las cosas las fallas en el servicio médico hospitalario deben ser conocidas por la jurisdicción ordinaria-laboral porque en este tipo de casos se cumple tanto el criterio objetivo, como el elemento subjetivo de competencia¹⁵⁴.

Posteriormente en enero de 2008¹⁵⁵ la Corte Suprema volvió a analizar el problema jurídico planteado. En esa oportunidad examinó el caso de una persona afiliada al ISS que presentaba una inflamación severa en la boca, por lo que el cuerpo médico decidió que era necesario realizar una intervención quirúrgica. Sin embargo, ésta no fue suficiente porque la accionante presentó una deformación permanente en su rostro. Por todo lo dicho

eficiencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 162 respecto del Plan Obligatorio de Salud... 9. Calidad. El sistema establecerá mecanismos de control a los servicios para garantizar a los usuarios la calidad en la atención oportuna, personalizada, humanizada, integral, continua y de acuerdo con estándares aceptados en procedimientos y prácticas profesionales. De acuerdo con la reglamentación que expida el Gobierno, las instituciones prestadoras deberán estar acreditadas ante las entidades de vigilancia".

153 Este último criterio fue introducido en: Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. M. P. Eduardo López Villegas. Rad. 31566, acta 36, 2 de julio de 2008.

154 Estos mismos planteamientos fueron reiterados en Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. M. P. Luis Javier Osorio López. Rad. 30285, acta 32, 26 de abril de 2007.

155 Cfr. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. M. P. Eduardo López Villegas. Rad. 30621, acta 03, 22 de enero de 2008.

se presentó una demanda contra el ISS y además de reiterar los postulados anteriores, la Corte Suprema afirmó que una de las características del sistema de seguridad social es su unidad, que se refleja además en la unidad de competencia. En ese orden de ideas, no tiene sentido dejar por fuera de la jurisdicción ordinaria-laboral a los médicos que formulan, realizan, ejecutan y supervisan los tratamientos médicos porque eso implicaría *desmembrar* o *decapitar* el sistema al dejar relegadas a la jurisdicción ordinaria-laboral las relaciones meramente instrumentales. En todo caso la jurisdicción ordinaria-civil tendría competencia para conocer de los casos en los cuales exista responsabilidad médica **particular** y la jurisdicción de lo contencioso administrativo sería la encargada de resolver este tipo de controversias cuando la prestación la ejecute una entidad pública y la víctima no haga parte del sistema de seguridad social en salud (no afiliados o vinculados al sistema).

Ese mismo año en el mes de julio¹⁵⁶ se reiteraron en gran parte los argumentos de la sentencia de enero de 2008, pero además se dijo que el régimen de responsabilidad del Estado en sede administrativa era totalmente distinto al régimen de seguridad social porque *"la relación reglamentaria de seguridad social genera una categoría de responsabilidad distinta y excluyente de la extracontractual de la cual se nutre la responsabilidad especial para la que la jurisdicción contencioso administrativa ha creado la teoría de la falla del servicio"*. En otras palabras, en la acción de reparación directa no hay un vínculo reglamentario previo como sí ocurre con la responsabilidad de la seguridad social. Por lo tanto, se trata de dos responsabilidades distintas a pesar de que la especial (seguridad social) toma algunos elementos de la general (contencioso administrativa).

156 Cfr. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. M. P. Eduardo López Villegas. Rad. 31566, acta 36, 2 de julio de 2008. En esa oportunidad se analizó el caso de una mujer que había tenido varios embarazos con muy alto riesgo para su vida, así como la del *nasciturus*. Por esa razón decidió practicarse un procedimiento denominado *pomeroy*, para lograr su esterilización definitiva. Sin embargo, la mujer quedó nuevamente embarazada porque en su sentir el médico no le informó realmente las probabilidades de efectividad del procedimiento. Por esa razón solicitó el resarcimiento de los perjuicios morales derivados de la angustia del nuevo parto en el que la accionante y el bebé casi pierden la vida, así como todos los gastos que los padres habrían de incurrir en la manutención y educación de este nuevo hijo no deseado, hasta los 25 años. A pesar de que la Corte consideró que la competencia era suya, no casó la sentencia que negó las pretensiones en la instancia porque desde el punto de vista del recurso de Casación los recurrentes dirigieron su ataque a un fundamento de derecho pero se dedicaron a elaborar argumentos de orden fáctico.

En síntesis la postura de la Corte Suprema de Justicia ha sido asumir la competencia de los casos de falla en el servicio médico hospitalario siempre que ésta se desarrolle en el marco del sistema de seguridad social y que además intervengan sujetos que hagan parte del sistema, debido a que la ley 712 de 2001 unificó la competencia en la jurisdicción ordinaria-laboral por tratarse de un régimen de responsabilidad especial.

3.2.2 El Consejo de Estado

Por otra parte el Consejo de Estado ha expresado una posición diferente en el sentido de afirmar que la jurisdicción de lo contencioso administrativo es la autorizada para conocer de los litigios sobre responsabilidad oficial del servicio médico hospitalario.

En el año 2007¹⁵⁷ se analizó una demanda en la cual una persona afiliada al ISS expresó que éste había incurrido en falla en el servicio médico hospitalario, en la medida en que ante la inflamación de una de sus piernas esa entidad se limitó a suministrarle acetaminofén y no un medicamento adecuado, lo cual le produjo una serie de daños. La demanda se interpuso ante el Tribunal Administrativo de Risaralda quien remitió el expediente a la Oficina Judicial de Pereira porque se trataba de un asunto de la jurisdicción ordinaria-laboral. El Consejo de Estado en segunda instancia revocó la decisión del Tribunal y señaló que la competencia sí estaba radicada en la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Para llegar a tal conclusión esa Corporación recurrió al artículo 82 del Código Contencioso Administrativo –que define la competencia de esa jurisdicción y que fue reformado por la ley 1107 de 2006¹⁵⁸– y concluyó que el criterio para determinar la competencia según ese Código es orgánico o subjetivo y por esa razón, lo principal es determinar si en la controversia está involucrada directamente una entidad pública o una

157 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. M. P. Ruth Stella Correa Palacio. Exp. 66001-23-31-000-2003-00167-01(25619), 26 de marzo de 2007.

158 Artículo 82 del CCA reformado por el artículo 1 de la ley 1107 de 2006: “Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley”.

persona particular que desempeñe funciones del Estado. Como el ISS es una empresa industrial y comercial de Estado que está comprendida dentro de la categoría de las entidades públicas¹⁵⁹, el asunto debería ser conocido por la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Ahora bien, a pesar de que la ley 712 de 2001 dio algunas competencias a la jurisdicción ordinaria-laboral en seguridad social, es preciso indicar que éstas se restringen –según la letra del artículo 2 de la ley 712 de 2001¹⁶⁰– a un criterio eminentemente material: controversias sobre los actos jurídicos entre los afiliados y/o beneficiarios frente a las empresas o instituciones prestadoras del servicio de salud. De acuerdo con el Consejo de Estado, como es obvio, los daños cometidos por la presencia de una falla en el servicio médico hospitalario no provienen de actos jurídicos sino de hechos y por tal motivo escapan a la órbita de aplicación de la jurisdicción ordinaria-laboral.

Meses más tarde¹⁶¹ esta doctrina sería precisada en un caso en el que una señora embarazada acudió a la E.S.E Hospital Erasmo Meoz de Cúcuta para la atención del parto. Ocurrió que el Hospital no tenía la planta de personal suficiente, debido a que muchos de los empleados habían renunciado por un asunto laboral. En ese contexto la accionante no fue atendida apropiadamente porque por ejemplo, no se realizaron algunos exámenes previos al parto que eran necesarios. Así las cosas, como no fue posible realizar la cesárea que demandaba el caso en el Hospital, la paciente debió trasladarse a pie a la Clínica del ISS, lugar en el cual dio a luz. Por todo lo descrito nació una niña con secuelas permanentes (parálisis) cuya causa fue precisamente la omisión en la realización de algunos exámenes que se consideraban necesarios antes de continuar con el parto. Por lo anterior los afectados iniciaron una acción de reparación directa en contra del Hospital Erasmo Meoz y el

159 Ley 489 de 1998 artículo 38: "*Integración de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional. La Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades: 2. Del Sector descentralizado por servicios:... b) Las empresas industriales y comerciales del Estado*".

160 Artículo 2 de la ley 712 de 2001: "*La Jurisdicción Ordinaria, en sus especialidades laboral y de seguridad social conoce de:... 4. Las controversias referentes al sistema de seguridad social integral que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, cualquiera que sea la naturaleza de la relación jurídica y de los actos jurídicos que se controviertan*".

161 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. M. P. Enrique Gil Botero. Exp. 54001-23-31-000-1997-12700-01(30871), 19 de octubre de 2007.

ISS. En un primer momento el Consejo de Estado reiterando una sentencia de septiembre de 2007¹⁶², afirma que efectivamente existen algunos daños que se encuadran dentro del Sistema de Seguridad Social, como sucede por ejemplo con el incumplimiento de las obligaciones de una EPS, la falta de suministro de medicamentos o la negativa a reconocer una prestación social pensional. Sin embargo, pueden presentarse daños en la prestación concreta del servicio de salud por parte de la entidad hospitalaria o de uno de sus agentes a pesar de la correcta actuación de las entidades que integran el Sistema de Seguridad Social (EPS). En ese orden de ideas, la relación entre el paciente y la IPS o el médico, es ajena al sistema de seguridad social y debe ser regulada por las normas de la responsabilidad extracontractual estatal o civil según el caso. Lo anterior busca un fin esencial: asegurar la presencia del juez natural especialista en la materia respectiva¹⁶³.

En resumen, el Consejo de Estado ha dicho que la jurisdicción de lo contencioso administrativo es la autorizada para conocer de los casos de falla en el servicio médico hospitalario. Así mismo, se ha apartado de la posición de la Corte Suprema de Justicia que en el sentir del máximo Tribunal de lo contencioso administrativo, ha creado un criterio orgánico *inexistente* en la medida en que la ley 712 de 2001 ha dispuesto un criterio material¹⁶⁴. Esa situación llevaría a la extensión de la competencia de la jurisdicción ordinaria-laboral *ab infinito* porque bajo el argumento de la Corte Suprema de Justicia, los actos administrativos que dicten en desarrollo de sus funciones ciertas EPS serían conocidos por la jurisdicción ordinaria, teniendo presente que hacen parte del sistema de seguridad social integral.

162 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. M. P. Enrique Gil Botero. Exp. 66001-23-31-000-1999-03078-01(15382), 19 de septiembre de 2007.

163 Esta providencia sería reiterada en Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. M. P. Enrique Gil Botero. Exp. 73001-23-31-000-1998-01327-01(17918), 4 de diciembre de 2007, Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. M. P. Ramiro Saavedra. Rad. 660012331000199502755 01 Exp. 15563, 20 de febrero de 2008 y en Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. M. P. Enrique Gil Botero. Exp. 76001-23-31-000-1997-03225-01(18364), 19 de agosto de 2009.

164 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. M. P. Enrique Gil Botero. Exp. 52001-23-31-000-1996-08167-01(16483), 30 de julio de 2008 y Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. M. P. Enrique Gil Botero. Exp. 50001-23-31-000-1992-03768-01(16701), 20 de mayo de 2009.

3.2.3 El Consejo Superior de la Judicatura

Como se mencionó líneas más arriba el Consejo Superior de la Judicatura se encarga de resolver este tipo de conflictos de competencia y en ese sentido este Tribunal ha decantado su posición al afirmar que la jurisdicción autorizada para decidir sobre los casos de responsabilidad oficial por falla en el servicio médico hospitalario es la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

En el año 2003 el Consejo Superior de la Judicatura¹⁶⁵ conoció un conflicto negativo de competencias suscitado entre el Tribunal Administrativo del Quindío y un Juez laboral de Armenia. Por una parte, el Tribunal argumentaba que según la ley 712 de 2001 la jurisdicción competente era la ordinaria-laboral y por otro lado, el juez expresó que según el artículo 82 del Código contencioso administrativo, era la jurisdicción de lo contencioso administrativo la competente para conocer este tipo de asuntos. El Consejo Superior siguiendo de cerca su línea tradicional afirma que la Corte Constitucional en la sentencia C-111 de 2000 ha reiterado que las controversias por falla en el servicio médico hospitalario deben ser conocidas por la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Así mismo, en esta sentencia el Consejo Superior delinearía la tesis que sería acogida posteriormente por el Consejo de Estado en marzo de 2007 al advertir que la jurisdicción ordinaria-laboral tiene competencia para conocer únicamente de controversias sobre *actos jurídicos* entre los usuarios del sistema de seguridad social. Como la responsabilidad por falla en el servicio no es propiamente un acto sino un hecho, la jurisdicción competente es la de lo contencioso administrativo. Esta postura sería reiterada integralmente en los años 2004¹⁶⁶ y 2008¹⁶⁷.

165 Consejo Superior de la Judicatura. Sala Disciplinaria. M.P. Guillermo Bueno Miranda. Radicación No. 20031769 01 / 187 C del 14 de julio de 2003.

166 Consejo Superior de la Judicatura. Sala Disciplinaria. M.P. Temístocles Ortega Narváez. Radicación No. 110010102000 200303944 01 del 17 de marzo de 2004 y Consejo Superior de la Judicatura. Sala Disciplinaria. M.P. Temístocles Ortega Narváez. Radicación No. 110010102000 2004 01819 00 del 27 de agosto de 2004.

167 Consejo Superior de la Judicatura. Sala Disciplinaria. M.P. Henry Villarraga Oliveros. Radicación No. 110010102000200801918 00 del 18 de diciembre de 2008.

4 ● CONCLUSIONES

Como se podrá observar la gran cantidad de providencias que componen esta línea jurisprudencial supone que el desacuerdo está latente entre la jurisdicción de lo contencioso administrativo y la laboral. El problema práctico que surge de esta situación es la imposibilidad de determinar con certeza cuál es el juez natural para este tipo de controversias. Tal vez por esa razón el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹⁶⁸ –que entrará a regir el 2 de julio de 2012– en el artículo 103, numeral 1, pareciera zanjar la discusión porque se consagra que la jurisdicción de lo contencioso administrativo conocerá de los procesos referentes a *"la responsabilidad extracontractual de cualquier entidad pública, cualquiera que sea el régimen aplicable"*.

Sin embargo, uno de los resultados de esta investigación jurisprudencial es precisamente que el texto de la ley puede ser moldeado por los intérpretes. En efecto, a pesar de la relativa claridad de la ley 712 de 2001 y del artículo 82 del actual Código Contencioso Administrativo, surgen interpretaciones y argumentos muy fuertes para que cada quien se atribuya la competencia y la creación de una nueva disposición de derecho positivo no necesariamente cierra la discusión. En otras palabras, un texto de derecho positivo como se pensaba anteriormente, por sí sólo no puede ser la solución a un problema que en gran medida depende de la actuación de los jueces.

Por otro lado, a pesar de que puede resultar obvio es preciso hacer notar que esta indeterminación afecta desproporcionadamente los derechos de los usuarios, específicamente el derecho al acceso a la administración de justicia. Lo anterior se confirma con las sentencias del Consejo Superior de la Judicatura que en su totalidad analizaron conflictos negativos de competencia, lo cual significa que ningún juez (ni laboral ni administrativo) se ocupó de de las demandas ciudadanas. Se trata en palabras más simples de una denegación de justicia temporal, que como es natural debe evitarse a toda costa en un Estado Constitucional.

¹⁶⁸ Ley 1437 de 2011.

Por último, en esa misma dimensión es posible afirmar que los mecanismos de difusión e implementación de las providencias Consejo Superior de la Judicatura están fallando en jueces de base porque -a pesar de que la tesis de ese Tribunal está consolidada y es clara desde 1996- aún se presentan muchos casos de conflictos de competencia en las instancias. Una buena forma de resolver el conflicto de competencia sería hacer un énfasis mayor en la pedagogía de las sentencias del Consejo Superior de la Judicatura en los jueces de instancia. Si esto sucede y se conoce la posición del órgano que constitucionalmente es el encargado de resolver los conflictos de competencia, las controversias entre las Altas Cortes finalizarían porque por sustracción de materia, la discusión se habrá diluido en las instancias.