

Alcance de la inhabilidad sobreviniente del numeral 2 del Artículo 38 de la Ley 734 de 2002*

*Fernando Moreno González***
fernandomorenogonzalez@yahoo.es

*Luz Mary Rincón Romero****
luzmaryrinconromero@yahoo.es

RESUMEN

Con la aplicación del numeral 2 del artículo 38 de la Ley 734 se establece una inhabilidad sobreviniente para servidores públicos, y actualmente se presenta disparidad de conceptos con relación a la forma de culpabilidad de la mencionada norma.

En atención a esta diversidad de criterios se pretende realizar un análisis sobre el tema con el fin de cuestionar, discernir y entender los planteamientos establecidos; igualmente, consolidar unas conclusiones acordes con las concepciones y parámetros legales y jurisprudenciales.

Palabras clave: Inhabilidad sobreviniente, formas de culpabilidad, finalidad del Derecho Disciplinario, desbordamiento de las relaciones de sujeción.

ABSTRACT

The application of paragraph 2 of Article 38 of Colombian Law 734 establishes a supervening disability for public servants, currently disparate concepts are presented in relation to the form of guilt of that rule.

In response to this diversity of views on the subject, is to perform an analysis on the subject to question, discern and understand the approaches established; also strengthen conclusions consistent with the concepts and legal and jurisprudential parameters.

Key words: Disability supervening, judgement, form of guilt, purpose of disciplinary law, overflow fastening relations.

Fecha de Recepción: 15 de marzo de 2012

Fecha de Aprobación: 20 de mayo de 2012

* Artículo tipificado como Reporte de Caso, producto de la investigación desarrollada y culminada por los autores como requisito para optar al título de Magíster en Derecho Administrativo en la Universidad Libre, Sede Principal, Instituto de Posgrados – Derecho.

** Abogado, Universidad Libre de Colombia; especialista en Derecho Administrativo y Tributario, Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario; magíster en Derecho Penal y Criminología; catedrático, Universidad Libre. Correo electrónico: fernandomorenogonzalez@yahoo.es

*** Abogada, Universidad Libre de Colombia; especialista en Derecho Contractual y Tributario, Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario; magístra en Derecho Penal y Criminología; catedrática, Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca. Correo electrónico: luzmaryrinconromero@yahoo.es

INTRODUCCIÓN

El legislador quiso, a través del numeral 2 del artículo 38 de la Ley 734 de 2002, “*por la cual se establece el Código Disciplinario Único*”, crear la inhabilidad a los servidores públicos, por el hecho de sumar durante los últimos cinco (5) años, tres o más sanciones disciplinarias por faltas graves o leves dolosas, o por ambas. Esta inhabilidad tendrá una duración de tres años, contados a partir de la ejecutoria de la última sanción.

No hay duda de que lo que se pretende con esta norma es lograr la efectividad en la prestación del servicio público, y asegurar la obediencia, la disciplina y el comportamiento ético, la moralidad y la eficiencia de los servidores públicos (Corte Constitucional, C-341 de 1996), con miras a asegurar el buen funcionamiento de los diferentes servicios a cargo del Estado.

Las presentes paginas pretenden determinar si la inhabilidad especial consagrada en el numeral 2° del artículo 38 de la Ley 734 de 2002 debe tener en cuenta todas las faltas calificadas como *graves*, cualquiera que sea la forma de culpabilidad imputada y las *leves dolosas* o solamente para faltas graves o leves dolosas.

En lo atinente a la *forma de culpabilidad*, derivada de las sanciones por faltas graves, hay dos interpretaciones: una, que la inhabilidad sea exclusivamente por faltas graves dolosas y otra, que también haya lugar a ella por faltas graves culposas. Hoy el criterio de interpretación no es unánime. Está siendo aplicada distintamente; por una parte, por la Procuraduría General de la Nación al emitir sus conceptos y decisiones y la jurisprudencia de la Corte Constitucional en sede de tutela, pues al referirse a ella hacen alusión tanto a faltas graves de tipo doloso como de orden culposo; de otra parte, tenemos a otras entidades del Estado y la jurisprudencia en sede de tutela, nuevamente, pero esta vez, de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, la cual manifiesta que para la culpabilidad de la inhabilidad mencionada se debe tener en cuenta las faltas graves *exclusivamente dolosas*.

Esta situación persiste aún después de la expedición de la sentencia C- 544 de 2005 que hace el control de constitucionalidad del numeral 2 del artículo 38 de la Ley 734 de 2002. Obviamente, en esta sentencia de control de constitucionalidad la Corte no se ocupó de definir si el adjetivo “*dolosas*” calificaba tanto a las faltas graves como a las leves o sólo a las leves.

Dado que se han generado varias interpretaciones en el momento de aplicar la norma, y que no hay un criterio unánime, se hace necesario explorar y analizar tanto normativa como jurisprudencialmente sobre el tema y, a partir de ello, generar una reflexión que permita dilucidar los puntos neurálgicos al respecto.

Este estudio se sitúa dentro del tipo de investigación básica exploratoria, dado que es muy poco lo que se ha escrito e investigado sobre el tema; se analizarán aspectos normativos y de jurisprudencia para plantear conclusiones y alternativas jurídicas que contribuyan en el esclarecimiento y unificación cuando se trata de aplicar la inhabilidad sobreviniente a servidores públicos (Art. 38, Ley 734 de 2002).

Se tratará de una metodología de investigación normativa y jurisprudencial comparativa, que pretende hacer una reflexión sobre la posición de cada una de las corporaciones que examinan el tema, con el fin de dilucidar los puntos neurálgicos atinentes al mismo y, luego, estar en condiciones de emitir algunas conclusiones. En cuanto a la estrategia, se utilizará la estrategia metodológica cualitativa por ser el tema de investigación muy vinculado al enfoque hermenéutico-crítico.

INTERPRETACIÓN DE LA INHABILIDAD SOBREVINIENTE DE QUE TRATA EL ARTÍCULO 38, NUMERAL 2 DE LA LEY 734 DE 2002, POR LA JURISPRUDENCIA

Las inhabilidades, entendidas éstas como las circunstancias creadas por la Constitución Política y el legislador que limitan el derecho de

acceso o permanencia en el ejercicio de cargos o funciones públicas, tienen como objetivo primordial lograr la moralización, idoneidad, probidad, imparcialidad y eficacia de quienes van a ingresar o ya estén desempeñando funciones públicas. También se definen como los requisitos negativos para acceder o permanecer en la función pública, esto es, por antecedentes previos o hechos y circunstancias sobrevinientes. Entonces, la inhabilidad es predicable para quien aspira a un empleo público y que lo excluye, previamente, de la posibilidad de ser elegido o nombrado; pero también es aplicable para quienes, siendo funcionarios públicos, son excluidos con posterioridad a su elección o nombramiento.

Entre las inhabilidades establecidas por el legislador, se encuentra la establecida en el numeral 2° del artículo 38 de la Ley 734, la cual consagra como inhabilidad para desempeñar cargos públicos el haber sido sancionado disciplinariamente tres o más veces en los últimos cinco años por faltas graves o leves *dolosas* o por ambas; esta inhabilidad durará tres años, contados a partir de la ejecutoria de la última sanción.

En la actualidad existen varias formas de interpretación del inciso 2° del artículo 38 de la Ley 734 de 2002. Al respecto de la aplicación de inhabilidad sobreviniente, especialmente en el tema de culpabilidad, se han generado varias tesis.

Polémica particular se ha generado actualmente sobre su aplicación al respecto de las faltas graves, pues la norma precitada no es clara sobre su gradualidad, a diferencia de las faltas leves. La norma únicamente nos informa que aquellas personas que han *“sido sancionadas disciplinariamente tres o más veces en los últimos cinco años por faltas graves o leves dolosas o por ambas...”* (cursiva fuera de texto) tendrán dicha inhabilidad, pero no es clara en afirmar la gradualidad en el caso de las faltas graves, pues existen tanto dolosas como culposas. Enumeraremos las diferentes tesis de interpretación al respecto.

INTERPRETACIÓN JUDICIAL – RESTRICTIVA – SISTEMÁTICA, DEL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA – SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA

El Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, con fecha 16 de diciembre de 2008, al resolver impugnación al fallo proferido el 15 de octubre de 2008 por el Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, revocó la decisión del juez de primera instancia y, en consecuencia, concedió la tutela de los derechos fundamentales del peticionario, señor Juan de Jesús Cárdenas Chávez contra la Procuraduría General de la Nación, en algunos de sus apartes manifestó:

“Ante la claridad de la conclusión anterior, procede la Sala a analizar el segundo problema jurídico sometido a su consideración, esto es, el relacionado con el requerimiento establecido por el legislador relativo a la calificación de la falta a efectos de determinar si se deben tener en cuenta, para efectos de aplicar la inhabilidad, todas las faltas GRAVES, cualquiera que sea su calificación, o solamente las GRAVES DOLOSAS. En efecto, ante la falta de claridad de la norma en cuestión, deberá la Corporación interpretarla de tal manera que cumpla la finalidad para la cual ha sido consagrada, y en garantía de los criterios restrictivos de interpretación de las normas jurídicas que consagran las causales de inhabilidad para el desempeño de cargos y funciones públicas. Al respecto la Sala acogerá como principio de interpretación excepcional o restrictiva el principio pro homine es decir, acogerá aquella interpretación que implique el menor grado de restricción del derecho fundamental invocado, que en el sub examine no es otro que el de “participar en la conformación, ejercicio y control del poder político”. Se tiene, en consecuencia, que en materia de hermenéutica de las causales de inhabilidad está constitucionalmente prohibida su interpretación extensiva, porque ello afecta el derecho fundamental al debido proceso, al igual que el principio de igualdad y el derecho de acceso a cargos y funciones públicas .

Por tanto, para la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, deviene claro que el intérprete de las disposiciones legislativas en la materia ha de ceñirse, en la mayor medida posi-

ble, al tenor literal y gramatical de los enunciados normativos, sin que pueda acudir a conceptos interpretativos como la analogía o a la interpretación extensiva a efectos de ampliar el alcance de las causales legalmente fijadas o su sentido expreso.

En virtud de lo establecido, se debe tener en cuenta, en el caso de la inhabilidad descrita en el numeral 2° del artículo 38 de la Ley 734 de 2002, que ella solamente se podrá aplicar cuando se trate de faltas *graves dolosas* o *leves dolosas*, pues entender la norma de tal manera que resulte aplicable cualquiera sea la calificación de las faltas *graves*, implicaría hacer una interpretación extensiva, prohibida por el constituyente, en menoscabo de los derechos fundamentales del sujeto pasivo de la inhabilidad.

Interpretación judicial teleológica – lógico – extensiva del numeral 2° del artículo 38, por parte de la Corte Constitucional, Sala de Revisión, en Sede de tutela

Mediante sentencia T-504 del 27 de julio de 2009, la Honorable Corte Constitucional hizo pronunciamiento que podría significar dejar atrás los cuestionamientos que pudieran suscitarse ante la aplicación o no de la inhabilidad del artículo 38, numeral 2 de la ley 734 de 2002, cuando se trata de faltas graves sancionadas a título de culpa. Esta decisión de la Honorable Corte Constitucional se toma en sede tutela en la Sala Segunda de Revisión, integrada por los magistrados MARÍA VICTORIA CALLE CORREA, LUIS ERNESTO VARGAS SILVA Y GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO. Sobre el particular, la Corte manifiesta:

“Y es que, en algunos casos, una falta grave culposa puede resultar incluso más lesiva para el interés público que una falta leve dolosa, razón por la cual parecería, por lo menos irrazonable, que la inhabilidad en comento operara frente a quien incurra en tres o más faltas leves dolosas, pero no frente a quien incurra en tres o más faltas graves culposas” (sentencia T- 504 del 27 de julio de 2009. Magistrada ponente, doctora MARÍA VICTORIA CALLE CORREA, pp. 22, 23 y 24).

En el presente caso, la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional ha realizado un análisis teleológico, lógico, sobre lo plausible o no de la inhabilidad por tres años a un funcionario que ha sido sancionado durante los últimos cinco años por faltas graves, indistintamente sean culposas o dolosas.

Lo anterior significa que la Corte está justificando, mas no fundamentando ni jurídica ni gramaticalmente, las razones por las cuales cualquier falta grave, incluso culposa, debe ser causal a considerar para aplicar, en un momento dado, la inhabilidad sobreviniente.

Decir, como lo hizo la Corte Constitucional, que no es razonable pensar que estas faltas (graves culposas), no deben incluirse para lograr la aplicación de la inhabilidad, por cuanto algunas de ellas son incluso más lesivas que las faltas leves dolosas, no es más que una forma simple de evitar hacer análisis y confrontación profunda sobre el tema planteado, consideramos que esta manera de cerrar un debate jurídico no es la más apropiada para dilucidar las dudas que permanecen en lo concerniente a la aplicación de la inhabilidad contenida en el artículo 38, numeral segundo de la ley 734 de 2002.

De otra parte, es necesario tener en cuenta además que de acuerdo con *el artículo 5° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, siempre habrá de preferirse la hermenéutica que resulte menos restrictiva de los derechos establecidos en ellos, comportamiento que a nuestro juicio no hizo la alta Corporación Constitucional, pues habiendo en principio, por lo menos dos formas de interpretar la norma, en el caso concreto avaló la decisión tomada por la Procuraduría General de la Nación que a claras luces es una interpretación más restrictiva del derecho fundamental del servidor público al que se la aplicó la inhabilidad referida.*

Interpretación gramatical o exegética de la expresión *“faltas graves o leves dolosas”* contenida en el numeral 2 del artículo 38 de la ley 734 de 2002

La expresión “... *por faltas graves o leves dolosas...*”, ha sido objeto de variadas interpretaciones. Para unos, en apreciaciones conocidas hasta ahora, indican que el adjetivo plural “*dolosas*” se refiere únicamente a las faltas leves y no a las graves; por tanto, la inhabilidad se aplicaría siempre que se cometan faltas graves en un lapso de cinco (5) años, independientemente de su grado de culpabilidad: dolo o culpa.

Como de esa duda surgen las diversas interpretaciones hoy existentes, es procedente realizar un análisis lingüístico, aplicando la interpretación exegética o gramatical, procurando establecer la función que cumplen estas palabras en la proposición.

Cuando se hace referencia a la proposición “*faltas graves o leves dolosas*” se discute si la palabra “*dolosas*” se está refiriendo sólo al adjetivo “*leves*” o si alude coetáneamente a “*graves y leves*”.

Obsérvese que el tema por analizar ahora es la proposición “... *por faltas graves o leves dolosas...*” y no la locución “... *por faltas graves, o leves dolosas...*”. Son dos expresiones diferentes. En efecto, una de las funciones fundamentales de la coma (,) es separar, liberar, independizar o aislar.

Por tanto, en la segunda frase el sustantivo *faltas* sólo haría referencia directa a “*graves*” y “*leves dolosas*”, no existiendo la posibilidad de relacionar “*dolosas*” con “*faltas graves*”; la coma (,) impide que la palabra “*dolosas*” pueda conectarse o acoplarse con “*faltas graves*”.

Estas dos frases anteriores, semánticamente no son iguales. De hecho, la presencia de la coma (,) en la segunda oración equivale a afirmar que la inhabilidad se aplicaría siempre que se cometan faltas graves de cualquier índole; dicho de otra manera, la segunda oración impide que la inhabilidad se pueda aplicar únicamente por faltas graves dolosas. Y entonces, desde el punto de vista gramatical, el término “*dolosas*” sólo haría referencia a las faltas leves, pero no a las graves.

Después de analizar cómo una coma (,) hace variar completamente el sentido de una oración,

es necesario definir, una vez más, que el enunciado por considerar en el presente trabajo de investigación es: “... *por faltas graves o leves dolosas...*”

Hasta el momento, el análisis conocido, tanto en sede judicial como en el ámbito administrativo parece que sólo se ha realizado relacionando la palabra “*dolosas*” con los vocablos “*graves y leves*”, a través de la conjunción “*y*”. Se pretende ahora considerar otra alternativa: analizar la palabra “*dolosas*” dejando de lado dicha conjunción, para apreciarla desde la función que este vocablo cumple en la locución mencionada. Quizá por esta vía se pueda dilucidar mejor la incertidumbre que puede aún embargar a algunos.

Es procedente entonces establecer qué función está desempeñando la expresión “*dolosas*” en la proposición “*faltas graves o leves dolosas*”.

A primera vista, se observa que el vocablo “*dolosas*” está cumpliendo en la oración mencionada la función de adjetivo.

Se aprecia que las palabras “*graves, leves y dolosas*” son adjetivos que expresan una cualidad concreta del sustantivo “*faltas*”. En la expresión “... *por faltas graves o leves dolosas...*”, el eje sobre el cual gira toda la oración es el sustantivo *faltas*; a ellas se refieren tanto la palabra “*dolosas*” como los vocablos “*graves o leves*”. “*Dolosas, graves y leves*” constituyen un plural sintáctico, de género homogéneo y que concuerdan perfectamente con el sustantivo “*faltas*”.

La palabra “*dolosas*”, de ninguna manera se refiere ni a “*leves*” ni a “*graves*”, pues estos términos no son sustantivos, sino adjetivos, igual que la palabra “*dolosas*”. Los tres términos se hallan en un mismo plano; ninguno de los vocablos se subordina o se refiere a otro.

Como lo que caracteriza a todo adjetivo es su inescindible e inseparable dependencia de un sustantivo, la expresión “*dolosas*” no puede depender de otro u otros adjetivos, porque se estaría frente a una contradicción gramatical o sintáctica cuando se define qué es un adjetivo.

Un adjetivo jamás puede calificar a otro adjetivo. Expresado de otra manera: los adjetivos no

pueden referirse a otros adjetivos, porque éstos son incompatibles entre sí, cuando de calificar a otra palabra se trata. El adjetivo, o califica o determina a un sustantivo, o no es adjetivo.

Los adjetivos solamente califican o determinan a sustantivos, mas no a adjetivos; o, expresado de otra manera: los adjetivos, de ninguna manera pueden hacer referencia a otros adjetivos, porque esa no es su esencia ni su razón de ser. Lo natural, lo sustancial y lo inherente de un adjetivo es que aluda siempre a un sustantivo común o a un nombre. El adjetivo expresa un atributo preciso o una cualidad concreta del sustantivo; sin éste no hay adjetivo concreto o específico, sino abstracto o general; y entonces, este último sería un adjetivo vago e indeterminado que podría acompañar a cualquiera de los innumerables nombres o sustantivos existentes y los que están por crearse.

En el caso considerado el adjetivo “*dolosas*” se halla en perfecta concordancia en género y número con el sustantivo “*faltas*”; igualmente lo están los adjetivos *graves* y *leves*. Estos tres adjetivos se reúnen totalmente alrededor del sustantivo *faltas*. Si en la oración en comento se eliminara la palabra *faltas*, el enunciado quedaría totalmente sin sentido, pues las palabras *graves*, *leves* y *dolosas*, no tendrían referencia. Carecen de sentido, por ejemplo, las siguientes expresiones: “*Estoy incurso en unas dolosas*”; “*las leves no me atormentan*”; “*no entiendo las graves*”. Son locuciones que ofrecen sólo incertidumbre en el lector, porque les falta lo fundamental: un sustantivo. En el caso que se analiza, sería el sustantivo “*faltas*”.

La proposición “*Haber sido sancionado disciplinariamente tres o más veces en los últimos cinco (5) años por faltas graves o leves dolosas, o por ambas*”, semánticamente hablando, es exactamente igual a “*Haber sido sancionado disciplinariamente tres o más veces en los últimos cinco (5) años por faltas dolosas, graves o leves, o por ambas*.” Lo anterior, desde el punto de vista de la sintaxis es perfectamente coherente y equivalente.

En síntesis, la palabra “*dolosas*”, de ninguna manera se refiere ni a “*leves*” ni a “*graves*”, pues

estos términos no son sustantivos, sino adjetivos, del mismo modo que la palabra “*dolosas*”. Los tres adjetivos enunciados se hallan en una misma jerarquía; ninguno subordina, supedita o sujeta al otro. Los tres términos dependen del sustantivo “*faltas*”; a él se subordinan; a él califican; a él conciernen; a él aluden; con él concuerdan en género y número; con él se conectan y se relacionan. Insistir en que el adjetivo “*dolosas*” se relaciona con los adjetivos “*leves* y *graves*”, constituye un grave desacierto que ignora el principio fundamental de la sintaxis que rige todo adjetivo: la ineludible supeditación y dependencia del sustantivo.

En conclusión el numeral 2 del artículo 38 de la ley 734 de 2002, que preceptúa: “2. *Haber sido sancionado disciplinariamente tres o más veces en los últimos cinco (5) años por faltas graves o leves dolosas, o por ambas*.”, desde el punto de vista del método de interpretación gramatical o exegético sólo tiene una única interpretación: **SÓLO POR FALTAS DOLOSAS, SEAN ÉSTAS LEVES O GRAVES, SE PUEDE APLICAR LA INHABILIDAD SOBREVINIENTE.**

INTERPRETACIÓN DE LOS CONCEPTOS DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Formulada por la Procuraduría General de la Nación, en pronunciamiento de la procuradora auxiliar para asuntos disciplinarios, doctora María Leonor Rueda Rueda, mediante concepto de fecha marzo de 2007, emitido en respuesta a solicitud realizada por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – Oficina de Investigaciones Disciplinarias, respecto de la inhabilidad objeto de estudio, expuso:

“Artículo 38, Ley 734 de 2002. También constituyen inhabilidades para desempeñar cargos públicos, a partir de la ejecutoria del fallo, las siguientes:

2. Haber sido sancionado disciplinariamente tres o más veces en los últimos cinco (5) años por faltas graves o leves dolosas, o por ambas. Esta inhabilidad tendrá una duración de tres años contados a partir de la ejecutoria de la última sanción.

Como es sabido, en materia de inhabilidades la interpretación es restrictiva y, por ende, no pueden ampliarse a hechos o circunstancias distintas de las establecidas por el legislador y por eso cuando en la norma transcrita se determina que la inhabilidad se genera por sanciones impuestas a faltas graves o leves dolosas, o por ambas, no puede extenderse ésta a aquellas que correspondan a categorías de faltas distintas de las señaladas en la citada disposición. (Subrayado fuera de texto).

Al respecto, debe tenerse presente que el artículo 42 del Código Único Disciplinario clasifica las faltas de los servidores públicos en leves, graves y gravísimas, las cuales deben ser determinadas por el operador jurídico según los factores que se consagran en el artículo 43. Esta clasificación debe diferenciarse de las manifestaciones de la culpabilidad, que es precisamente uno de los aspectos que se tienen que considerar para calificar la falta y que corresponde a los criterios subjetivos de la imputación determinados por el dolo y la culpa, conformados el primero por el conocimiento del autor de la ilicitud de su comportamiento y el segundo, por la infracción a un deber de cuidado.

En este orden de ideas, la inhabilidad en examen, se genera por la existencia de tres o más sanciones por las faltas graves, cualquiera sea el grado de culpabilidad, o leves dolosas, y su duración se fija en tres años contados a partir de la última ejecutoria; su configuración está determinada por el momento en que se pretende el acceso al cargo público que se trate o que sobrevenga al ejercicio de él (artículo 37, Ley 734 de 2002), pues la norma alude a los últimos cinco años, contados necesariamente de esa época hacia atrás; período que coincide con el que debe comprender el certificado de antecedentes (artículo 174 de la Ley 734 de 2002, sentencia Corte Constitucional C-1066 de 2002). Lo anterior, implica que si al expedir dicho certificado para los fines descritos aparecen registradas tres o más sanciones y la última de ellas, como se dice en la consulta, no presenta una antigüedad superior a los tres años, se estructura el impedimento.”

En igual sentido se pronunció la Procuraduría General de la Nación, Procuraduría Auxiliar para Asuntos Disciplinarios, concepto No. 88-2007, Bogotá, 27 de abril de 2007, y concepto No. 359 – 2007, Bogotá, 20 de noviembre de 2007.

De lo expresado por el ente de control puede concluirse que para la Procuraduría General

de la Nación, la inhabilidad puede aplicarse por sanciones impuestas antes de expedirse la Ley 734 de 2002, pues lo que importa es que ellas se hayan establecido dentro de los últimos cinco años que preceden el momento de acceder a un cargo público, que forman parte del historial sancionatorio del servidor o aspirante en los últimos cinco años, cualquiera que fuere la disposición que regía en la época en que se surtieron los respectivos procesos disciplinarios.

Indica además que, como también lo ha dicho la Corte Constitucional en las sentencias anteriormente referidas, *“el objeto de las normas que las consagran [las inhabilidades] no es castigar la conducta de la persona que resulta inhabilitada, sino asegurar la prevalencia del interés colectivo y la excelencia e idoneidad del servicio público, mediante la certidumbre acerca de los antecedentes intachables de quien haya de prestarlo”*.

Es claro que la interpretación que de manera directa hace la Procuraduría General de la Nación no da lugar a otra concepción diferente que incluir como causal de inhabilidad el haber sido sancionado tres o más veces durante los últimos cinco años, por faltas graves cualquiera sea su denominación (dolosa o culposa) y por faltas leves dolosas.

Se trata de un concepto restrictivo y teleológico, sin ningún soporte exegético o gramatical, sentando un precedente basado en el ejercicio de la autoridad o poder disciplinarios que en el momento se ostenta.

Una vez verificadas todas las fuentes de información disponibles respecto del problema específico de la presente investigación, no se encontró otro tipo de antecedente.

Doctrinalmente no se resaltan aportes al tema específico, sólo la Academia Colombiana de Jurisprudencia, que mediante concepto rendido a través del Oficio No. 1865, manifiesta:

“Las normas que se demandan son las siguientes:

(...)

Artículo 38. Otras inhabilidades.

También constituyen inhabilidades para desempeñar cargos públicos, a partir de la ejecutoria del fallo, las siguientes:

(...)

2. Haber sido sancionado disciplinariamente tres o más veces en los últimos cinco (5) años por faltas graves o leves dolosas o por ambas. Esta inhabilidad tendrá una duración de tres años contados a partir de la ejecutoria de la última sanción.

(...)

CONSIDERACIONES DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Con respecto a los numerales 2 y 4 del artículo 38 y párrafo primero, artículo 47, numeral 1, literal a (parcial), artículo 48, numeral 57 (parcial) y artículo 174 (parcial), resulta evidente que con excepción del numeral 2 del artículo 38, tienen su sustento en sanciones de carácter fiscal proferidas en actuaciones distintas a las que originan la iniciación del proceso disciplinario y que haciendo un análisis sistemático de las mismas vienen a constituir un agravante que se suma a la conducta investigada, y el artículo 174 establece la obligación para que las inhabilidades, los fallos fiscales, las decisiones de pérdida de investidura y las condenas proferidas contra servidores o ex servidores públicos sean registradas en la “División de Registro y Control y Correspondencia de la Procuraduría General de la Nación” y “*El funcionario competente para adoptar la decisión a que se refiere el inciso anterior o para levantar la inhabilidad de que trata el párrafo 1º del artículo 38 de este Código, deberá comunicar su contenido al Procurador General de la Nación en el formato diseñado para el efecto, una vez quede en firme la providencia o acto administrativo correspondiente.*”

Teniendo en cuenta lo anterior, analizaremos separadamente la demanda contra el numeral 2 del artículo 38, y las partes correspondientes del artículo 174, de las razones que tienen que ver con las del numeral 4 del artículo 38 y párrafo primero, artículo 47, numeral 1, literal a (parcial) y artículo 48, numeral 57 (parcial).

El artículo 38 en su numeral 2 establece, entre otras inhabilidades: “*2. Haber sido sancionado disciplinariamente tres o más veces en los últimos cinco (5) años por faltas graves o leves dolosas o por ambas. Esta inhabilidad tendrá una duración de tres años contados a partir de la ejecutoria de la última sanción.*”

Esta norma establece una sanción adicional para aquel infractor que haya sido sancionado disciplinariamente tres o más veces y ya la misma Corte se ha pronunciado de manera reiterada en providencias que nosotros compartimos, manifestándose contraria al hecho de que el legislador pretenda utilizar la reincidencia como “*un hecho generador de responsabilidad disciplinaria, sancionable con la imposición de inhabilidades*” y no como un criterio válido para graduar la sanción por la reiteración de faltas y estableciendo de paso una clasificación adicional a las faltas consagradas en el artículo 42 de la ley 734, pues a las gravísimas, graves y leves, le agrega la “*leve dolosa*”, la cual no se encuentra definida. *Por lo anterior consideramos que el numeral 2 del artículo 38 de la ley 734 de 2002, debe ser declarado inconstitucional.* (Cursivas fuera de texto).

En esta oportunidad no se realizó un estudio acerca de si las razones que llevarían a un funcionario a la inhabilidad podrían ser de índole doloso o culposo.

Como se aprecia, la labor que ha hecho la Academia Colombiana de Jurisprudencia, en este caso es realizar un análisis acerca de si un funcionario debe ser o no inhabilitado por la comisión de un determinado número de faltas disciplinarias de naturaleza culposa o dolosa.

CONCLUSIONES

Del análisis que se realizó a cada uno de los pronunciamientos que hicieron las autoridades judiciales y entidades encargadas de conocer y aplicar la inhabilidad de que trata el numeral 2 del artículo 38 de la Ley 734 de 2002, que finalmente representan la posición de estas autoridades, consideramos que deben plantearse las siguientes conclusiones:

- La Corte Constitucional mediante sentencia T-504 del 29 de julio de 2009, en revisión de acción de tutela, consideró que las faltas graves culposas también deben incluirse como causal para la aplicación de la inhabilidad de que trata el artículo 38, numeral segundo de la Ley 734 de 2002. Nos apartamos de esta posición, pues una vez analizada con detenimiento, reflexionado la referida sentencia, se encuentra una interpretación extensiva, teleológica y lógica, fundamentada en la sentencia de constitucionalidad C- 544 de 2005, la cual, razonada y finalísticamente, analizó la viabilidad de la inhabilidad sobreviniente, pero no las circunstancias de su aplicación. La Corte, en su Sala de Revisión de tutela, en su pronunciamiento se remite a mencionar que deben ser incluidas la faltas graves culposas porque algunas de éstas, incluso, tendrían sanciones más gravosas que otras leves dolosas; pero no mencionó nada con relación al principio *pro homine* y aun menos sobre la interpretación sintáctico-gramatical del numeral aplicado; estos últimos planteamientos, como se mencionó en el desarrollo de la presente monografía, contienen suficientes elementos de juicio para conceptuar que no debería aplicarse esta inhabilidad para faltas culposas.
- La Procuraduría General de la Nación, como máximo ente disciplinario de los servidores públicos, afirma que la inhabilidad en examen se genera por la existencia de tres o más sanciones *por las faltas graves, cualquiera sea el grado de culpabilidad*, o leves dolosas, y su duración se fija en tres años contados a partir de la última ejecutoria. Esta entidad no ha establecido un análisis jurídico o un criterio de interpretación de “el por qué” de esta interpretación extensiva a la norma, cuando debería ser una interpretación restrictiva, en razón de que, por vía de interpretación administrativa, se está impidiendo un derecho: la permanencia como funcionario público; igualmente, en sus conceptos presentan una redacción ambigua, una interacción y confusión entre clases y métodos de interpretación, que no permiten al operador disciplinario tomar una decisión sin hacer una evaluación profunda sobre el contenido de la misma.
- Consideramos que el análisis jurídico y los planteamientos interpretativos restrictivo y sistemático aplicados por el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, para la aplicación de la inhabilidad de que trata el numeral 2° del artículo 38 de la ley 734 de 2002, son los que de manera acertada y coherente estudian mejor el tema, naturalmente asumiendo que en la norma hay duda sobre la intención del legislador; lo desglosan y lo someten a criterio hermenéutico, que va por el mismo sendero del querer de los Estados actuales del mundo entero, es decir, sitúa al ser humano, cualquiera sea su condición, frente a la jurisdicción y ley, en un estado de beneficio, es decir, aplica la cláusula de favorabilidad para el hombre, conocida también como principio *pro homine*.
- El Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, como se mencionó antes, entiende entonces por principio *pro homine* aquel criterio hermenéutico que informa todo el Derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de *reconocer* derechos protegidos, e inversamente, a la norma más ceñida o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer *restricciones* permanentes al ejercicio de los derechos o a su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del Derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre.
- Pensamos que las decisiones que se tomen en el tema de la inhabilidad estudiada deben guiarse por el respeto de los derechos y las garantías fundamentales; en ellas, sin lugar a dudas, debe imperar la cláusula de favorabilidad en la interpretación de los derechos humanos –principio *pro homine*- a partir de la cual fácil hubiese sido concluir que, como lo hizo el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional

Disciplinaria, el artículo 38, numeral segundo de la Ley 734 de 2002, ante la supuesta falta de claridad del legislador debe ser aplicado sólo para faltas graves y leves dolosas, excluyendo del alcance del mismo las faltas graves de naturaleza culposa; sólo de esta manera se acudiría a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, para reconocer derechos protegidos, así como a la norma más limitada o a la interpretación más restringida cuando se trata de hacer más gravosa y lesiva la situación del hombre.

- Teniendo en cuenta la estructura de la falta disciplinaria, el principio de ilicitud sustancial, el concepto de las relaciones especiales de sujeción, la taxatividad, y la interpretación restrictiva de las inhabilidades, podemos expresar que la decisión de la Corte Constitucional - Sala de Revisión, en sede de tutela T- 504 de 2009, sobre conductas “dolosas” y “culposas”, en esta oportunidad ha sido bastante desafortunada.
- El parámetro para aplicar la inhabilidad sobreviniente prevista en el numeral 2 del artículo 38 de la Ley 734 de 2002, no puede ser la gravedad o levedad del daño que la falta disciplinaria produzca a la Administración Pública, sino la forma de la culpabilidad en la cual ésta se pudo cometer. Por lo anterior, la expresión dada por la Corte en esta sentencia: *“Y es que, en algunos casos, una falta grave culposa puede resultar incluso más lesiva para el interés público que una falta leve dolosa...”*, no tiene relación con el Derecho disciplinario, por cuanto la imputación disciplinaria no precisa de la vulneración de un bien jurídico, entendida tal vulneración como causación de una lesión, daño concreto o como la producción de un resultado materialmente antijurídico, esto es, la idea de antijuridicidad material no tiene cabida en el Derecho disciplinario; recordemos que de acuerdo con la estructura de la falta disciplinaria, la ilicitud sustancial consiste en incumplimiento de los deberes funcionales, sin justificación alguna, esto es, que el servidor público se aparta del cumplimiento de aquellas obligaciones que devienen de la función que se cumple.
- Lo que se sanciona en una falta culposa es la violación al deber objetivo de cuidado, esto es, se castiga el descuido o la imprevisión de lo previsible, esto es, existe un parámetro normativizado que impone el estándar de actuación normal por parte de los servidores públicos; en cambio, en materia disciplinaria el dolo está integrado por los elementos de voluntad, conocimiento de los hechos, conciencia de la juridicidad y representación; empero, la voluntad y la representación son elementos accidentales, si están presentes, con más razón se atribuye esta forma de culpabilidad, empero si no lo están y sí los restantes, ellos son suficientes para la imputación dolosa. En aras de los principios de justicia, equidad y proporcionalidad, no se concibe esgrimir que la inhabilidad sobreviniente se pueda aplicar cuando, en menos de 5 años se cometan tres (3) o más faltas graves, independientemente de si son dolosas o culposas. Esta apreciación echaría a perder toda la filosofía sobre las concepciones y diferencias profundas entre conductas disciplinarias dolosas y culposas, que siempre han permitido mayor benevolencia en la sanción para estas últimas, indistintamente de la gravedad del daño causado a los intereses de la Administración Pública, como lo manifiesta la Corte Constitucional, la cual no tiene aplicación en materia disciplinaria, conllevando esto un desbordamiento de las relaciones especiales de sujeción a la cual están sujetos los servidores públicos.
- Ni siquiera las faltas gravísimas culposas se contabilizan para la aplicación de la inhabilidad sobreviniente. El legislador decidió no incluir en el numeral 2º del artículo 38 de la Ley 734 de 2002, las faltas gravísimas culposas para efectos de la aplicación de la inhabilidad sobreviniente. Lo hizo, conociendo, razonando y debatiendo abiertamente sobre la diferencia profunda existente entre los vocablos “culposo” y “doloso”. Como lo ha preceptuado la Ley 734 de 2002, las faltas gravísimas culposas pueden tener la misma sanción que las faltas graves dolosas. No obstante, para efectos de aplicación

de la inhabilidad sobreviniente, aquellas no se han incluido por el legislador. No obstante, las faltas gravísima culposas no fueron consideradas a efectos de computarse para la aplicación de la inhabilidad sobreviniente, cuya duración es de tres años. ¿Por qué el legislador tomó esta trascendental decisión? La respuesta es obvia: porque se trata de faltas culposas, aunque sean gravísimas.

- Si el legislador no incluyó las faltas gravísimas culposas como computables para efectos de aplicar la inhabilidad sobreviniente, ¿por qué por vía de interpretación no legislativa, como las hechas por la Corte Constitucional, Sala de Revisión, en sede de tutela, y la Procuraduría General de la Nación, a través de la procuradora auxiliar para asuntos disciplinarios, doctora María Leonor Rueda Rueda, sí se contabilizan para el caso las faltas graves culposas? Resulta por lo menos irrazonable que la inhabilidad comentada pueda operar, vía interpretación no legislativa, frente a quien incurra en tres o más faltas graves culposas, pero no frente a quien incurra en tres o más faltas gravísimas culposas como, razonablemente, lo interpretó el legislador.
- El parámetro para establecer la forma de culpabilidad en la aplicación de la inhabilidad sobreviniente analizada, de ninguna manera radica en el grado de lesividad o daño causado al interés público o a la administración; el verdadero análisis se fundamenta, no en el grado de lesividad o daño causado, sino en si hubo culpa o dolo disciplinario.
- El argumento de la Corte Constitucional en sede revisión de tutela desconoce el carácter expreso, taxativo y la aplicación e interpretación restrictiva de las causales de inhabilidad e incompatibilidad.
- Por todo lo anteriormente expuesto, se aprecia que todos los actores hasta ahora estudiados, esto es, la Procuraduría General de la Nación, en concepto emitido por la procuradora auxiliar para asuntos disciplinarios, la Honorable Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión, inte-

grada por los magistrados MARÍA VICTORIA CALLE CORREA, LUIS ERNESTO VARGAS SILVA y GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO y la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, consideran que el numeral 2° del artículo 38 de la Ley 734 de 2002, tiene “*dos interpretaciones posibles*”; no obstante, ninguno de ellos tuvo en cuenta el método de interpretación gramatical o exegético. Se podría argumentar que no se requiere mayor explicación, porque es lo obvio; que cualquier persona que tenga conocimientos juiciosos sobre gramática y concretamente sobre sintaxis, puede deducir que en la expresión “... *por faltas graves o leves dolosas...*”, la palabra “*dolosas*” se refiere tanto a las faltas graves como a las leves, descartando la aplicación de la modalidad culposa para las faltas graves.

- Para llegar a la conclusión de que el numeral 2° del artículo 38 de la Ley 734 de 2002 sólo tiene “*una interpretación posible*”; el análisis sintáctico-gramatical se realizó desde dos perspectivas: primera, desde la óptica de la conjunción “*o*”; y segunda, desde el prisma del adjetivo “*dolosas*”.
- Al analizar la expresión “... *por faltas graves o leves dolosas...*” desde la óptica de la conjunción “*o*”, sensatamente se deduce que el vocablo “*dolosas*” no sólo se está refiriendo a “*leves*”, sino también a “*graves*”; lo más *racional* es inferir que la palabra “*dolosas*” haga alusión tanto a “*leves*” como a “*graves*”, pues la “*o*” es *inclusiva* y, obviamente, el vocablo “*dolosas*” afecta a las dos palabras referidas.
- Finalmente, la palabra “*dolosas*” de ninguna manera se refiere ni a “*leves*” ni a “*graves*”, pues estos términos no son sustantivos, sino adjetivos, del mismo modo que la palabra “*dolosas*”. Los tres adjetivos enunciados se hallan en una misma jerarquía; ninguno subordina, supedita o sujeta al otro. Los tres términos dependen del sustantivo “*faltas*”; a él se subordinan; a él califican; a él conciernen; a él aluden; con él concuerdan en género y número; con él se

conectan y se relacionan. Insistir en que el adjetivo “*dolosas*” se relaciona con los adjetivos “*leves y graves*”, constituye un grave desacierto que ignora el principio fundamental de la sintaxis que rige todo adjetivo: la ineludible supeditación y dependencia del sustantivo.

REFERENCIAS

Forero Salcedo, J. (2007). “Garantías constitucionales en el ámbito disciplinario de los servidores estatales: Análisis desde la óptica de un derecho disciplinario autónomo”, *Diálogos de saberes*, Bogotá: Universidad Libre, vol. 1, No. 25.

Gómez Pavajeau, C. (2004). *Dogmática de Derecho Disciplinario*, Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, tercera edición.

Sánchez Herrera, E. (2007). *Dogmática practicable del derecho disciplinario: preguntas y respuestas*, Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, primera edición.

Villegas Garzón, O. (2003). *Código Disciplinario Único* (Ley 734 de 2002). *El Proceso Disciplinario*, Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.

----- (2003). *Práctica Forense Disciplinaria*, Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Grupo Ecomedios.

Jurisprudencia y conceptos

Academia Colombiana de Jurisprudencia. Oficio No. 1865, expediente No. D-5459, Norma demandada: Ley 734 de 2002, Artículos 28, 38, 47, 48, 57 y 174. Todos parcialmente. Causales de exclusión de responsabilidad disciplinaria en situación de inimputabilidad. Actor: Mejía Ossman Jaime y otros.

Colombia. Corte Constitucional, sentencia C-652/03, 5 de agosto, 2003, Referencia: expediente D-4330. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 397, 398, 399, 400, 402, 403, 408, 409, 410 (parciales) de la Ley 599 de 2000 (Código Penal) y el artículo 38, parágrafo 2 (parcial) de la Ley 734 de 2002 (Código Único Disciplinario).

Actores: Augusto Castañeda Díaz y Carolina Rodríguez Gutiérrez, magistrado ponente: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, Bogotá, D.C.

Colombia. Corte Constitucional. C-544/05, 24 de mayo, 2005, sentencia C-544/05. Referencia: expediente D-5459. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 38 (parcial) de la Ley 734 de 2002. Actor: Jaime Mejía Ossman y otro, magistrado ponente: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, Bogotá, D.C.

Colombia. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil, Radicación No. 11001-03-06-000-2007-00018-00(1813), 15 de marzo, 2007, consejero ponente: Flavio Augusto Rodríguez Arce, actor: ministro de Comunicaciones, Referencia: Inhabilidades de los miembros de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión, Ley 182 de 1995, artículo 9°, literales a) y e), e inciso final, Bogotá, D.C.

Colombia. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil, Radicación No. 11001-03-06-000-2007-00015-00(1810), 26 de marzo, 2007, magistrado ponente: Flavio Augusto Rodríguez Arce, Referencia: Proceso disciplinario. Efectos de las inhabilidades para desempeñar cargos públicos. Faltas gravísimas, inasistencia a jurado de votación. Principio de *non bis in idem*. Notificación de fallo aclarado corregido o adicionado, Bogotá, D.C.

Colombia. Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, Radicación No. 110011102000200805911-01, 16 de diciembre, 2008, decisión de segunda instancia, magistrado ponente: Dr. Carlos Arturo Ramírez Vásquez, Bogotá, D.C.

Procuraduría General de la Nación, 26 de marzo, 2007, Procuraduría Auxiliar para Asuntos Disciplinarios, Concepto No. 66-2007, Bogotá.

Procuraduría General de la Nación, 27 de abril, 2007, Procuraduría Auxiliar para Asuntos Disciplinarios, Concepto No. 88-2007, Bogotá.

Procuraduría General de la Nación, 20 noviembre, 2007, Procuraduría Auxiliar para Asuntos Disciplinarios, Concepto No. 359 – 2007, Bogotá.