

POTESTAD DISCIPLINARIA - Finalidad / SERVIDOR PUBLICO - Cumplimiento de los deberes y responsabilidades / DERECHO DISCIPLINARIO - Valora la inobservancia del ordenamiento superior y legal vigente / CONTROL DISCIPLINARIO - Garantía del cumplimiento de los fines y funciones del estado / CONSTITUCION POLITICA – Fuente primaria del derecho

En la organización Estatal constituye elemento fundamental para la realización efectiva de los fines esenciales del Estado Social de Derecho, la potestad para desplegar un control disciplinario sobre sus servidores, en atención a su especial sujeción al Estado en razón de la relación jurídica surgida por la atribución de la Función Pública; de manera pues, que el cumplimiento de los deberes y las responsabilidades por parte del servidor público, se debe efectuar dentro de la ética del servicio público, con acatamiento a los principios de moralidad, eficacia, eficiencia y demás consagrados en el artículo 209 Superior, que caracterizan la actuación administrativa y propenden por el desarrollo íntegro de la función pública con pleno acatamiento de la Constitución, la ley y el reglamento. De suerte, que el derecho disciplinario valora la inobservancia del ordenamiento superior y legal vigente, así como la omisión o extralimitación en el ejercicio de funciones; con lo que la ley disciplinaria se orienta entonces a asegurar el cumplimiento de los deberes funcionales que le asisten al servidor público o al particular que cumple funciones públicas, cuando sus faltas interfieran con las funciones estipuladas.

CONTROL PLENO DE LA JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – Obligación de confrontar los actos disciplinarios con las disposiciones de la Constitución Política y la Ley / DEBIDO PROCESO – Garantías mínimas del control pleno

Si bien la posición doctrinal de la Sección Segunda, en sus dos subsecciones, de esta Corporación, en lo que se refiere a competencia del Juez administrativo para estudiar la legalidad de actos disciplinarios, ha sido la de que tal atribución es formalmente restringida y que dicho análisis no se erige como una tercera instancia, razón por la cual no podría proceder, v.gr., a hacer una nueva valoración probatoria, aunque de hecho en muchos casos lo haya hecho; la Sala, en esta oportunidad aprecia pertinente reiterar posición expuesta en reciente fallo que, bajo una óptica diversa, explícitamente expone que el control que ejerce esta jurisdicción sobre actos disciplinarios es pleno y no admite interpretaciones restrictivas. (...) Se colige de lo anterior que no hay límites formales para el control jurisdiccional, que se hace en las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho de los actos administrativos proferidos por las autoridades administrativas disciplinarias y la Procuraduría General de la Nación, salvo aquellos límites implícitos en el texto mismo de la Constitución y en las normas legales aplicables.

PROCESO DISCIPLINARIO – Conductas constitutivas de faltas / CONDUCTAS CONSTITUTIVAS DE FALTAS DISCIPLINARIAS – Tipos abiertos / NORMAS DISCIPLINARIAS – Complemento normativo compuestos por prohibiciones, mandatos y deberes

como lo ha expuesto la Corte Constitucional en reiteradas decisiones, que el régimen disciplinario se caracteriza, a diferencia del penal, porque las conductas constitutivas de falta disciplinaria están consignadas en tipos abiertos, ante la imposibilidad del legislador de contar con un listado detallado de comportamientos

donde se subsuman todas aquellas conductas que están prohibidas a las autoridades o de los actos antijurídicos de los Servidores Públicos. Por lo tanto, las normas disciplinarias tienen un complemento normativo compuesto por disposiciones que contienen prohibiciones, mandatos y deberes, al cual debe remitirse el operador disciplinario para imponer las sanciones correspondientes, circunstancia que sin vulnerar los derechos de los procesados permite una mayor adaptación del derecho disciplinario a sus objetivos, que fue lo hecho por la demandada.

CARRERA DIPLOMATICA Y CONSULAR – Prohibiciones especiales / PROHIBICION – Hacer declaraciones sin la autorización del superior respectivo / FALTA DISCIPLINARIA – Prohibición de la norma

La Sala disiente de la posición del apoderado de la actora, cuando sostiene que el proceder de su representada no se halla tipificado como conducta sancionable disciplinariamente; pues del numeral 1 y 2 del artículo 34 de la Ley 734 de 2002, se extrae que es deber de todo servidor público, cumplir la Constitución, las leyes, decretos y los reglamentos, entre tanto del numeral 1 del artículo 35 ibídem, se tiene que está prohibido extralimitar las funciones que se tienen asignadas que, para el caso que nos ocupa, están contenidos en el artículo 81, literal i) del Decreto 274 de 2000, por el cual se regula el servicio exterior de la República y la carrera diplomática y consular, y en el artículo 91, literal b), de la guía diplomática y consular, adoptada mediante la resolución No. 2578 de 1994, vigentes para cuando ocurre el hecho, representado éste por la comunicación del 31 de marzo de 2004 que suscribe la demandante en su calidad de cónsul de Colombia en Washington, con destino al Banco Mundial. (...) De la prueba descrita en el acápite anterior, para esta Colegiatura no hay margen de duda que la actora incurre en la prohibiciones de los literales transcritos, cuando en la comunicación del 31 de marzo de 2004, en su condición de cónsul, no se limitó a dar traslado al Banco Mundial del escrito entregado por el representante legal de la firma CICON S.A., sino que, adicionalmente, emite un juicio personal de valor, al manifestar que conocía a esta sociedad y a sus socios, como cumplidores de la ley colombiana, y que se han dedicado a la ejecución de proyectos de construcción de obras civiles a nivel local y nacional, a sabiendas que dicha sociedad era objeto de investigación por parte de la entidad del orden internacional.

FUENTE FORMAL: DECRETO 274 DE 2000 – ARTICULO 81

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCION A

Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

Bogotá, D.C., veintidós (22) de agosto de dos mil trece (2013)

Radicación número: 11001-03-25-000-2012-00106-00(0446-12)

Actor: MARIA DE LOS ANGELES BARRAZA GOMEZ

Demandado: NACION - MINSITERIO DE RELACIONES EXTERIORES

Conoce la Sala en **única instancia** del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, instaurado por MARÍA DE LOS ÁNGELES BARRAZA GÓMEZ contra la NACIÓN-MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES.

ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción mencionada, consagrada en el artículo 85 del C.C.A., la doctora MARÍA DE LOS ÁNGELES BARRAZA GÓMEZ presentó demanda con el propósito de obtener la nulidad del fallo de primera instancia del 7 de junio de 2005, emanado de la Dirección de Control Disciplinario Interno del Ministerio de Relaciones Exteriores, por el cual se le impuso sanción disciplinaria de suspensión en el ejercicio de su cargo por un (1) mes, y de la decisión de segunda instancia contenida en la Resolución No. 4509 del 26 de septiembre de 2005, expedida por el despacho del Ministro, que resolvió el recurso de apelación confirmando lo decidido inicialmente.

A título de restablecimiento del derecho solicita se ordene a la demandada **(i)** indemnizarle el perjuicio material sufrido, consistente en el pago del salario que debió devengar durante el tiempo que estuvo suspendida, de manera indexada, y **(ii)** el pago de la suma máxima permitida por perjuicios morales.

Como hechos expone los siguientes:

La Dirección de Control Interno Disciplinario del Ministerio de Relaciones Exteriores, el 28 de junio de 2004 ordenó apertura de investigación disciplinaria contra la actora, formulando como único cargo el siguiente:

“manifestar su opinión personal en la comunicación oficial del 31 de marzo de 2004, dirigida al Banco Mundial, la cual suscribió en su calidad de Cónsul de Colombia en Washington, indicando que el señor MENZEL AMIN BAJAIRE - Representante Legal de la empresa CICON S.A., acudió a ella como Cónsul para

solicitar que el proceso número 55 se realice en forma objetiva e imparcial, agregando que conoce a la empresa CICON S.A. y a sus socios como personas serias, responsables y cumplidoras de las leyes colombianas; quienes se han dedicado a la ejecución de proyectos de construcción de obras civiles a nivel local y nacional”.

Informa que conforme el auto anterior la conducta fue calificada como presunta falta disciplinaria, por extralimitación de sus funciones, incumplimiento de sus deberes e incursión en prohibiciones legales, y que dentro de la oportunidad legal presentó escrito descorriendo el cargo formulado.

Que el 7 de junio de 2005 se dictó fallo de primera instancia, decidiendo:

“Declarar disciplinariamente responsable a la doctora MARÍA DE LOS ÁNGELES BARRAZA GÓMEZ, identificada con la cédula de ciudadanía 45.521.080 de Cartagena, en su condición de Cónsul de Primera Clase, Grado Ocupacional 3EX del Ministerio de Relaciones Exteriores, del cargo formulado en la presente investigación disciplinaria D.007/2004, por manifestar su opinión personal en la comunicación oficial del 31 de marzo de 2004, dirigida al Banco Mundial, la cual suscribió en su calidad de Cónsul de Colombia en Washington, indicando que el señor MENZEL AMIN BAJAIRE -Representante Legal de la empresa CICON S.A., acudió a ella como Cónsul para solicitar que el proceso número 55 se realice en forma objetiva e imparcial, agregando que conoce a la empresa CICON S.A. y a sus socios como personas serias, responsables y cumplidoras de las leyes colombianas; quienes se han dedicado a la ejecución de proyectos de construcción de obras civiles a nivel local y nacional”

Y que resultado de la anterior declaración, a título de sanción se le impuso suspensión en el ejercicio del cargo por un (1) mes. Que contra dicha decisión interpuso recurso de apelación para ante el despacho de la Sra. Ministra de Relaciones Exteriores.

Mediante la Resolución No. 4509 del 26 de septiembre de 2005 fue resuelto el recurso, confirmando en todas sus partes el acto impugnado, y dentro de las consideraciones se cuestionó el haber expresado el conocimiento de unas personas sin que éstas lo hubiesen solicitado, así como el hecho de expresar el conocimiento de los socios de una sociedad de carácter anónimo. (Este acto fue

notificado personalmente el 4 de octubre de 2005).

Como normas violadas y concepto de violación señala:

Hace mención de lo que consagran los artículos 4, 9, 13, 27 y 28 de la Ley 734 de 2002, y expone que de acuerdo con estas normas, para que una conducta de un funcionario público constituya falta disciplinaria, se requiere que concurren los siguientes presupuestos: 1) Que haya una acción u omisión del funcionario en cumplimiento de sus deberes propios del cargo o función; 2) que la conducta (acción u omisión) esté tipificada en la ley como falta disciplinaria; 3) que la conducta sea calificada como antijurídica, es decir, que además de afectar el deber funcional sin justificación alguna, lesione un interés jurídicamente tutelado, y 4) que la falta sea cometida a título de dolo o culpa.

Manifiesta que las normas citadas, como principio general, consagran que toda duda durante la investigación debe resolverse a favor del implicado, y que, en todo caso, se exime de responsabilidad cuando se realice la conducta con la convicción errada e invencible de que la misma no constituye falta disciplinaria.

Que los actos demandados violan las disposiciones mencionadas, por falta de aplicación o por aplicación indebida, lo que determina la errónea o indebida motivación y violación del debido proceso, argumentando:

i) El comportamiento endilgado a la doctora Barraza Gómez no está descrito como falta disciplinaria en la ley vigente al momento de su realización por no estar incurso en prohibición legal: Afirmando que la manifestación de la actora, en relación con el conocimiento que dijo tener de la firma CICON S.A. y de sus socios, no compromete la opinión oficial, por lo tanto no está incurso en la prohibición del literal i) del artículo 81 del Decreto 274 de 2000 ("hacer declaraciones... sin la autorización del superior respectivo), ni del literal b) del artículo 91 de la guía diplomática y consular (...dar declaraciones que comprometan la opinión oficial...En caso necesario, tales declaraciones deberán ser autorizadas por el Ministro o el Viceministro...). Y que en materia sancionatoria las normas deben interpretarse y aplicarse en sentido restrictivo, de ahí que tales prohibiciones deben estar definidas de manera clara y expresa en la norma que las consagra, no siendo procedente hacer extensivas las mismas a situaciones análogas o similares.

ii) Inexistencia de extralimitación en las funciones: Porque la manifestación de la accionada no constituye una declaración que haya comprometido la opinión oficial, sino que se trató de una actuación propia de su cargo y el cumplimiento de sus deberes legales, pues conforme los literales b) y c) del artículo 24 de la guía diplomática es deber del Cónsul, proteger los intereses de los nacionales y prestar ayuda y asistencia en el Estado receptor. Que dicha ayuda puede darse en múltiples formas, sin que la misma guía determine cuál es la manera en que se debe prestar.

iii) Inexistencia de dolo o culpa: Que en materia disciplinaria está proscrita toda forma de responsabilidad objetiva, por ello la sola manifestación del conocimiento de un hecho o circunstancia, que no compromete opinión alguna, no es factor determinante para clasificarlo como disciplinable, porque es necesario que produzca un resultado como consecuencia de una voluntad consciente o imprudente, referida a la realización de ese hecho, situación que en este caso no está configurada, ya que el proceder estuvo orientado por motivos altruistas de buena gestión y cumplimiento de sus deberes, bajo la firme convicción de que su conducta no era constitutiva de falta disciplinaria, por lo tanto queda desvirtuada cualquier forma de culpa o dolo.

iv) Inexistencia de daño antijurídico: Porque su proceder no causó algún tipo de lesión al orden jurídico, económico o moral, nacional o supranacional, ni afectó el normal proceso investigativo adelantado por el Banco Mundial; por ello -dice-, es desacertado que en los actos cuestionados se señale, que *sí existe un daño causado en la medida que su opinión fue atendida por el Banco Mundial como declaración oficial y por ello el Gobierno Colombiano se vio en la obligación de aclarar que no ha hecho ni hará pronunciamiento alguno en relación con la investigación que esa entidad adelanta*. Toda vez que su pronunciamiento no fue sobre la investigación, respecto de la cual se limitó a correr traslado de la inquietud formulada por el representante legal de la firma CICON S.A., sino una simple alusión al conocimiento de unas personas, que no incidía en el direccionamiento ni en la decisión de la investigación, ni causó algún daño. Cita las sentencias C-373 y C-948 de 2002 y la C-431 de 2004 de la Corte Constitucional.

v) Causal de exclusión de responsabilidad: Como quiera que su proceder estuvo

orientado por la convicción firme e inequívoca de estar cumpliendo de manera idónea con las funciones y deberes que el cargo le imponía; ya que los literales b) y e) del artículo 224 de la guía diplomática y consular, señala que es deber el Cónsul proteger los intereses de los nacionales, por ello, está dentro de la causal de exclusión de responsabilidad disciplinaria de que trata el numeral 6 del artículo 28 del C.U.D. Que en ningún momento ha argumentado desconocimiento de la ley, sino todo lo contrario, por conocer bien cuáles eran sus funciones y deberes como Cónsul, tenía la plena convicción que con su actuar no incurría en causal de falta disciplinaria, razón por la cual no tenía duda alguna que despejar con sus superiores.

vi) Violación del debido proceso: Lo argumenta expresando que la demandada en la Resolución No.4509 del 26 de septiembre de 2005, con relación a la petición de pruebas, en la parte considerativa dice: *“Solicita la práctica de algunas pruebas, las cuales no serán decretadas en razón a que el término para pedir las (sic) y el despacho no considera necesario decretarlas de oficio pues se encuentra que en el expediente obran elementos de juicio necesarios para un pronunciamiento de fondo, por lo que la petición es improcedente.”*; pero, que en la parte resolutive de dicho acto no se hizo ningún pronunciamiento con relación a la petición de pruebas. Tampoco se expusieron argumentos idóneos para considerar que las pruebas eran impertinentes, ni se hizo uso del deber legal de decretar pruebas de oficio. Trae a colación lo dispuesto en el artículo 179 del C.P.C, así como sentencia de la C.S.J Cas. Civil, del 12 de septiembre de 1994, exped. 4293, MP Pedro Lafont Pianeta y la sentencia T-1395 de 2000 de la Corte Constitucional

TRÁMITE DEL PROCESO

La demanda fue presentada el 3 de febrero de 2006 ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca¹, que por auto del 19 de abril de 2006 la admite (fl.58-59); luego, por auto del 18 de julio de 2006 (fl.64), en razón de la cuantía y que entraron a operar los Juzgados Administrativos, remitió el proceso a la oficina de apoyo y de servicios para éstos en la ciudad de Bogotá, correspondiendo por reparto al Juzgado 16 Administrativo del Circuito(fl.56), que mediante providencia

¹ Escrito de la demanda obra de los fls.36-55 del cuaderno principal.

Nota: En adelante cuando se citen folios y no se señale cuaderno, se debe partir que hace parte del principal.

del 29 de noviembre de 2006 asume el conocimiento (fl.69-70), por oficio del 15 de diciembre de 2008 (fl.78-79) solicitó a la accionada los antecedentes administrativos que dieron origen al fallo de primera y segunda instancia; la demanda fue contestada ante ese despacho (fl.80-97), que a través de decisión del 23 de junio de 2009 (fl.322-323) abrió el proceso a pruebas, y, finalmente, por auto del 28 de octubre de 2009 (fl.338-339) el Juzgado, al amparo de lo considerado en providencia del 27 de marzo de 2009 de la Sección Segunda de esta Corporación², establece que el competente para conocer en única instancia del proceso, por tratarse de una sanción disciplinaria de suspensión con cuantía determinada, es la Sección Segunda del Consejo de Estado, por tal motivo declara la nulidad de lo actuado a partir del 19 de abril de 2006, es decir, a partir del auto que admitió la demanda, y envía el expediente.

Por reparto en la Sección Segunda del Consejo de Estado correspondió al suscrito el conocimiento del caso (fl.341), que mediante auto del 30 de abril de 2010 ordena notificar la demanda y fijarla en lista (fl.343); la demanda es contestada (353-373); a través de providencia del 26 de noviembre de 2010 se abre el término probatorio (fl.378-379), ordenando tener como tales las aportadas por las partes y las decretadas por el Juzgado 16 Administrativo del Circuito de Bogotá.

Ahora, este despacho, mediante providencia del 31 de marzo de 2011(fl.381-384), respaldado en decisión de la Sala Plena de la Sección Segunda del 4 de agosto de 2010³, declaró la nulidad de lo actuado a partir del auto del 30 de abril de 2010, por medio del cual se admitió la demanda, y, en consecuencia, remitió el expediente nuevamente al Juzgado 16 Administrativo del Circuito de Bogotá, que por auto del 1º de junio de 2011(fl.388) asumió nuevamente el conocimiento y corrió traslado a la partes para alegar de conclusión, sin embargo, mediante decisión del 8 de agosto de 2011 (fl.428), el Juzgado lo remite a la oficina de apoyo a fin de que sea fallado por un Juzgado Administrativo de Descongestión. Correspondió al Juzgado 5º Administrativo de Descongestión, que el 29 de agosto de 2011 profirió sentencia (fl. 430-446), apelada para ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca por la parte actora, correspondiendo por reparto

² Radicado interno 1985-2006, CP Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

³ CP Dr. Gerardo Arenas Monsalve. Que unificó criterio, en el sentido de determinar que esta Sección era competente en única instancia para conocer los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho, con o sin cuantía, en los cuales se controviertan sanciones disciplinarias, *sólo en cuanto impliquen retiro definitivo del servicio.*

al Magistrado de la Sección Segunda, Subsección "D", Dr. Luís Alberto Álvarez Parra, quien por auto del 6 de diciembre de 2011, resguardado en providencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado, con ponencia del Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila⁴, resolvió remitirlo por competencia nuevamente a esta Corporación. Razón por la cual el despacho del suscrito a través de auto del 29 de junio de 2012 avoca el conocimiento, admite la demanda, dispone notificarla y que se fije en lista.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA⁵

La Nación-Ministerio de Relaciones Exteriores, a través de apoderado contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones, y que en su lugar se declare que los actos demandados se encuentran ajustados a derecho, porque fueron expedidos en acatamiento a disposiciones constitucionales y legales que rigen el proceso disciplinario, y con absoluta observancia del debido proceso.

Como hechos y razones de la defensa el Ministerio expone que:

No hay una confrontación de las normas, porque el desarrollo de la demanda se encuadra en los argumentos de defensa en el ámbito disciplinario, y no puede la parte actora convertir la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en una tercera instancia del proceso disciplinario, tendiente a realizar una nueva valoración del acervo probatorio; máxime que no se determina si en la expedición de los actos se incurrió en falsa motivación, falta de motivación, o desviación de poder, es decir, no se planteó una causal de nulidad.

Con apego al principio de legalidad, que traza límites al ejercicio del poder tanto al momento de configurar los hechos, como al de determinar las consecuencias jurídicas de los mismos, con las que se excluyen la arbitrariedad y el exceso en el cumplimiento de la tarea de la represión disciplinaria, en el caso concreto se garantizó en la actuación disciplinaria el debido proceso, indicándose en qué consistía en cada etapa, en donde la investigada participó dinámicamente

⁴ Radicado interno 0145-10. Por la cual se complementó auto del 4 de agosto de 2010, *"determinando que los actos administrativos del orden nacional relacionados con sanciones disciplinarias administrativas que impliquen retiro temporal o definitivo del servicio, esto es, destituciones o suspensiones en el ejercicio del cargo, con o sin cuantía serán de competencia del H. Consejo de Estado en única instancia"*

⁵ Escrito de contestación ante este despacho, visible a fls.486-490.

interponiendo los recursos, presentando descargos y ejerciendo los derechos que le asistían como implicada -cada uno atendido dentro de los límites propios el proceso-, con lo cual se garantizó la preservación y respeto del derecho de defensa; y al haberse evaluado si había o no ilicitud disciplinaria y en qué consistía, como le fue imputado, es porque ésta se verificó con la conducta endilgada, por lo tanto, al predicarse el carácter antijurídico de ella, la decisión fue de carácter sancionatorio.

Cuando con la realización de una conducta de un servidor público se establece que el deber funcional fue transgredido, o fue puesto en peligro, tiene que reconocerse la existencia de la ilicitud sustancial, lo cual obligaba al operador disciplinario a realizar un análisis del comportamiento como infracción disciplinaria, resultando legítima y constitucional la gestión del investigador cuando optó por continuar con la investigación, y con base en los elementos probatorios imponer una sanción, la misma se halla revestida desde todos los ámbitos legales.

Revisada la actuación disciplinaria, y lo que expone la parte actora, no logra desvirtuar la presunción de legalidad de los actos disciplinarios demandados, porque no demuestran que se hayan presentado irregularidades en la evaluación de la antijuridicidad en la calificación de la investigación disciplinaria que configuran extralimitación de funciones, ni presentan o analizan hechos que alcancen la suficiente certeza para cuestionar la sanción disciplinaria impuesta por el Ministerio a la actora, que con su conducta afectó el deber funcional.

Propuso la excepción *Ineptitud de la demanda* por ausencia del concepto de violación, toda vez que la parte actora no estructura argumentativamente las supuestas violaciones, porque si los actos cuestionados gozan de la presunción de legalidad, quien alega su ilegitimidad debía motivarla, ya sea por incompetencia, o la existencia de un vicio de forma, la falsa o la falta de motivación, desviación de poder, violación de la regla de derecho, precisando bajo cuál de estas modalidades está atacando el acto. Por ello es irracional que deba el Juez administrativo buscar de oficio los posibles motivos de nulidad de los actos demandados.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La **parte demandante** presentó alegatos⁶, esgrimiendo en esencia lo expuesto en la demanda

La **parte demandada** allegó alegatos⁷, reiterando lo manifestado en la contestación.

El Ministerio Público rindió concepto⁸, solicita denegar las pretensiones porque se acreditó suficientemente que los actos acusados y, en general, la actuación administrativa disciplinaria adelantada por la demandada, se desarrolló ajustada a las previsiones sustantivas y procesales contenidas en la Ley 734 de 2002.⁹

⁶ Fls.495-503.

⁷Fls.504-507.

⁸ Ver fls.509-517.

⁹ Como soporte de su concepto, entre otras cosas, dice:

“Es claro para esta Agencia del Ministerio Público, que la conducta que se le reprocha y que se dedujo de las pruebas recaudadas hasta ese momento, evidencian el haber incurrido en extralimitación de sus funciones, el incumplimiento de sus obligaciones legales y procedimentales que debía respetar en el ejercicio de su deber funcional.

Cabe señalar que la demandante estuvo representada por su apoderado de confianza y que en su oportunidad (17 de marzo de 2005) presentó descargos, bajo argumentos similares a los que enunció en la presente demanda y respecto a las pruebas se remitió a los medios probatorios que obraran en el expediente.

(...)

Ahora bien, considera esta Agencia del Ministerio Público que la decisión de primera instancia proferida el 7 de junio de 2005 por la Directora de Control Disciplinario Interno, fue debidamente motivada, con base en las pruebas oportunamente solicitadas, decretadas y allegadas al plenario y atendiendo las alegaciones de defensa de la servidora pública investigada, resolviendo la controversia al imponer una sanción por el incumplimiento de los deberes y obligaciones funcionales contenidos en la Constitución y las normas legales contrariando sus funciones como miembro del cuerpo diplomático que representa al Gobierno de Colombia en el exterior, lo que derivó en el señalamiento de haber faltado a sus deberes funcionales, contenidos en el artículo 34 de la ley 734 de 2002 (numerales 1 y 2), incurrir en las prohibiciones generales de los servidores públicos a que hace referencia el numeral 1° del artículo 35 y específicamente las prohibiciones para los funcionarios pertenecientes a la carrera diplomática y consular, literal i) del artículo 81 de la ley 274 de 2000 y literal b) del artículo 91 de la Guía Diplomática y Consular adoptada mediante resolución 2578 del 4 de agosto de 1994, conductas que fueron examinadas ampliamente en la decisión de primera instancia y finalmente calificadas como falta grave a título de culpa, lo que guarda armonía con la sanción impuesta de suspensión en el ejercicio del cargo por un (1) mes

(...)

..., se constata que se cumplió el trámite del proceso disciplinario por parte de la entidad demandada, con respeto de los derechos y garantías constitucionales de la implicada, como quiera que pudo ejercer plenamente su derecho de defensa y contradicción, y si no lo hizo oportunamente, como por ejemplo en lo referente a solicitud de pruebas, no puede utilizar su propia desidia como causal de nulidad o de vulneración a sus derechos. Sin embargo, en este caso, fue activa en el proceso disciplinario recorrió los cargos y presentó los alegatos de conclusión en los que reiteró sus argumentos de defensa en pos de una decisión absolutoria.

(...)

La decisión de segunda instancia, mediante resolución No.4509 del 26 de septiembre de 2005 proferida por el Viceministro de relaciones Exteriores encargado de las funciones del despacho de la Ministra de Relaciones Exteriores, atendió el recurso de apelación interpuesto por la accionante que centró su inconformidad en los mismos argumentos que sirven de sustento a la presente demanda.

(...)

Visto lo anterior, no se observa la violación al derecho de defensa por no decretarse las pruebas solicitadas en el recurso de apelación por la demandante, pues el despacho examinó en detalle cada una de las solicitadas, argumentando en forma coherente las razones de su improcedencia, teniendo en cuenta de una parte su extemporaneidad, el no ser necesarias, además de tampoco considerar hacerlo de oficio, decisiones que

CONSIDERACIONES

EL PROBLEMA JURÍDICO.

La cuestión jurídica a resolver se circunscribe a determinar si los actos demandados, proferidos por el Ministerio de Relaciones Exteriores, por medio de los cuales se impuso sanción disciplinaria a la demandante, en su condición de Cónsul de Colombia en Washington, de suspensión en el ejercicio del cargo por un (1) mes, se ajustan a la legalidad.

CUESTIÓN PREVIA.

Se debe establecer, previamente, si hay ineptitud de la demanda como lo excepciona la demandada, cuando argumenta que no se expone en el concepto de violación -de manera clara- la causal de nulidad de la que supuestamente adolecen los actos demandados; pues de ser así conllevaría a una sentencia inhibitoria que, por regla general, debe ser lo excepcional, generando una indefinición en la declaración del derecho.

Cuando un asunto es llevado a los estrados judiciales, sea este de carácter civil, comercial, laboral, contencioso administrativo, o de cualquier otra índole, el cometido esencial a tener en cuenta por quien imparte justicia es que la controversia debe culminar con una resolución judicial de fondo, declarando o reconociendo el derecho y/o razón de una de las partes o, por el contrario, negando lo pretendido, salvo que la carencia sea de tal magnitud que impida al operador judicial penetrar en la materia del asunto que se le plantea, dejando de adoptar resolución de mérito.

hacen parte del fuero del operador disciplinario acorde con el procedimiento legal y sin violación de norma superior alguna.

Concluye esta Agencia del Ministerio Público, que fueron examinadas todas las pruebas allegadas oportunamente al expediente, que los operadores disciplinarios de primera y segunda instancia consideraron pertinentes, conducentes y necesarias para esclarecer los hechos de la investigación y llegar a la certeza de las conductas infringidas por la entonces servidora pública.

Igualmente, se reitera que los motivos de inconformidad que esbozó la accionante en la demanda, son los mismos que plasmó a lo largo del proceso y en el recurso de apelación contra la decisión de primera instancia, luego de ninguna forma se ha vulnerado el debido proceso y no es esta acción una tercera instancia para controvertir los alegatos de la encartada, quien como se dijo, ya las ha discutido en la primera y segunda instancia del proceso disciplinario, ni para cuestionar los elementos de convicción de la valoración que hizo la entidad demandada que se estima estuvo ajustada a la sana crítica."

Ahora, si bien en acciones como la que nos ocupa se aplica el principio de la jurisdicción rogada, consistente en que la legalidad y validez de los actos demandados solo puede juzgarse frente a las normas citadas como violadas y su respectivo concepto de violación, lo cual tiene fundamento en lo dispuesto en el artículo 137, numeral 4º del C.C.A., no puede perderse de vista que la Corte Constitucional, cuando declaró la exequibilidad de esta norma, en sus consideraciones señala que en desarrollo *“del principio de la prevalencia del derecho sustancial, no se debe extremar la aplicación de la norma acusada, al punto tal que se aplique un rigorismo procesal que atente contra dicho principio. En tal virtud, defectos tales como la cita errónea de una disposición legal que por su contenido es fácilmente identificable por el juez, o el concepto de la violación insuficiente pero comprensible, no pueden conducir a desestimar un cargo de nulidad.”*¹⁰ (Resaltado no es del texto original).

En el *sub lite* visto el contenido de la demanda, la Sala no desconoce que presenta la falencia resaltada por la accionada, sin embargo de la lectura de la misma, en el acápite denominado *“consideraciones jurídicas, violación de normas y concepto de la violación”* (fls.39-53), se puede inferir que el cuestionamiento está dirigido a exponer que se vulneró el debido proceso, por la falta de aplicación o indebida aplicación de los artículos 4, 5, 9,13, 27 y 28-6 de la Ley 734 de 2002, cuando se plantea que el comportamiento endilgado a la implicada no está descrito como falta disciplinaria, o que no existe extralimitación en las funciones, ni dolo o culpa, ni daño antijurídico; o que no se decretaron pruebas solicitadas en la segunda instancia. Es más, textualmente en la demanda se afirma que *“[[]os actos demandados violan las anteriores disposiciones, por falta de aplicación o por aplicación indebida... lo que a su vez determina errónea o indebida motivación y violación al debido proceso.”*

Por ello estima la Sala, que en el *sub lite* la carencia no tiene la virtud de conllevar la imposibilidad de estudiar y decidir de fondo el asunto, por lo tanto no prospera la excepción propuesta.

REFLEXIONES EN ORDEN A DEFINIR EL CASO.

¹⁰ Sentencia C-197 de 1999, MP Dr. Antonio Barrera Carbonell.

Con tal propósito estima la Sala pertinente hacer alusión, sucintamente, a la potestad disciplinaria del Estado y a la competencia del Juez Administrativo para analizar la legalidad de actos disciplinarios, a fin de dictaminar si de acuerdo con el acontecer del trámite disciplinario y los elementos probatorios, los actos cuestionados se ajustan al marco jurídico nuestro.

La potestad disciplinaria del Estado.

El derecho disciplinario encuentra especial arraigo en los artículos 124 y 277 de la Constitución, conforme a los cuales le corresponde al Legislador determinar la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva. Igual predicamento se puede hacer en relación con los particulares que cumplan funciones públicas, quienes por tal circunstancia asumen atribuciones de autoridad con las responsabilidades correlativas que se deriven al tenor del artículo 6 superior, en concordancia con los artículos 116, 123, 210 y 267 ibídem.

En este orden de ideas el Congreso de la República expidió la ley 734 de 2002, contentiva del Código Disciplinario Único, determinando -en esencia- como destinatarios de sus mandatos a los servidores públicos y a los particulares que ejerzan funciones públicas.¹¹

En la organización Estatal constituye elemento fundamental para la realización efectiva de los fines esenciales del Estado Social de Derecho, la potestad para desplegar un control disciplinario sobre sus servidores, en atención a su especial sujeción al Estado en razón de la relación jurídica surgida por la atribución de la Función Pública; de manera pues, que el cumplimiento de los deberes y las responsabilidades por parte del servidor público, se debe efectuar dentro de la ética del servicio público, con acatamiento a los principios de moralidad, eficacia, eficiencia y demás consagrados en el artículo 209 Superior, que caracterizan la actuación administrativa y propenden por el desarrollo íntegro de la función pública con pleno acatamiento de la Constitución, la ley y el reglamento.

De suerte, que el derecho disciplinario valora la inobservancia del ordenamiento superior y legal vigente, así como la omisión o extralimitación en el ejercicio de funciones; con lo que la ley disciplinaria se orienta entonces a asegurar el

¹¹ Sentencia C-107 de 2004 de la Corte Constitucional, MP Dr. Jaime Araujo Rentería.

cumplimiento de los deberes funcionales que le asisten al servidor público o al particular que cumple funciones públicas, cuando sus faltas interfieran con las funciones estipuladas.

Si los presupuestos de una correcta administración pública son la diligencia, el cuidado y la corrección en el desempeño de las funciones asignadas a los servidores del Estado, la consecuencia jurídica no puede ser otra que la necesidad del castigo de las conductas que infringen tales deberes y prohibiciones que les corresponden, teniendo en cuenta la regla general de que la actividad pública es reglada.

La competencia de la Jurisdicción contencioso-Administrativa para analizar la legalidad de actos disciplinarios.

Si bien la posición doctrinal de la Sección Segunda, en sus dos subsecciones, de esta Corporación, en lo que se refiere a competencia del Juez administrativo para estudiar la legalidad de actos disciplinarios, ha sido la de que tal atribución es formalmente restringida y que dicho análisis no se erige como una tercera instancia, razón por la cual no podría proceder, v.gr., a hacer una nueva valoración probatoria, aunque de hecho en muchos casos lo haya hecho; la Sala, en esta oportunidad aprecia pertinente reiterar posición expuesta en reciente fallo que, bajo una óptica diversa, explícitamente expone que el control que ejerce esta jurisdicción sobre actos disciplinarios es pleno y no admite interpretaciones restrictivas. En efecto, en decisión del 2 de mayo de 2013, la Sección Segunda, Subsección "A"¹², al respecto precisa:

“El control que ejerce la jurisdicción contencioso-administrativa sobre los actos administrativos disciplinarios proferidos por la Administración Pública o por la Procuraduría General de la Nación **es un control pleno e integral**, que se efectúa a la luz de las disposiciones de la Constitución Política como un todo y de la ley en la medida en que sea aplicable, y que no se encuentra restringido ni por aquello que se plantee expresamente en la demanda, ni por interpretaciones restrictivas de la competencia de los jueces que conforman la jurisdicción contencioso-administrativa.

La entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, con su

¹² Radicado interno 1085-2010, CP Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

catálogo de derechos fundamentales y sus mandatos de prevalencia del derecho sustancial en las actuaciones de la administración de justicia (art. 228, C.P.) y de prevalencia normativa absoluta de la Constitución en tanto norma de normas (art. 4, C.P.), implicó un cambio cualitativo en cuanto al alcance, la dinámica y el enfoque del ejercicio de la función jurisdiccional, incluyendo la que ejercen los jueces de la jurisdicción contencioso-administrativa (incluyendo al Consejo de Estado). En efecto, según lo han precisado tanto el Consejo de Estado como la Corte Constitucional, la plena vigencia de los derechos y garantías fundamentales establecidos por el constituyente exige, en tanto obligación, que los jueces sustituyan un enfoque limitado y restrictivo sobre el alcance de sus propias atribuciones de control sobre los actos de la administración pública, por un enfoque garantista de control integral, que permita a los jueces verificar en casos concretos si se ha dado pleno respeto a los derechos consagrados en la Carta Política.

Esta postura judicial de control integral del respeto por las garantías constitucionales contrasta abiertamente con la posición doctrinal y jurisprudencial prevaleciente con anterioridad, de conformidad con la cual las atribuciones del juez contencioso-administrativo son formalmente limitadas y se restringen a la protección de aquellos derechos y normas expresamente invocados por quienes recurren a la justicia, posición -hoy superada- que otorgaba un alcance excesivamente estricto al principio de jurisdicción rogada en lo contencioso-administrativo. Este cambio, constitucionalmente impuesto y de gran calado, se refleja nítidamente en un pronunciamiento reciente del Consejo de Estado, en el cual la Sección Segunda-Subsección "B" de esta Corporación¹³, recurriendo a los pronunciamientos de la Corte Constitucional y dando aplicación directa a los mandatos de la Carta, rechazó expresamente una postura restrictiva que limitaba las facultades garantistas del juez contencioso-administrativo en materia de control de las decisiones disciplinarias de la Procuraduría General de la Nación con base en el principios de jurisdicción rogada, y adoptó en su reemplazo una postura jurisprudencial que exige a las autoridades jurisdiccionales realizar, en tanto obligación constitucional, **un control sustantivo pleno que propenda por materializar, en cada caso concreto, el alcance pleno de los derechos establecidos en la Constitución...**

(...)

En este sentido, el Consejo de Estado ha subrayado, y desea enfatizar en la presente providencia, que la diferencia fundamental que existe entre la actividad y valoración probatoria del fallador disciplinario, y la actividad y valoración probatoria del juez contencioso administrativo -en virtud de la cual el proceso judicial contencioso no puede constituir una tercera instancia disciplinaria-, **no implica bajo ninguna perspectiva que el**

¹³ Hace alusión a sentencia del 19 de agosto de 2010, radicado interno 1146-05, CP Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

control jurisdiccional de las decisiones disciplinarias sea restringido, limitado o formal, ni que el juez contencioso carezca de facultades de valoración de las pruebas obrantes en un expediente administrativo sujeto a su conocimiento; y también ha explicado que **el control que se surte en sede judicial es específico, y debe aplicar en tanto parámetros normativos no sólo las garantías puramente procesales sino también las disposiciones sustantivas de la Constitución Política que resulten relevantes...**” (Resaltado es del texto original).

Se colige de lo anterior que no hay límites formales para el control jurisdiccional, que se hace en las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho de los actos administrativos proferidos por las autoridades administrativas disciplinarias y la Procuraduría General de la Nación, salvo aquellos límites implícitos en el texto mismo de la Constitución y en las normas legales aplicables.

Acotadas las precedentes premisas, se pasa a ilustrar el desarrollo del proceso disciplinario a través del material probatorio existente, en procura de abordar el examen de los motivos de inconformidad de la parte actora y resolver los cargos.

Resumen del proceso disciplinario conforme el material probatorio, y lo que se extrae de él.

- A fl.140 obra correo electrónico del 22 de abril de 2004, de la Directora del programa presidencial de modernización, eficiencia, transparencia y lucha contra la corrupción de la Presidencia de la República (María Margarita Zuleta), enviado a la Jefe de gabinete del Ministerio de Relaciones Exteriores (Isabella Barrios), asunto: **“Banco Mundial-ACUACAR-María de los Angeles Barraza”**, y en él textualmente señala:

“El Departamento de Integridad Institucional del Banco Mundial (en adelante INT) adelanta una investigación por haber recibido denuncias en el sentido de que varias empresas habían presentado certificados fraudulentos y/o inexactos de su experiencia anterior en el marco de sus ofertas en cuatro contratos financiados por el Banco Mundial en el proyecto de acueducto, alcantarillado y gestión ambiental en Cartagena, financiado por el préstamo No. 4507-CO del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF).

Al parecer hay posibles infracciones a la legislación colombiana en materia penal y contractual. En particular se refieren a certificados de experiencia presentados por varias empresas colombianas...las empresas en cuestión son CICON,...

La investigación del Banco Mundial está en curso en el momento (adjunto resumen ejecutivo) y naturalmente el pronunciamiento del cónsul colombiano en Washington de fecha 31 de marzo ha

sido entendido como pronunciamiento del gobierno.

La señora María de los Ángeles Barraza, cónsul en Washington, el 31 de marzo de 2004 certificó ante el Banco Mundial lo siguiente:

‘El señor MENZEL AMIN BAJAIRE, en su condición de representante legal de la empresa CICON S.A. ha acudido a mí como Cónsul de Colombia en Washington D.C, para solicitar que en proceso número 55 que adelanta el comité de Integridad del BANCO MUNDIAL, sea realizado en forma objetiva e imparcial.

Así mismo, me permito informar que a la empresa CICON S.A., y sus socios, los conozco como personas serias y responsables y cumplidoras de las leyes colombianas; quienes se han dedicado a la ejecución de proyectos de construcción de obras civiles a nivel local y nacional. (Resaltado no es el texto original).

Como habíamos hablado el Programa Presidencial va a escribirle al NIT para aclarar que el gobierno... no ha hecho pronunciamiento alguno sobre la conducta de las compañías involucradas en la investigación que adelanta”

- A fl.104 aparece oficio suscrito por la Directora del programa presidencial de modernización, eficiencia, transparencia y lucha contra la corrupción de la Presidencia de la República, dirigido al Departamento de integridad Institucional del Banco Mundial, de fecha 22 de abril de 2004, referencia: **Investigación sobre Proyecto de ACUACAR financiado por el préstamo No. 4507-CO del BIRF**, en el que manifiesta:

“El gobierno colombiano no ha hecho, ni hará pronunciamiento oficial alguno en relación con la investigación de la referencia y respeta el proceso, las actuaciones y las decisiones del Departamento de integridad Institucional del Banco Mundial.

Las opiniones de un funcionario consular por fuera de las funciones establecidas expresamente en la ley no comprometen, ni expresan, ni representan la posición del gobierno colombiano.”

- A fls.146-150, está auto apertura de investigación disciplinaria D007/2004 de fecha 28 de junio de 2004, suscrito por la directora de control disciplinario interno del Ministerio de Relaciones Exteriores, contra la Cónsul María de los Ángeles Barraza. Iniciada con ocasión del traslado, que hace a ese despacho la jefe de gabinete de ese Ministerio (Isabella Barrios), del correo electrónico del 22 de abril de 2004 que le había sido remitido por la Directora del programa presidencial de modernización, eficiencia, transparencia y lucha contra la corrupción de la Presidencia de la República, y de la certificación que expidió la cónsul el 31 de marzo de ese año, dirigida al Banco Mundial. Este auto fue notificado personalmente a la implicada el 9 de julio de 2004 (fl.160).

- Fl.164-165, memorando del 1º de julio de 2004 del Director de Talento humano del Ministerio de Relaciones Exteriores, del cual se obtiene que la encartada desde el 15 de enero de 2004 se desempeña como cónsul de Colombia en Washington.

- A fls.186-188, versión libre rendida el 22 de septiembre de 2004 por la Cónsul donde manifiesta:

“Sí conozco los hechos a los cuales me refiero. El Representante legal de la firma CICON S.A., mediante comunicación dirigida a la cónsul de Colombia en Washington, solicitó por ser la competente los buenos oficios de la misma para que el proceso que se lleva en el Banco Mundial sea adelantado con agilidad, imparcialidad y objetividad. De acuerdo con lo anterior y de conformidad con lo estipulado en la Guía Diplomática y Consular de la República de Colombia, Capítulo de las Funciones y Deberes del Personal del Servicio Exterior, expedí una comunicación dirigida al Banco Mundial, en la cual doy traslado de la solicitud del Representante legal de CICON S.A.”

Cuando se le pregunta si había solicitado orientación a sus superiores respecto de la petición de la firma CICON S.A., manifestó: *“No solicité orientación este asunto”*(sic).

Se le interroga si tenía conocimiento de las implicaciones que podría tener el contenido de su oficio y si esta actuación podría eventualmente extralimitar sus funciones, contestó:

“Teniendo en cuenta que el trámite que se le dio a la solicitud efectuada por la firma CICON S.A., es un trámite normal dentro de las funciones que desempeño en este consulado, no encuentro que haya extralimitado mis funciones. Como se puede observar en la Guía Diplomática y Consular, Funciones y Deberes del Personal al Servicio Exterior en su artículo 224 Funciones de Cónsules Literal b) y e) contempla: literal b) “Proteger en el estado receptor los intereses de Colombia y de sus nacionales, sean personas naturales o jurídicas, dentro de los límites permitidos por el derecho internacional”. Literal e) Prestar ayuda y asistencia a los nacionales colombianos sean personas naturales o jurídicas. Muy en especial a quienes se encuentren detenidos.”

Expone que su actuación estuvo acorde con los lineamientos del cargo, y que la solicitud del representante legal de la sociedad fue hecha por escrito, adjuntó copia de la misma en 11 folios.

Por lado alguno en su versión informa que, además del traslado de los documentos al Banco Mundial, haya certificado conocer a la firma CICON S.A., y a sus socios, y que eran cumplidores de las leyes colombianas.

- A fl.189, escrito del 23 de marzo de 2004, suscrito por el representante legal de la firma CICON S.A., dirigido a la cónsul de Colombia en Washington, al que adjunta certificado de existencia y representación, expedido por la cámara de comercio de Cartagena, donde le manifiesta:

“En mi condición de representante legal de la empresa CICON S.A., acudo a usted como representante de Colombia en esa localidad. Respetuosamente le solicitó sus oficios ante el Banco Mundial, el cual se encuentra ubicado dentro del área de su competencia como cónsul, en

el proceso número (sic) 55 que adelanta el comité de integridad de dicha entidad. A su vez, le solicitamos sus buenos oficios para que dicho proceso sea adelantado con integridad, imparcialidad y objetividad. La empresa CICON S.A., la cual represento, se ha dedicado desde sus inicios a la ejecución a nivel local y nacional de proyectos de obras civiles”

- FI.200-217, auto de cargos de fecha 19 de enero de 2005, en el cual, luego de establecer los supuestos fácticos, el procedimiento, las pruebas, se formula el siguiente cargo:

“Manifiestar su opinión personal en la comunicación oficial del 31 de marzo de 2004, dirigida al Banco Mundial, la cual suscribió en su calidad de Cónsul de Colombia en Washington, indicando que el señor MENZEL AMIN BAJAIRE -Representante Legal de la empresa CICON S.A., acudió a ella como Cónsul para solicitar que el proceso número 55 se realice en forma objetiva e imparcial, agregando que conoce a la empresa CICON S.A. y a sus socios como personas serias, responsables y cumplidoras de las leyes colombianas; quienes se han dedicado a la ejecución de proyectos de construcción de obras civiles a nivel local y nacional”.

Acto seguido en este auto se hace un análisis de las pruebas y de los argumentos expuestos por los sujetos procesales, entre ellos el contenido de lo certificado por la Cónsul, la precisión que debió hacer el gobierno colombiano al Banco Mundial, la versión libre de la disciplinada en la que manifiesta que cumplió con el deber contenido en los literales b) y e) del artículo 224 de la guía diplomática y consular, precisando el disciplinador que, si bien era cierto que dentro de las funciones de los cónsules están las establecidas en los literales mencionados, también lo es que están sujetos a deberes y prohibiciones, estableciendo que:

*“...la opinión personal de la doctora MARÍA DE LOS ANGELES BARRAZA en calidad de Cónsul de Colombia, consignada en su comunicación oficial del 31 de marzo de 2004, se constituye en una declaración por fuera de sus funciones, pues como puede verse la comunicación consta de dos partes, en la primera da traslado de la solicitud el interesado, **pero en la segunda expresa claramente una opinión personal respecto a la empresa CICON y a sus socios, opinión que según la doctora ZULETA, fue entendida por el Banco Mundial como pronunciamiento del Gobierno Colombiano, prueba de ello es que el Programa Presidencial de Lucha Contra la Corrupción(sic), se vio en la necesidad de aclarar la situación, manifestando que no ha hecho ni hará pronunciamiento alguno...**” (Destaca la Sala).*

Como normas violadas se señalan los numerales 1 y 2 del artículo 34¹⁴, y el numeral 1 del artículo 35¹⁵, de la Ley 734 de 2002, en concordancia con el literal i) del artículo 81¹⁶ del D-L 274 de 2000, por el cual se regula el servicio exterior de la

¹⁴ “Artículo 34. Son deberes de todo servidor público:

1-. Cumplir... los decretos... reglamentos...”

2-. Cumplir con... imparcialidad el servicio que le sea encomendado y abstenerse de cualquier acto... que implique abuso indebido del cargo o función. (...)”

¹⁵ “Artículo 35. A todo servidor público le está prohibido:

1-. Incumplir los deberes... o extralimitar las funciones contenidas en los decretos... reglamentos...”

¹⁶ “ARTICULO 81. PROHIBICIONES ESPECIALES. Además de las prohibiciones establecidas para los empleados públicos del orden nacional, a los funcionarios pertenecientes a la Carrera Diplomática y Consular y, en general, a los funcionarios del servicio exterior, les está prohibido expresamente: (...)

i. Hacer declaraciones,... sin la autorización del superior respectivo. (...)”

República y la carrera diplomática y consular, y el literal b) del artículo 91¹⁷ de la guía diplomática y consular, adoptada mediante la resolución No. 2578 de 1994. Se habla de la modalidad de la conducta y la culpabilidad, calificada provisionalmente a título de culpa grave, precisando que en el curso del trámite no se ha probado causal que justifique dicho actuar.

Este auto fue notificado personalmente a la investigada el 3 de marzo de 2005 (fl.222).

- Fl.224-233, escrito de descargos que presenta la encartada a través de su apoderado. En ellos hace mención de los artículos 4, 5, 9,13, 27 y 28 de la Ley 734 de 2002, anotando que:

“De acuerdo a las normas citadas, para que una conducta de un funcionario público constituya falta disciplinaria, se requiere que concurran los siguientes elementos: // 1. Que haya una acción u omisión del funcionario público, en cumplimiento de sus deberes propios del cargo o función. 2) Que la conducta (acción u omisión) esté tipificada en la ley como falta disciplinaria. 3) Que la conducta se calificada como antijurídica, lo que significa que, además de afectar el deber funcional sin justificación alguna, lesione el interés jurídicamente tutelado. 4) Que la falta disciplinaria sea cometida a título de dolo o culpa. // Además señalan las normas, como principio general, que toda duda durante la investigación, debe resolverse a favor del implicado, y que, en todo caso, se exime de responsabilidad cuando se realice la conducta con la convicción errada e invencible de que la misma no constituye falta disciplinaria”.

Acota que la supuesta falta disciplinaria la viene a constituir la segunda parte de la manifestación de la Cónsul, que dice: *“...me permito informar que a la empresa CICON S.A., y sus socios, los conozco como personas serias y responsables y cumplidoras de las leyes colombianas; quienes se han dedicado a la ejecución de proyectos de construcción de obras civiles a nivel local.”*

Argumenta que, haciendo una interpretación integral y armónica de las prohibiciones contenidas en los literales i) del artículo 81 del D-L 274 de 2000 y literal b) del artículo 91 de la guía diplomática y consular, *“la prohibición está circunscrita concretamente a declaraciones que comprometan la opinión oficial; lo cual implica que, si se trata de una declaración o manifestación que no compromete la opinión oficial, no requiere autorización del Ministro o Viceministro”.*

¹⁷ “Artículo 91. Prohibiciones. Además de las prohibiciones establecidas para los empleados públicos del orden nacional, a los funcionarios diplomáticos y consulares del servicio exterior les está prohibido expresamente y sin perjuicio de las causales ordinarias de mala conducta: (...)

b) A los funcionarios del Ministerio y por ende de las misiones diplomáticas y Oficinas consulares les está prohibido dar declaraciones que comprometan la opinión oficial... En caso necesario, tales declaraciones deberán ser autorizadas por el Ministro o el Viceministro”

Y sostiene que la manifestación dirigida al Banco Mundial relacionada con el conocimiento que dijo tener la cónsul de la firma CICON y sus socios, no compromete la opinión oficial, por lo tanto no se encuentra incurso en las prohibiciones que se le atribuyen, por ende su proceder no está tipificado como falta disciplinaria; aduce inexistencia de extralimitación de funciones, porque obró en cumplimiento de su deberes y orientada por motivos altruistas, actuando en todo momento con diligencia, eficiencia, imparcialidad y buena fe, y que tampoco su conducta causó o generó algún daño antijurídico, como quiera que no afectó el normal proceso investigativo adelantado por el Banco Mundial, ni afectó la imagen del Estado colombiano.

En lo que concierne a su derecho de solicitar pruebas, expuso:

*“ME REMITO A LOS MEDIOS PROBATORIOS QUE OBRAN EN EL EXPEDIENTE. // En todo caso quiero resaltar las disposiciones contenidas en el inciso 2 del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, según el cual, **‘lo hechos (sic) notorios y las negaciones indefinidas, no requieren prueba’**. // El señalamiento expresado en el presente escrito, en el sentido de que la manifestación de la doctora MARIA DE LOS ANGELES BARRAZA no compromete la opinión oficial, es una negación indefinida, la cual no requiere ser probada a la luz del citado artículo 177 del ordenamiento procesal civil.”* (Mayúsculas son ajenas al texto, pero lo resaltado es del escrito original).

- Fl.234-235, auto del 14 de abril de 2005 que declara cerrada la etapa de la investigación, y ordena correr traslado para alegar de conclusión. Notificado personalmente el 29 de abril de 2005 (fl.237).

- Fl.242-251, escrito de alegatos presentado por el apoderado de la disciplinada. Sostiene que la conducta endilgada a su mandante no constituye falta disciplinaria. Hace mención nuevamente de los artículos de la Ley 734 de 2002 que expuso en el escrito de descargos, para reiterar falta de tipificación, inexistencia de culpa o dolo, inexistencia de daño antijurídico y causal de exclusión de responsabilidad.

En cuanto al aspecto probatorio recordó lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 177 del C.P.C, de que *“los hechos notorios y las negaciones indefinidas, no requieren prueba”*.

- Fl.255-270, fallo de primera instancia de fecha 7 de junio de 2005, dictado por la Dirección de Control Disciplinario Interno del Ministerio de Relaciones Exteriores. Notificado personalmente el 28 de junio de 2005.

En él, se hace un recuento de los hechos que dieron origen a la investigación, el cargo y las pruebas que sustentan el mismo, los descargos y los alegatos de conclusión, las normas violadas (las mismas citadas en el auto de cargos), y, en el acápite intitulado *“análisis de las pruebas y de los argumentos expuestos por los sujetos procesales”*, en cuanto al argumento de la defensa, de que la manifestación de la implicada de ninguna manera fija una posición oficial, expuso:

“Como puede observarse las expresiones “HA ACUDIDO A MI COMO CÓNSUL DE COLOMBIA EN WASHINGTON D.C., ME PERMITO INFORMAR Y LOS CONOZCO”, dejan percibir claramente una manifestación personal por parte de la doctora MARIA DE LOS ANGELES BARRAZA en su calidad de Cónsul, así las cosas, no solamente está haciendo extensiva al Banco Mundial la solicitud del señor MENZEL AMIN BAJAIRE, sino que está consignando una opinión personal que en su momento fue entendida como pronunciamiento oficial, por cuanto fue suscrito haciendo uso de sus calidades de funcionaria pública en representación del País, declaraciones o manifestaciones que no fueron autorizadas por el Ministerio de Relaciones Exteriores.”

Respecto de la tesis de que la conducta de la doctora Barraza no está tipificada como prohibida y la inexistencia de extralimitación en funciones, la decisión de primera instancia, además de volver a citar textualmente los numerales 1 y 2 del artículo 34, y el numeral 1 del artículo 35, de la Ley 734 de 2002, en concordancia con el literal i) del artículo 81 del D-L 274 de 2000, y el literal b) del artículo 91 de la guía diplomática y consular, expone:

“No resulta de recibo el anterior argumento, por cuanto sus manifestaciones no se dieron como una colombiana particular, no puede entonces descartarse la existencia de una extralimitación de funciones o la incursión en las prohibiciones legales, de acuerdo con la interpretación que la defensa da a la conducta de la doctora MARIA DE LOS ANGELES, más cuando sobre aspectos de la función consular, la circular AC 4555 de 1994 que hace parte integrante de la GUIA DIPLOMATICA señala:

*“En cuanto a la función consular de asistencia a los connacionales, los cónsules deben tener claro que los nacionales del Estado Colombiano tienen en el exterior derecho a que los agentes consulares los representen y protejan sus intereses civiles en virtud de la convención de Viena sobre relaciones consulares, firmada el 24 de abril de 1971. La protección de los intereses y derechos de los colombianos se ejerce en primer término, extendiendo pasaportes a los nacionales colombianos, actuación que es requisito fundamental para que se le reconozca su personalidad jurídica fuera del territorio nacional. Con esa base y ante las autoridades del país donde se hallan acreditado, (sic) deben velar por los intereses y derechos de los colombianos prestándoles asistencia y ayuda necesaria... todas estas gestiones deben adelantarse en los términos previstos por la ley del país de recibo y EN LA MEDIDA EN QUE CUENTEN CON AUTORIZACIÓN DE LA LEY COLOMBIANA. **En muchos casos, la intervención consular ante las autoridades locales que conocen de diversas infracciones... se pueden efectuar mediante el envío, por intermedio del Ministerio de Relaciones Exteriores del País respectivo, cuando así se requiera, de una nota que exprese la preocupación del gobierno colombiano y el interés de que se produzca una decisión justa y oportuna. No obstante, en algunos casos la especial complejidad del asunto en el cual debe velarse por los intereses del colombiano, hace necesario que el agente consular cuente con la asistencia profesional de un abogado”***

La anterior cita, permite entender porque (sic) las actuaciones consulares y en especial sus declaraciones ya sean escritas o verbales deben estar avaladas por el Ministerio de Relaciones Exteriores, además muestra que dichas actuaciones están sujetas a procedimientos que deben

ser de conocimiento del funcionario consular. No podía entonces la doctora MARIA DE LOS ANGELES BARRAZA GOMEZ dirigir este tipo de manifestaciones personales, en primer lugar sin consultar las dependencias que en su momento la habrían podido (**sic**) orientar y en segundo lugar sin pedir la correspondiente autorización del Ministro o Viceministro, máxime tratándose de una investigación adelantada por el Banco Mundial donde se está cuestionando una empresa que contrata con nuestro país” (Mayúsculas son del texto del fallo, pero lo resaltado no).

De otra parte, no se acepta la causal de exclusión de responsabilidad, porque:

“...conforme las pruebas recaudadas en el proceso disciplinario, este despacho considera que no se configuró la causal de justificación de actuar con la convicción errada e invencible de que su conducta no constituía falta disciplinaria, pues la doctora MARIA DE LOS ANGELES tenía a su alcance medios para despejar cualquier duda o corregir el error en que estaba incurriendo al emitir tal declaración, por lo tanto no puede predicarse la existencia de error invencible, máxime teniendo en cuenta la jerarquía de su cargo.”

En lo concerniente al razonamiento de la disciplinada, de que su conducta no causó daño, expresó la instancia:

*“...considera este despacho que sí existe un daño causado en la medida que su opinión fue entendida por el Banco Mundial como declaración oficial y por ello el Gobierno Colombiano se vio en la obligación de aclarar que no ha hecho ni hará pronunciamiento oficial alguno en relación con la investigación que esa entidad adelanta. En este sentido se ve directamente afectada la eficiencia de la gestión administrativa pues se esta (**sic**) actuando sin seguir los procedimientos en situaciones de especial atención como son las actuaciones de los funcionarios consulares actuando en representación de un país.”*

En las razones de la decisión, se dice en el fallo:

*“Esta (**sic**) demostrado que el oficio lo suscribió la doctora MARIA DE LOS ANGELES BARRAZA GOMEZ, y que en su contenido manifestó una opinión personal sobre una empresa y sus socios, cuestionados en una investigación adelantada por el Banco Mundial, que existe la prohibición taxativamente establecida en la ley, se analizaron las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos, ejercicio que permitió de un lado, descartar de plano la existencia de dolo en la conducta de la investigada, y de otro establecer negligencia y falta de previsión en su actuar, pues tenía a su alcance los medios para informarse y evitar la situación que originó la conducta, como era su deber en razón a la responsabilidad que le asistía como funcionaria consular, de igual manera se descartó que la investigada estuviera amparada por una causal de exclusión de responsabilidad que justificara su conducta, en consecuencia deberá responder disciplinariamente pues con su actuar transgredió las disposiciones señaladas en el acápite de normas violadas”.*

En la graduación de la sanción, el operador disciplinario de primera instancia cita el artículo 47 de la Ley 734 de 2002, y manifiesta que en su favor se aplican los literales a) y c) de esta norma, porque dentro de los 5 años anteriores no ha sido sancionada disciplinariamente y en ningún momento fundamentó su defensa endilgando responsabilidad a un tercero. Pero que en su contra aplican los literales b), g), i) y j) del artículo, pues se le reprocha su falta de previsión, diligencia y cuidado en sus actuaciones; su conducta trascendió en la medida que afecta la buena imagen del país en el exterior y constituye un mal ejemplo para los demás funcionarios; como funcionaria consular recibe del Ministerio de

Relaciones Exteriores capacitación especial relacionada con sus funciones y es su deber mantenerse informada y despejar cualquier asomo de duda, por la especial importancia que revisten sus actuaciones, y por el nivel jerárquico de su cargo. Luego de citar el artículo 46 ibídem, resuelve:

“ARTICULO PRIMERO. *Declarar disciplinariamente responsable a la doctora MARÍA DE LOS ÁNGELES BARRAZA GÓMEZ, identificada con la cédula de ciudadanía 45.521.080 de Cartagena, en su condición de Cónsul de Primera Clase, Grado Ocupacional 3EX del Ministerio de Relaciones Exteriores, del cargo formulado en la presente investigación disciplinaria D.007/2004, por manifestar su opinión personal en la comunicación oficial del 31 de marzo de 2004, dirigida al Banco Mundial, la cual suscribió en su calidad de Cónsul de Colombia en Washington, indicando que el señor MENZEL AMIN BAJAIRE -Representante Legal de la empresa CICON S.A., acudió a ella como Cónsul para solicitar que el proceso número 55 se realice en forma objetiva e imparcial, agregando que conoce a la empresa CICON S.A. y a sus socios como personas serias, responsables y cumplidoras de las leyes colombianas; quienes se han dedicado a la ejecución de proyectos de construcción de obras civiles a nivel local y nacional”*

ARTÍCULO SEGUNDO. *Como consecuencia de la responsabilidad que le asiste, imponer a la doctora MARIA DE LOS ANGELES BARRAZA GOMEZ, sanción correspondiente a SUSPENSIÓN EN EL EJERCICIO DE SU CARGO POR UN (1) MES.”*

- Fl.274-286, escrito de apelación contra fallo de primera instancia, solicitando su revocatoria. En términos generales mantiene la línea de lo esbozado desde su descargos y alegatos de conclusión; plantea no compartir la visión de que todas las declaraciones verbales o escritas de un cónsul requieran autorización previa del Ministro o Viceministro, porque *“[e]l simple hecho de que un pronunciamiento provenga de un funcionario oficial, no significa que se esté comprometiendo la opinión oficial, puesto que, ... no se trató ni de una declaración propiamente dicha, ni de una opinión, sino de una simple alusión respecto del conocimiento de unas personas”,* y que la *“doctora MARIA DE LOS ANGELES BARRAZA, en ningún momento ha argumentado desconocimiento de la ley; sino que por el contrario, ha señalado que, por conocer muy bien cuáles son sus funciones y deberes, tiene suficientemente claro que su actuación está perfectamente enmarcada dentro del marco de legalidad, teniendo, en consecuencia, la convicción firme e inequívoca de no estar incurso en causal de falta disciplinaria.”*

En un aparte que denomina *“aspecto probatorio”*, reitera lo concerniente a lo que ha denominado negación indefinida, y que correspondiendo al ente investigador establecer y probar la forma como supuestamente se afectó el servicio, o el orden jurídico, económico o moral, o se afectó la imagen del Estado colombiano en el exterior.

En orden a demostrar que el proceder de la investigada no generó daño, ni afectó

el servicio, su apoderado solicita a la segunda instancia se decrete la práctica de las siguientes pruebas:1) Oficiar al Banco Mundial para que certifique si la manifestación de la doctora Barraza incidió en el direccionamiento y en la decisión final que tomó dicho ente en relación con la investigación adelantada, y 2) que se cite a la implicada para que rinda versión libre sobre las circunstancias y motivos que rodearon la expedición de la comunicación del 31 de marzo de 2004. Y que de no considerarse procedentes a petición de parte, se ordenen de manera oficiosa.

- Fl.291-310, Resolución No. 4509 del 26 de septiembre de 2005, por la cual se resuelve apelación confirmando la decisión de primera instancia. Notificada el 4 de octubre de 2005 (fl.307).

Se hacen unas consideraciones previas, se ilustra los fundamentos del recurso y los aspectos impugnados, detalla el derrotero de lo que ha sido el proceso disciplinario, y en relación con la petición de pruebas, precisó:

“Solicita la práctica de algunas pruebas, las cuales no serán decretadas en razón a que el término para pedir las (sic) y el despacho no consideran necesario decretarlas de oficio pues se encuentra que en el expediente obran los elementos de juicio necesarios para un pronunciamiento de fondo, por lo que la petición es improcedente.

En efecto, entre otros elementos probatorios allegados a la investigación, aparece en el expediente copia de la comunicación enviada al Banco Mundial por el Cónsul de Colombia en Washington D. C. (fl. 6), la comunicación de la Directora del Programa Presidencia de Modernización, Eficiencia, Transparencia y Lucha contra la corrupción (fl.2), la comunicación dirigida por la Directora del Programa Presidencial de Modernización, Eficiencia, Transparencia y Lucha contra la corrupción al Departamento de Integridad Institucional del Banco Mundial (fl.48), la solicitud realizada a la Cónsul de Colombia en Washington D. C. por el representante legal de la firma CICON S.A. (fl. 54) y la versión libre rendida por la disciplinada (fl.51 a 53).”

Frente a la solicitud de que se reciba versión libre de la investigada, debe señalarse que de conformidad con el numeral tercero del artículo 92 de la ley 734 de 2002, el investigado tiene derecho a ser oído en versión libre en cualquier etapa de la actuación, hasta antes del fallo de primera instancia. Es decir, una vez proferido el fallo de primera instancia precluye la oportunidad de solicitar versión libre, motivo por el cual no se puede acceder a la solicitud impetrada por el impugnante.”

Y en el acápite de consideraciones de instancia, señala:

“Sobre la existencia y el contenido de la comunicación no hay duda, pues no sólo reposa copia en el informe (fl.6), sino que además la investigada en su versión libre, lo acepta y reconoce que la expidió en su calidad de cónsul (fls.51 a 53)

Respecto a la trascendencia que tuvo la comunicación, también está establecido que el Banco Mundial lo entendió como pronunciamiento del gobierno, como se desprende de comunicación obrante a folio 2 del expediente, motivo por el cual la Directora del Programa Presidencial de Modernización, Eficiencia, Transparencia y Lucha Contra la Corrupción de la Presidencia de la República, debió enviar al Departamento de Integridad Institucional del Banco Mundial la aclaración correspondiente cuya copia obra a folio 48...”

También se ha establecido que la comunicación se expidió por solicitud que hiciera a la Cónsul el

señor MENZEL AMIN BAJAIRE, representante legal de CICON S.A., como consta en el documento cuya copia obra a folio 54 y lo acepta la investigada en su injurada, aunque ella dice que simplemente se trató de dar traslado de la solicitud... y que no emitió ningún concepto.

Es claro que la Cónsul no se limitó a dar traslado de unas inquietudes, pues evidentemente la comunicación que ella dirigió al Banco Mundial agrega unas manifestaciones que no están contenidas en la solicitud. En efecto, no se encuentra en el expediente prueba alguna que establezca que el representante legal de la empresa CICON S.A. hubiera solicitado a la Cónsul certificar el conocimiento que tenía de la empresa o de sus socios; es un hecho que la Cónsul no se limitó a dar traslado de las "inquietudes" de un connacional, sino que ella realiza una manifestación sobre el conocimiento de una empresa y de sus socios no solicitada y además realiza una calificación de los mismos...

(...)

...en su calidad de Cónsul era consciente de la existencia de un proceso pues en la misma comunicación se refiere al "proceso número 55 que adelanta el comité de integridad del BANCO MUNDIAL" (FL.6)..."

EL CARGO Y RESPUESTA AL MISMO.

En términos generales el cargo es **violación al debido proceso** representado, de una parte, en lo que denomina la actora como desconocimiento o indebida aplicación de los artículos 4, 5, 9, 13, 27 y 28-6 de la Ley 734 de 2002¹⁸, indicando que *i) el comportamiento endilgado a la doctora Barraza Gómez no está descrito como falta disciplinaria en la ley vigente al momento de su realización por no estar incurso en prohibición legal; ii) inexistencia de extralimitación en las funciones; iii) inexistencia de dolo o culpa; iv) Inexistencia de daño antijurídico;*

¹⁸ En su orden establecen estos artículos del Código Único disciplinario:

"ARTÍCULO 4o. LEGALIDAD. El servidor público y el particular en los casos previstos en este código sólo serán investigados y sancionados disciplinariamente por comportamientos que estén descritos como falta en la ley vigente al momento de su realización."

"ARTÍCULO 5o. ILICITUD SUSTANCIAL. La falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna."

"ARTÍCULO 9o. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. A quien se atribuya una falta disciplinaria se presume inocente mientras no se declare su responsabilidad en fallo ejecutoriado.

Durante la actuación toda duda razonable se resolverá a favor del investigado cuando no haya modo de eliminarla."

"ARTÍCULO 13. CULPABILIDAD. En materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva. Las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa."

"ARTÍCULO 27. ACCIÓN Y OMISIÓN. Las faltas disciplinarias se realizan por acción u omisión en el cumplimiento de los deberes propios del cargo o función, o con ocasión de ellos, o por extralimitación de sus funciones.

Cuando se tiene el deber jurídico de impedir un resultado, no evitarlo, pudiendo hacerlo, equivale a producirlo."

"ARTÍCULO 28. CAUSALES DE EXCLUSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA. Está exento de responsabilidad disciplinaria quien realice la conducta:

(...)

6. Con la convicción errada e invencible de que su conducta no constituye falta disciplinaria. (...)"

causal de exclusión de responsabilidad, y, de la otra, violación del debido proceso en lo que concierne a aspectos probatorios.

A) Los puntos i) y ii) se relacionan con el principio de legalidad, que implica la conjugación del principio de tipicidad, conforme el cual el servidor público sólo podrá ser investigado y sancionado disciplinariamente por conductas que se hallen descritas como falta por la ley vigente al momento de su realización.

Aquí es pertinente señalar, como lo ha expuesto la Corte Constitucional en reiteradas decisiones, que el régimen disciplinario se caracteriza, a diferencia del penal, porque las conductas constitutivas de falta disciplinaria están consignadas en *tipos abiertos*, ante la imposibilidad del legislador de contar con un listado detallado de comportamientos donde se subsuman todas aquellas conductas que están prohibidas a las autoridades o de los actos antijurídicos de los Servidores Públicos. Por lo tanto, las normas disciplinarias tienen un complemento normativo compuesto por disposiciones que contienen prohibiciones, mandatos y deberes, al cual debe remitirse el operador disciplinario para imponer las sanciones correspondientes, circunstancia que sin vulnerar los derechos de los procesados permite una mayor adaptación del derecho disciplinario a sus objetivos¹⁹, que fue lo hecho por la demandada.

El caso de la doctora Barraza.

La Sala disiente de la posición del apoderado de la actora, cuando sostiene que el proceder de su representada no se halla tipificado como conducta sancionable disciplinariamente; pues del numeral 1 y 2 del artículo 34 de la Ley 734 de 2002, se extrae que es deber de todo servidor público, cumplir la Constitución, las leyes, decretos y los reglamentos, entre tanto del numeral 1 del artículo 35 ibídem, se tiene que está prohibido extralimitar las funciones que se tienen asignadas que, para el caso que nos ocupa, están contenidos en el artículo 81, literal i) del Decreto 274 de 2000, por el cual se regula el servicio exterior de la República y la carrera diplomática y consular, y en el artículo 91, literal b), de la guía diplomática y consular, adoptada mediante la resolución No. 2578 de 1994, vigentes para cuando ocurre el hecho, representado éste por la comunicación del 31 de marzo

¹⁹ Sobre la vigencia del sistema de tipos abiertos en el ámbito disciplinario ver -entre otras- las sentencias C-181/02, MP Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, y C-948 de 2002, MP Dr. Álvaro Tafur Galvis

de 2004 que suscribe la demandante en su calidad de cónsul de Colombia en Washington, con destino al Banco Mundial. Estas disposiciones consagran:

“ARTICULO 81. PROHIBICIONES ESPECIALES. Además de las prohibiciones establecidas para los empleados públicos del orden nacional, a los funcionarios pertenecientes a la Carrera Diplomática y Consular y, en general, a los funcionarios del servicio exterior, les está prohibido expresamente:

(...)

i. Hacer declaraciones,... sin la autorización del superior respectivo. (...)”

Y

“Artículo 91. PROHIBICIONES. Además de las prohibiciones establecidas para los empleados públicos del orden nacional, a los funcionarios diplomáticos y consulares del servicio exterior les está prohibido expresamente y sin perjuicio de las causales ordinarias de mala conducta:

(...)

b) A los funcionarios del Ministerio y por ende de las misiones diplomáticas y Oficinas consulares les está prohibido dar declaraciones que comprometan la opinión oficial... En caso necesario, tales declaraciones deberán ser autorizadas por el Ministro o el Viceministro. (...)”

De la prueba descrita en el acápite anterior, para esta Colegiatura no hay margen de duda que la actora incurre en la prohibiciones de los literales transcritos, cuando en la comunicación del 31 de marzo de 2004, en su condición de cónsul, no se limitó a dar traslado al Banco Mundial del escrito entregado por el representante legal de la firma CICON S.A., sino que, adicionalmente, emite un juicio personal de valor, al manifestar que conocía a esta sociedad y a sus socios, como cumplidores de la ley colombiana, y que se han dedicado a la ejecución de proyectos de construcción de obras civiles a nivel local y nacional, a sabiendas que dicha sociedad era objeto de investigación por parte de la entidad del orden internacional.

Es más, la declaración adicional, no solicitada por el representante de la firma mencionada, fue asumida como una posición oficial por el Banco Mundial, a tal punto que el gobierno colombiano a través de escrito del 22 de abril de 2004, se vio obligado a precisar que *“[l]as opiniones de un funcionario consular por fuera de las funciones establecidas expresamente en la ley no comprometen, ni expresan, ni representan la posición del gobierno colombiano”*. Aspecto sobre el cual tampoco queda grado alguno de duda.

Resulta extraño, por decir lo menos, como lo dejó expuesto el Ministerio de Relaciones Exteriores en la decisión de segunda instancia, que la accionante en

su comunicado haya aseverado conocer a los socios de una sociedad anónima, lo que no es posible por la naturaleza misma del tipo de sociedad, lo que de por sí ya deja entrever la desproporción de la opinión expresada.

Además esta Sala destaca que la implicada en su versión libre, a pesar de la fehaciente e incontrovertible prueba documental, simplemente se limita a manifestar que, en cumplimiento de sus deberes, únicamente puso en conocimiento del Banco Mundial el escrito que le fue entregado por el representante legal de la firma, sin embargo, nada dice de que su comunicado tiene otro componente, representado en su apreciación personal, que es donde incurre en la prohibición y extralimita sus funciones, pues, para ese tipo de manifestación sí era imperativo que previamente hubiese solicitado autorización al Ministro o al Viceministro, como lo exige el reglamento, que aplica para los funcionarios diplomáticos y consulares del servicio exterior de Colombia, citado.

Por lo tanto el cargo, fundado en el argumento de que el comportamiento endilgado a la actora no está descrito como falta disciplinaria en la ley vigente al momento de su realización, y en la inexistencia de extralimitación en las funciones, no prospera.

B) En lo que corresponde al tema iii) y iv), éstos tocan: **1)** con el aspecto subjetivo de la conducta, partiendo de la premisa que en materia disciplinaria está proscrita toda forma de responsabilidad objetiva, pues las faltas sólo serán sancionables a título de dolo o culpa, y **2)** con el hecho de que únicamente serán antijurídicas las faltas cuando las mismas afecten el deber funcional sin justificación alguna.

1. En cuanto a los grados de culpabilidad (dolo o culpa), la Corte Constitucional ha anotado que el legislador adoptó, dentro de su facultad de configuración, en materia disciplinaria el sistema de *numerus apertus*, porque, contrario a lo que sucede en materia penal, no se señalan específicamente qué comportamientos exigen para su adecuación tipifica ser cometidos con culpa, de suerte que, por regla general, a toda modalidad dolosa de una falta disciplinaria le corresponderá una de carácter culposo, lo que conlleva que es el decisor disciplinario quien debe establecer cuáles tipos disciplinarios admiten la modalidad culposa, partiendo de

la estructura del tipo, del bien tutelado o del significado de la prohibición²⁰. Por ello el máximo tribunal constitucional anota en la sentencia T-561 de 2005 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), que “el juez disciplinario debe contar, al nivel de la definición normativa de la falla disciplinaria, con un margen de apreciación más amplio que el del juez penal, que le permita valorar el nivel de cumplimiento, diligencia, cuidado y prudencia con el cual cada funcionario público ha dado cumplimiento a los deberes, prohibiciones y demás mandatos funcionales que le son aplicables; ello en la medida en que *“es necesario garantizar de manera efectiva la observancia juiciosa de los deberes de servicio asignados a los funcionarios del Estado mediante la sanción de cualquier omisión o extralimitación en su cumplimiento”*²¹”.

Así las cosas, quien adelanta la investigación disciplinaria dispone de un campo amplio para establecer si la conducta investigada se subsume o no en los supuestos de hecho de los tipos legales correspondientes, y si fue cometida con dolo o con culpa, es decir, en forma consciente y voluntaria o con violación de un deber de cuidado, lo mismo que su mayor o menor grado de gravedad, sin que ello sea una patente para legitimar posiciones arbitrarias o caprichosas.

2. En relación a la antijuridicidad, que según el parecer del apoderado de la actora no existe porque no se generó un daño antijurídico, de nuevo la Sala acude a lo que la jurisprudencia que la Corte Constitucional ha desarrollado alrededor del

²⁰ En lo que corresponde a este aspecto, en la sentencia C-155 de 2002, MP Dra. Clara Inés Vargas Hernández, expone la Corte:

“Ahora bien, teniendo en cuenta que como mediante la ley disciplinaria se pretende la buena marcha de la administración pública asegurando que los servidores del Estado cumplan fielmente con sus deberes oficiales, para lo cual se tipifican las conductas constitutivas de falta disciplinaria en tipos abiertos que suponen un amplio margen de valoración y apreciación en cabeza del fallador, **el legislador en ejercicio de su facultad de configuración también ha adoptado un sistema amplio y genérico de incriminación que ha sido denominado “NUMERUS APERTUS”, en virtud del cual no se señalan específicamente cuáles comportamientos requieren para su tipificación ser cometidos con culpa -como sí lo hace la ley penal-, de modo que en principio a toda modalidad dolosa de una falta disciplinaria le corresponderá una de carácter culposo**, salvo que sea imposible admitir que el hecho se cometió culposamente como cuando en el tipo se utilizan expresiones tales como “a sabiendas”, “de mala fe”, “con la intención de” etc. **Por tal razón, el sistema de *numerus apertus* supone igualmente que el fallador es quien debe establecer cuáles tipos disciplinarios admiten la modalidad culposa partiendo de la estructura del tipo, del bien tutelado o del significado de la prohibición.**

“(…)

“Lo anterior en razón a que el legislador en desarrollo de su facultad de configuración adoptó un sistema genérico de incriminación denominado *numerus apertus*, por considerar que el cumplimiento de los fines y funciones del Estado -que es por lo que propende la ley disciplinaria (art. 17 CDU)-, puede verse afectado tanto por conductas dolosas como culposas, lo cual significa que las descripciones típicas admiten en principio ambas modalidades de culpabilidad, salvo en los casos en que no sea posible estructurar la modalidad culposa. De ahí que corresponda al intérprete, a partir del sentido general de la prohibición y del valor que busca ser protegido, deducir qué tipos disciplinarios permiten ser vulnerados con cualquiera de los factores generadores de la culpa.” (Resaltado, mayúsculas y subrayas no son del texto original).

²¹ [Sentencia T-1093 de 2004, MP Dr. José Manuel Cepeda espinosa].

tema, porque claramente ha expuesto que, a diferencia del derecho penal, la antijuridicidad en el derecho disciplinario no se basa en el daño a un bien jurídico tutelado y/o protegido, sino en el incumplimiento de los deberes funcionales del servidor público²². Por ello ha explicado que la valoración de la “lesividad” de las conductas que se han consagrado como faltas disciplinarias frente al servicio público es una tarea que compete al legislador, quien ha de realizar tal apreciación al momento de establecer los tipos disciplinarios en la ley; en tal medida, no compete a la autoridad disciplinaria que aplica la ley efectuar un juicio de antijuridicidad material o lesividad de las conductas reprochadas -juicio que ya ha sido realizado por el Legislador-, sino efectuar un juicio de antijuridicidad basado en la infracción del deber funcional, la cual -se presume- genera de por sí un desmedro, legislativamente apreciado, sobre la función pública encomendada al servidor público disciplinado²³.

La relación de sujeción de los destinatarios de la acción disciplinaria con el Estado, requiere la existencia de controles que operan a manera de reglas, cuya infracción sin justificación alguna consolida la antijuridicidad de la conducta; sin que la ilicitud sustancial comprenda el resultado material, pues la ausencia de éste no impide la estructuración de la falta disciplinaria.

El caso de la doctora Barraza.

La Sala discrepa de lo que argumenta el apoderado de la accionante, pues la prueba y el marco legal existente, evidencia que la manifestación que hizo en su calidad de Cónsul -de conocer la firma CICON S.A y a sus socios, y que eran cumplidores de las leyes colombianas- sí era una conducta disciplinable al desbordar los límites de sus atribuciones legales; por supuesto susceptible de sanción a título de culpa, como acertadamente lo hace el disciplinador. Porque, si bien dicho juicio no lo emitió con la intención de que se asumiese como una posición oficial, podía haber previsto *-teniendo en cuenta la circunstancia que allí cursaba investigación en la que se hallaba involucrada esta sociedad-* que así podría ser asumido por el Banco Mundial, como de hecho ocurrió, para lo cual debió como imperativo legal haber obtenido previamente la autorización o

²² Se puede consultar la sentencia C-948 de 2002, MP Dr. Álvaro Tafur Galvis.

²³ Al respecto se puede estudiar la sentencia C-393-2006, MP Dr. Rodrigo Escobar Gil.

instrucciones de sus superiores, lo que no hizo.

Por ello no comparte la Sala el discernimiento del apoderado de la actora, de que actuó con la convicción errada e invencible de que su conducta no constituía falta disciplinaria, aduciendo que tenía suficientemente claro que su actuación estaba perfectamente enmarcada dentro del marco de legalidad. Y no se comparte, porque ello lo que evidencia es un exceso de confianza que, en últimas, fue lo que la indujo a incurrir en su proceder culposo, al perder la perspectiva de que su criterio podría ser asumido por la entidad internacional que investigaba a la firma CICON S.A., como manifestación del gobierno y que, ello, sin contar con el visto bueno de sus superiores, contrariaba el marco reglamentario mencionado.

Como la implicada en su condición de Cónsul no se limitó a enviar al Banco Mundial el documento entregado por el presentante legal de la firma mencionada, es que esta Corporación -al igual que lo hizo el “juez” disciplinario- no comparte en absoluto lo expuesto en la versión libre, cuando manifiesta: “el trámite que se le dio a la solicitud efectuada por la firma CICON S.A., es un trámite normal dentro de las funciones que desempeño en este consulado, no encuentro que haya extralimitado mis funciones. Como se puede observar en la Guía Diplomática y Consular, Funciones y Deberes del Personal al Servicio Exterior en su artículo 224 Funciones de Cónsules Literal b) y e)”.

Por eso acierta la segunda instancia al señalar:

“De bulto resalta el hecho que efectivamente emite un juicio, pero además, pretender que lo manifestado en una comunicación expedida por el Cónsul debidamente acreditado ante el país receptor, no va a ser entendida por organismo a quien se dirige como un pronunciamiento oficial, riñe contra la lógica.

(...)

No puede compartir este despacho, como lo manifiesta el apelante que la actuación de la Cónsul fue realizada en desarrollo de lo establecido en los literales b) y e) del artículo 224 de la Guía Diplomática y Consular, pues la función de proteger los intereses de las nacionales no justifica que excedan los precisos límites establecidos por la ley, de hecho, los funcionarios públicos sólo pueden hacer aquello que les esté expresamente permitido, como se desprende del artículo 6 de la Constitución Política.

(...)

Tampoco comparte el despacho que la disciplinada se encuentre incurso en la causal de exclusión disciplinaria, contemplada en el numeral 6 del artículo 28 de la ley 734 de 2002, pues esta causal exige la convicción errada e invencible de que la conducta no constituye falta disciplinaria y en el caso que nos ocupa, la Cónsul

contaba con todas las posibilidades para averiguar si su conducta podría ser constitutiva de falta, pues le bastaba simplemente hacer la consulta ante el Ministerio y allí sería orientada. Es decir, evidentemente no previó el resultado previsible, pudiendo preverlo, lo que denota el carácter culposo de la conducta desplegada”

Así mismo, se desestima la tesis del apoderado de la demandante según la cual, como su conducta no causó algún daño, ni incidió o afectó el normal proceso investigativo adelantado por el Banco Mundial, no es antijurídica; pues, como ya se dejó esbozado, contrario a lo que sucede dentro del ámbito del derecho penal, el reproche que se hace desde el marco disciplinario no es porque se haya generado lesión a un bien jurídico tutelado o un daño en concreto, sino por infringir -por acción u omisión- el deber funcional, o que en su proceder extralimite los límites dentro de los cuales puede obrar, que en el asunto bajo análisis se evidenció con la emisión del juicio de la Cónsul sin cumplir el conducto regular para ello.

C) Finalmente, no se vislumbra violación al debido proceso, como lo asevera el apoderado de la implicada, por el hecho de que no se hayan decretado unas pruebas que solicitó en segunda instancia (fl.284-285).

Para ilustrar por qué no existió tal vulneración, tenemos:

Conforme el artículo 166²⁴ del Código Único Disciplinario (Ley 734 de 2002), dentro del término de traslado del pliego de cargos, los sujetos procesales podrán, no sólo presentar escrito de descargos, sino también **aportar y solicitar pruebas**, sin embargo, en el caso bajo estudio, el apoderado de la implicada durante ese término sólo presentó escrito de descargos, mas no aportó ni solicitó la práctica de pruebas, y se limitó a manifestar: *“Me remito a los medios probatorios que obran en el expediente”* (fl.231).

De ahí que era extemporánea la solicitud hecha en el recurso de apelación, de oficiar al Banco Mundial para que certificara si la manifestación de la doctora Barraza incidió en el direccionamiento y en la decisión final que tomó dicho ente. Es más, y en gracia de discusión, era una prueba superflua e impertinente, porque

²⁴ “ARTÍCULO 166. TÉRMINO PARA PRESENTAR DESCARGOS. Notificado el pliego de cargos, el expediente quedará en la Secretaría de la oficina de conocimiento, por el término de diez días, a disposición de los sujetos procesales, quienes podrán aportar y solicitar pruebas. Dentro del mismo término, el investigado o su defensor, podrán presentar sus descargos.”

el reproche desde el ángulo disciplinario no deja de serlo por probar que la manifestación de la Cónsul no incidió en el resultado de la investigación que adelantaba tal organismo contra la empresa CICON S.A., porque no es el daño lo que erige una conducta como disciplinable, sino el incumplimiento o extralimitación de los deberes funcionales del servidor público, o incursionar en una conducta prohibida.

Del artículo 92-3²⁵ ibídem se tiene que dentro de los derechos del investigado está el de ser oído en versión libre, pero, dicho derecho debe ejercerlo hasta antes de proferirse fallo de primera instancia, por ello no le era legítimo pretender tal prueba en segunda instancia, máxime que antes de la decisión de primera instancia ya había sido escuchada en versión libre (fl.186-188).

Y si bien el artículo 132 del mismo Código, consagra que los sujetos procesales pueden aportar y solicitar la práctica de pruebas que estimen conducentes y pertinentes, no lo es menos que deben ejercer dicha posibilidad dentro del término que la ley disciplinaria establece, no en el momento que caprichosamente estime el investigado.

Por lo tanto se ajustó a derecho que el decisor disciplinario de segunda instancia no las haya decretado, ni siquiera oficiosamente como lo busca el apoderado, porque como bien lo expuso::

“...el despacho no considera necesario decretarlas de oficio pues se encuentra que en el expediente obran los elementos de juicio necesarios para un pronunciamiento de fondo, por lo que la petición es improcedente.

En efecto, entre otros elementos probatorios allegados a la investigación, aparece en el expediente copia de la comunicación enviada al Banco Mundial por el Cónsul de Colombia en Washington D. C. (fl. 6), la comunicación de la Directora del Programa Presidencia de Modernización, Eficiencia, Transparencia y Lucha contra la corrupción (fl.2), la comunicación dirigida por la Directora del Programa Presidencial de Modernización, Eficiencia, Transparencia y Lucha contra la corrupción al Departamento de Integridad Institucional del Banco Mundial (fl.48), la solicitud realizada a la Cónsul de Colombia en Washington D. C. por el representante legal de la firma CICON S.A. (fl. 54) y la versión libre rendida por la

²⁵ “ARTÍCULO 92. *DERECHOS DEL INVESTIGADO*. Como sujeto procesal, el investigado tiene los siguientes derechos:

(...)

3. Ser oído en versión libre, en cualquier etapa de la actuación, **hasta antes del fallo de primera instancia**. (...)” (Lo resaltado es ajeno al texto original).

disciplinada (fl.51 a 53).”

Por lo demás, es intrascendente lo expuesto por el mandatario de la encartada, al sostener que es una negación indefinida cuando su representada señala que su manifestación no compromete la opinión oficial, y que ello -al amparo del inciso 2º del artículo 177 del C.P.C.- traslada la carga de la prueba a la demandada.

Es inane porque por mandato legal la carga de la prueba en materia disciplinaria la tiene el Estado, ya sea a través de la Procuraduría General de la Nación o de la instancia administrativa competente, y, en todo caso, quedó suficientemente establecido dentro del proceso disciplinario que la manifestación de la Cónsul sí comprometió la opinión oficial, tanto así que al gobierno colombiano le correspondió dirigir oficio al Banco Mundial, precisando que el juicio emitido por dicha funcionaria no debía entenderse como postura oficial, porque fue hecha por fuera de sus atribuciones.

Igualmente esta Corporación encuentra que en el *sub lite* no se desconoció el principio *in dubio pro disciplinado* por parte de la autoridad disciplinaria, consagrado en el inciso 2º del artículo 9 de la Ley 734 de 2002, como quiera que dentro del proceso disciplinario existe prueba suficiente, que condujo a la **certeza** sobre la existencia de la falta y de la responsabilidad de la investigada, razón por la cual se le impuso la sanción que, dicho sea, fue proporcionada.

Conclusión.

Por las razones esbozadas en los párrafos precedentes no prospera el cargo de violación al debido proceso, por ninguno de los motivos expuestos por la actora.

Lo que percibe la Sala es que en la actuación administrativa disciplinaria se garantizó la efectividad del derecho fundamental al debido proceso en su plenitud, por lo tanto los actos demandados se ajustan a derecho, conllevando a negar las pretensiones de la demanda.

Decisión

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, administrando Justicia en nombre de la Republica y por autoridad

de la Ley,

F A L L A

NEGAR las pretensiones de la demanda dentro del proceso promovido por MARÍA DE LOS ÁNGELES BARRAZA GÓMEZ contra la NACIÓN-MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES, por las razones expuestas en la parte motiva.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y ejecutoriada, **ARCHÍVESE** el expediente.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión celebrada en la fecha.

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUÍS RAFAEL VERGARA QUINTERO