

PROCESO DISCIPLINARIO - Efectos de las inhabilidades para desempeñar cargos públicos / CAUSAL DE INHABILIDAD PARA DESEMPEÑAR CARGO PUBLICO - Inasistencia a jurado de votación es falta gravísima

Conforme a los artículos 6° y 123 de la Carta, los servidores públicos son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes, así como por omitir o extralimitarse en el ejercicio de sus funciones; ellos las deben ejercer en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento. Según el artículo 150.23 ibídem corresponde al Congreso expedir las leyes que rigen el ejercicio de las funciones públicas en todos sus aspectos, incluida la materia disciplinaria. Con el fin de garantizar la moralidad, imparcialidad, transparencia y eficiencia en el desempeño de la función administrativa por los servidores públicos se expidió el Código Disciplinario Unico, ley 734 de 2002, estatuto que en su capítulo IV contempla los derechos, deberes, prohibiciones, incompatibilidades, impedimentos, inhabilidades y conflictos del servidor público. El anterior marco normativo confiere al legislador una amplia libertad de configuración para establecer regímenes generales y especiales de inhabilidades determinando las causales de inhabilidad de quienes pretendan acceder al servicio público y las consecuencias que se derivan por su acaecimiento respecto de quienes están en servicio activo. Ahora bien, las inhabilidades constituyen causales de inelegibilidad y por tanto la persona incurso en ellas no podrá ser designada o elegida para desempeñar un cargo público y si se encuentra en servicio activo le impide continuar en él. Por tanto, las inhabilidades pueden ser antecedentes o concomitantes al desempeño de las funciones públicas. Por su parte, el inciso segundo del parágrafo 1° del artículo 5° de la ley 163 de 1994 señala que “Las personas que sin justa causa no concurren a desempeñar las funciones de jurado de votación o las abandonen, serán sancionadas con la destitución del cargo que desempeñen, si son servidores públicos. Si no lo son, a la multa prevista. Ahora, si la persona es servidor público, fue designado como jurado de votación, no concurrió a cumplir con esa obligación y posteriormente entra a prestar sus servicios a otra entidad pública, se configuran los supuestos previstos en el numeral 49 del artículo 48 de la ley 734 para que se tipifique una falta gravísima y se aplique la destitución, máxime si se tiene en cuenta que conforme al tenor de los artículos 25 y 72 de la ley 734. Son destinatarios de la ley disciplinaria los servidores públicos aunque se encuentren retirados del servicio y la acción disciplinaria es procedente aunque el servidor público ya no esté ejerciendo funciones públicas.

INHABILIDAD - Prevista en el numeral 2° del artículo 38 ley 734 / INHABILIDAD SOBREVIVIENTE - Funcionario activo sancionado disciplinariamente

El nominador que ha impuesto las anteriores sanciones y la tercera por faltas graves o leves dolosas o tiene la información de la imposición de las dos anteriores e impone la tercera, en el mismo acto sancionatorio debe ordenar el retiro inmediato del servidor y ejecutarlo directamente una vez esté ejecutoriada la última sanción. En cuanto a la forma y al procedimiento para aplicar la inhabilidad cuando el servidor público incurra en ella, es decir en el evento en que se encuentre en servicio activo, procede remitirse a lo dispuesto en los artículos 37 de la ley 734 y artículo 6° de la ley 190 de 1995, que tratan sobre las inhabilidades sobrevivientes. La primera de las normas en cita señala: Artículo 37.- Inhabilidades sobrevivientes. Las inhabilidades sobrevivientes se presentan cuando al quedar en firme la sanción de destitución e inhabilidad general o la de suspensión e inhabilidad especial o cuando se presente el hecho que las generan el sujeto disciplinable sancionado se encuentra ejerciendo cargo o función pública

diferente de aquel o aquella en cuyo ejercicio cometió la falta objeto de la sanción. En tal caso, se le comunicará al actual nominador para que proceda en forma inmediata a hacer efectivas sus consecuencias. Para hacer efectiva la inhabilidad sobreviniente el nominador debe proferir el acto administrativo de ejecución debidamente motivado. La acción disciplinaria no prescribe por el retiro del servicio público ni por estar el empleado desempeñando otras funciones. Tampoco la sanción de destitución prevista en el artículo 5° de la ley 163 de 1994 opera de plano, razones por las cuales dentro del proceso disciplinario que habrá de adelantarse al efecto, deberá darse aplicación armónica a la norma citada y al artículo 48.49 de la ley 734 de 2002. Así, conforme al artículo 13 de la ley 734 para que opere la inhabilidad sobreviviente en el caso consultado, la sanción impuesta por tercera vez al servidor ha de ser por la comisión de faltas cometidas a título de dolo o culpa, circunstancia que descarta de plano toda posibilidad de aplicar el término de tres meses previsto en el inciso segundo del artículo 6° de la ley 190 de 1995, dado que la imputación por cualquiera de los títulos anunciados impone el retiro inmediato del servicio. En estas condiciones el empleado público que es retirado del servicio por inhabilidad sobreviviente y está escalafonado pierde sus derechos de carrera.

PROCESO DISCIPLINARIO - Funcionario público / PRINCIPIO DE NON BIS IN IDEM - Aplicación de la sanción - NOTIFICACION - Fallo aclarado corregido o adicionado

Por ser acciones autónomas e independientes, no se desconoce el principio non bis in idem al aplicar a la misma conducta cometida por un servidor público las sanciones de inhabilidad general para desempeñar cargos públicos en el proceso disciplinario, y la de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, aplicable en el proceso penal. Teniendo en cuenta los alcances del artículo 121 de la ley 734 de 2000 que regula los casos en que debe corregirse, aclararse o adicionarse el fallo, una vez producida la aclaración o adición basta la notificación para ejecutarlo o procede el recurso de apelación. La aclaración, adición o corrección de un fallo debe notificarse y contra ella procede el recurso de apelación.

NOTA DE RELATORIA: Autorizada la publicación con oficio UJ 1398/07 de 10 de julio de 2007.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: FLAVIO AUGUSTO RODRIGUEZ ARCE

Bogotá D. C., veintiséis (26) de marzo de dos mil siete (2007)

Radicación numero: 11001-03-06-000-2007-00015-00(1810)

Actor: MINISTRO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO

Referencia: Proceso disciplinario. Efectos de las inhabilidades para desempeñar cargos públicos. Faltas gravísimas, inasistencia a jurado de votación. Principio de non bis in idem. Notificación de fallo aclarado corregido o adicionado.

El señor Ministro de Hacienda y Crédito Público formula a la Sala los siguientes interrogantes relacionados con los alcances de algunas normas del Código Disciplinario Unico, ley 734 de 2002:

1. ¿Cómo se aplica la inhabilidad prevista en el numeral 2° del artículo 38 de la ley 734 para el caso del funcionario que se encuentra activo en la entidad donde fue sancionado disciplinariamente? ¿La inhabilidad conlleva su retiro temporal del servicio por los tres años, o sólo tendría efectos frente a la aspiración a nuevos cargos públicos o ascensos por concurso?

¿Para hacer efectiva la comentada inhabilidad el nominador debe proferir actuación administrativa alguna, o no?

2. ¿Para aplicar la causal de destitución establecida en el inciso 2° del párrafo 1° del artículo 5° de la ley 163 de 1994 - modificatoria de la materia electoral -, por inasistencia del jurado de votación al desempeño de sus funciones, procede remitirse a la causal de destitución prevista en el numeral 49 del artículo 48 de la ley 734, cuando se incurre en la citada conducta no estando en el ejercicio de las funciones asignadas en la entidad a la que pertenece?

3. Atendiendo lo dispuesto en los artículos 44.1 y 46 de la ley 734 de 2002 que respectivamente establecen la sanción de destitución e inhabilidad general para las faltas gravísimas dolosas o realizadas con culpa gravísima y la inhabilidad general por un período entre diez y veinte años, ¿Al imponerse la sanción de inhabilidad general por la investigación de los mismos hechos, tanto en materia penal y disciplinaria, se desconoce el principio del non bis in idem, cuando los efectos son los mismos en las dos situaciones?

4. Teniendo en cuenta los alcances del artículo 121 de la ley 734 de 2000 que regula los casos en que debe corregirse, aclararse o adicionarse el fallo, una vez producida la aclaración o adición basta la notificación para ejecutarlo o procede el recurso de apelación?.

Considera la Sala

Conforme a los artículos 6° y 123 de la Carta, los servidores públicos son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes, así como por omitir o extralimitarse en el ejercicio de sus funciones; ellos las deben ejercer en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento. Según el artículo 150.23 ibídem corresponde al Congreso expedir las leyes que rigen el ejercicio de las funciones públicas en todos sus aspectos, incluida la materia disciplinaria. Con el fin de garantizar la moralidad, imparcialidad, transparencia y eficiencia en el desempeño de la función administrativa por los servidores

públicos¹ se expidió el Código Disciplinario Unico, ley 734 de 2002, estatuto que en su capítulo IV contempla los derechos, deberes, prohibiciones, incompatibilidades, impedimentos, inhabilidades y conflictos del servidor público.

El anterior marco normativo confiere al legislador una amplia libertad de configuración para establecer regímenes generales y especiales de inhabilidades², determinando las causales de inhabilidad de quienes pretendan acceder al servicio público y las consecuencias que se derivan por su acaecimiento respecto de quienes están en servicio activo. Ahora bien, las inhabilidades constituyen causales de inelegibilidad y por tanto la persona incurso en ellas no podrá ser designada o elegida para desempeñar un cargo público y si se encuentra en servicio activo le impide continuar en él. Por tanto, las inhabilidades pueden ser antecedentes o concomitantes al desempeño de las funciones públicas.

1.- Procedimiento de aplicación de la inhabilidad prevista en el artículo 38.2 de la ley 734 de 2002.

El numeral 2° del artículo 38 de la ley 734 dispone:

“Artículo 38. Otras inhabilidades. *También constituyen inhabilidades para desempeñar cargos públicos, a partir de la ejecutoria del fallo, las siguientes: (...)*

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

Como se advierte, el legislador en el artículo 38.2 estableció consecuencias jurídicas al hecho de recibir el servidor sanciones en repetidas ocasiones, lo que configura una inhabilidad cuya duración es de tres años a partir de la ejecutoria de la última sanción. Como se verá mas adelante esta causal para quienes están en servicio activo constituye una inhabilidad sobreviviente.

En efecto, el régimen de inhabilidades - como el de incompatibilidades - en aras de garantizar los intereses del Estado y de la comunidad³, la prevalencia del interés general (art. 1° C.P.) y la eficiencia, imparcialidad y moralidad de la función pública (art. 209 lb) no sólo debe asegurar los buenos antecedentes de quien pretenda ingresar a la administración pública sino también de quienes están a su servicio. Este es el entendimiento que se desprende del mandato legal *“también constituyen inhabilidades para desempeñar cargos públicos”*, que comprende el ingreso al servicio como la viabilidad de permanecer en él, pues el núcleo de la inhabilidad es el verbo *“desempeñar”*, el que al no haber sido limitado por el legislador, que no hizo distingos, tiene la consecuencia general de impedir ejercer funciones públicas en cualquier circunstancia.⁴

¹ El art. 209 de la C. P. dispone que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y que se cumple con fundamento, entre otros, en los principios de moralidad, eficiencia e imparcialidad.

² Sent. C- 209/00: *“las prohibiciones deben ser definidas de conformidad con el cargo de que se trate, la condición reconocida al servidor público, las atribuciones y competencias que le hayan sido asignadas y sus respectivas responsabilidades.”*

³ Los servidores públicos están al servicio de ellos, art. 123 de la C. P.

⁴ En la sentencia C- 038/96 sostuvo la Corte: *“7. Dos precisiones deben hacerse antes de ahondar en el análisis. La primera, no cabe plantear una relación de igualdad y, por ende, una vulneración al mismo, si se toman como términos de comparación las personas que no han podido acceder a*

En cuanto a la forma y al procedimiento para aplicar la inhabilidad cuando el servidor público incurra en ella, es decir en el evento en que se encuentre en servicio activo, procede remitirse a lo dispuesto en los artículos 37 de la ley 734 y 6º de la ley 190 de 1995, que tratan sobre las inhabilidades sobrevinientes.

La primera de las normas en cita señala:

“Artículo 37.- Inhabilidades sobrevinientes. *Las inhabilidades sobrevinientes se presentan cuando al quedar en firme la sanción de destitución e inhabilidad general o la de suspensión e inhabilidad especial o cuando se presente el hecho que las generan el sujeto disciplinable sancionado se encuentra ejerciendo cargo o función pública diferente de aquel o aquella en cuyo ejercicio cometió la falta objeto de la sanción. En tal caso, se le comunicará al actual nominador para que proceda en forma inmediata a hacer efectivas sus consecuencias.”*

A su vez, el artículo 6º de la ley 190 de 1995 dispone:

“Artículo 6o. *En caso de que sobrevenga al acto de nombramiento o posesión alguna inhabilidad o incompatibilidad, el servidor público deberá advertirlo inmediatamente a la entidad a la cual preste el servicio. Si dentro de los tres (3) meses siguientes el servidor público no ha puesto fin a la situación que dio origen a la inhabilidad o incompatibilidad, procederá su retiro inmediato, sin perjuicio de las sanciones a que por tal hecho haya lugar.”*

Aunque las normas transcritas se refieren a las inhabilidades sobrevivientes, los supuestos de hecho para su aplicación difieren en tanto el artículo 37 remite en forma directa a la clase de sanción impuesta y a la circunstancia de encontrarse el sujeto disciplinable ejerciendo cargo o función diferente al que dio lugar a la imposición de sanción, el 6º impone la obligación al servidor de comunicar de inmediato que le ha sobrevenido una inhabilidad. La consecuencia en ambos casos es el retiro inmediato del servicio.

Ahora bien, siempre bajo el supuesto de la declaratoria de la inhabilidad sobreviviente y del consecuente retiro del servicio mediante acto administrativo motivado, de conformidad con las normas transcritas pueden darse diferentes hipótesis respecto de quienes se encuentren en servicio activo, así: (i) al nominador que impuso la tercera sanción por una falta grave o leve dolosa - art. 38 citado - debe directamente cumplir el procedimiento dicho; (ii) quien impuso la tercera sanción no es el nominador, situación que impone al funcionario que adelantó el proceso disciplinario la obligación de informarle a aquél para que actúe

la administración en razón de una específica inhabilidad que las cobija de un lado y, de otro, las personas nombradas o posesionadas que con posterioridad resultan afectadas por una inhabilidad o incompatibilidad. Se trata de situaciones diferentes y, por consiguiente, su tratamiento legal puede no ser análogo. La segunda, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, por tutelar los principios en los que se inspira la función administrativa, no solamente es un requisito ex ante, sino también ex post. Con otras palabras, definido el ingreso de una persona a la administración, sigue sujeta al indicado régimen.”

conforme a la ley, y (iii) el servidor está obligado a informar al nominador, quien procederá a retirarlo de inmediato del servicio mediante acto motivado.⁵

Se desprende de lo anterior que las normas analizadas tienen aplicación armónica en el caso consultado e imponen diversos deberes: a) en cuanto al servidor: la obligación de advertir a la administración que ha quedado incurso en una inhabilidad sobreviniente, y b) respecto de la administración: proceder al retiro inmediato de aquél, obligación a cargo del nominador. Valga advertir que aún sin aviso del servidor incurso en la inhabilidad sobreviniente la administración oficiosamente debe proceder a su retiro inmediato.

Ahora bien, el artículo 224 de la ley 734 de 2002 mantuvo vigentes “*las normas referidas a los aspectos disciplinarios previstos en la Ley 190 de 1995*”, entre ellas el artículo 6º, precepto éste que concede un término de tres meses al servidor para dar fin a la situación que generó la inhabilidad, plazo que no lo consagra el artículo 38.2 de la ley 734.

Frente a los alcances del inciso segundo del artículo 6º de la ley 190 la Corte Constitucional mediante la sentencia C- 038 de 1996 que lo declaró condicionalmente exequible sostuvo:

“8. La Corte considera que es importante efectuar una distinción. Si la inhabilidad o incompatibilidad sobrevinientes, se originan en causas imputables al dolo o culpa del nombrado o al funcionario, no cabe duda de que la norma examinada es inconstitucional. Los principios en los que se basa la función pública, quedarían sacrificados si no se optara, en este caso, por el retiro inmediato del funcionario o la negativa a posesionarlo. Si por el contrario, en la inhabilidad o incompatibilidad sobrevinientes, no se ha incurrido por el dolo o culpa del nombrado o al funcionario, y siempre que éstos en sus

⁵ La Procuraduría General de la Nación tiene un instructivo para hacer efectiva la sanción disciplinaria de destitución del cargo con inhabilidad en desarrollo de los artículos 37, 45, 46, 172 y 173 de la Ley 734 de 2002. Para efectos de hacer la respectiva anotación en la hoja de vida, dejando constancia de ello, ordena adelantar las siguientes acciones dependiendo del tipo de sanción, así:

- Si el sancionado se encuentra desempeñando el mismo cargo en cuyo ejercicio cometió la falta objeto de sanción, se expedirá el correspondiente acto administrativo haciendo efectiva la destitución.
- Si el sancionado se encuentra desempeñando cargo o función pública diferente de aquel o aquella en cuyo ejercicio cometió la falta objeto de sanción, se expedirá acto administrativo ordenando su retiro inmediato por efecto de la inhabilidad sobreviniente.
- Si el sancionado se encuentra al servicio de otra entidad pública, se remitirá la documentación al actual nominador para que proceda a hacer efectiva la inhabilidad sobreviniente.
- En los demás casos, se expedirá constancia señalando que el sancionado no se encuentra vinculado a la administración pública o a la entidad, según el caso. (...)
- Si, adicionalmente, se impuso inhabilidad especial y el sancionado presta sus servicios a otra entidad pública, en un cargo diferente a los señalados en los dos primeros ítems, se remitirá la documentación al actual nominador para que proceda a hacer efectiva la inhabilidad sobreviniente.

actuaciones se ciñan a la ley y eviten los conflictos de interés, puede considerarse razonable que se disponga de un término de tres meses para poner fin a la situación. De esta manera se preserva el derecho al trabajo, su estabilidad, y el acceso al servicio público, sin que por este hecho se coloque a la administración en trance de ver subvertidos sus principios medulares.”

Así, conforme al artículo 13 de la ley 734 para que opere la inhabilidad sobreviviente en el caso consultado, la sanción impuesta por tercera vez al servidor ha de ser por la comisión de faltas cometidas a título de dolo o culpa, circunstancia que descarta de plano toda posibilidad de aplicar el término de tres meses previsto en el inciso segundo del artículo 6° de la ley 190 de 1995, dado que la imputación por cualquiera de los títulos anunciados impone el retiro inmediato del servicio.

Debe precisar la Sala que el artículo 38 de la ley 734 cualifica las sanciones al disponer que la inhabilidad sobreviene si las sanciones impuestas provienen de la comisión de *“faltas graves o leves dolosas o por ambas”*, lo cual descarta su aplicación respecto de otra clase de penas disciplinarias, en este caso la de amonestación, en los términos de la clasificación de las sanciones disciplinarias contenida en el artículo 44 de la ley 734⁶.

La consulta indaga, además, si para hacer efectiva la inhabilidad debe adelantarse una actuación administrativa. La Sala precisa que si la tercera sanción la impone el mismo nominador, este deberá esperar a que el acto administrativo sancionatorio quede en firme, pues es la forma procedimental de completar la hipótesis del artículo 38. Producida la firma de tal acto deberá dictar un acto de ejecución motivado en donde se haga referencia a todos los fundamentos fácticos y jurídicos en virtud de los cuales se estructura la inhabilidad sobreviviente en estudio - arts. 35 y 59 del C.C.A. y 19 de la ley 734 de 2002⁷ -, máxime si se trata de un empleo de carrera, pues de conformidad con el parágrafo 2° del artículo 41 de la ley 909 de 2004, *“Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado.*

El mismo procedimiento deberá cumplirlo el nominador a quien se comunique el acaecimiento de la inhabilidad sobreviviente, con las especificidades derivadas de la naturaleza del cargo - libre nombramiento o remoción o de carrera -.

También se pregunta si la inhabilidad conlleva el retiro temporal del servicio por tres años o si sólo tiene efectos frente a la aspiración a nuevos cargos públicos o ascensos por concurso. De acuerdo con el numeral 2° del artículo 38 de la ley 734 la inhabilidad tiene una duración de tres años contados a partir de la ejecutoria de la última sanción. Este término de tres años opera tanto para quien está por fuera

⁶ El artículo 44 de la ley 734 establece las siguientes clases de sanciones:

1. Destitución e inhabilidad general, para las faltas gravísimas dolosas o realizadas con culpa gravísima.
2. Suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial para las faltas graves dolosas o gravísimas culposas.
3. Suspensión, para las faltas graves culposas.
4. Multa, para las faltas leves dolosas.
5. Amonestación escrita, para las faltas leves culposas.

⁷ Artículo 19. Toda decisión de fondo deberá motivarse.

del servicio, caso en el cual no podrá acceder al mismo, como para quien está en servicio activo, respecto de quien determina el retiro inmediato del cargo y la imposibilidad de ingresar a la administración dentro de los tres años siguientes a la fecha del retiro. Por lo demás, no existe un instrumento legal dentro del complejo normativo que regula el derecho administrativo laboral que permita un retiro temporal - que equivaldría a la suspensión en el ejercicio de las funciones - y el posterior reintegro del servidor vencidos los tres años de duración de la inhabilidad; en efecto, con el retiro del empleado el cargo queda vacante definitivamente, dado que no se está frente a una situación administrativa que implique la separación provisional del servicio.

Ahora bien respecto de los empleados de carrera los artículos 41 y 42 de la ley 909 de 2002 dispone:

“Artículo 41. Causales de retiro del servicio. *El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos: (...)*

n) Por las demás que determinen la Constitución Política y las leyes.”

“Artículo 42. Pérdida de los derechos de carrera administrativa. *El retiro del servicio por cualquiera de las causales previstas en el artículo anterior, implica la separación de la carrera administrativa y la pérdida de los derechos inherentes a ella, salvo cuando opere la incorporación⁸ en los términos de la presente ley.”*

En estas condiciones el empleado público que es retirado del servicio por inhabilidad sobreviviente y está escalafonado pierde sus derechos de carrera.

2º.- Aplicación del numeral 49 del artículo 48 de la ley 734 a la persona que inasistió a cumplir las funciones de jurado de votación.

El numeral 49 del artículo 48 de la ley 734 de 2002 prescribe que son faltas gravísimas *“Las demás conductas que en la Constitución o en la ley hayan sido previstas con sanción de remoción o destitución, o como causales de mala conducta.”*

Por su parte, el inciso segundo del párrafo 1º del artículo 5º de la ley 163 de 1994⁹ señala que *“Las personas que sin justa causa no concurran a desempeñar las funciones de jurado de votación o las abandonen, serán sancionadas con la destitución del cargo que desempeñen, si son servidores públicos. Si no lo son, a la multa prevista en el inciso anterior.”*

⁸ **“Artículo 44. Derechos del empleado de carrera administrativa en caso de supresión del cargo.** *Los empleados públicos de carrera administrativa, que como consecuencia de la liquidación, reestructuración, supresión o fusión de entidades, organismos o dependencias, o del traslado de funciones de una entidad a otra, o por modificación de planta de personal, se les supriman los cargos de los cuales sean titulares, tendrán derecho preferencial a ser incorporados en empleo igual o equivalente de la nueva planta de personal, y de no ser posible podrán optar por ser reincorporados a empleos iguales o equivalentes o a recibir indemnización. El Gobierno Nacional reglamentará el proceso de reincorporación y el reconocimiento de la indemnización.”*

⁹ Por la cual se expiden algunas disposiciones en materia electoral.

Ahora, si la persona es servidor público, fue designado como jurado de votación, no concurrió a cumplir con esa obligación y posteriormente entra a prestar sus servicios a otra entidad pública, se configuran los supuestos previstos en el numeral 49 del artículo 48 de la ley 734 para que se tipifique una falta gravísima y se aplique la destitución, máxime si se tiene en cuenta que conforme al tenor de los artículos 25 y 72 de la ley 734 “Son destinatarios de la ley disciplinaria los servidores públicos aunque se encuentren retirados del servicio” y “La acción disciplinaria es procedente aunque el servidor público ya no esté ejerciendo funciones públicas.”

En estas condiciones dado que la sanción de destitución no opera de plano por la falta de que se trata y por lo mismo habrá necesidad de adelantar el respectivo proceso disciplinario conforme a las reglas del C. D. U., resulta armónica la aplicación de los artículos 5° de la ley 163 de 1994 y 48.49 de la ley 734, pues el fundamento de la destitución se sustenta en estos preceptos Así, la conducta típica, antijurídica y culpable sancionada en la ley 163 constituye falta gravísima, calificación que habrá de dársele en el proceso disciplinario que se adelante para imponer la sanción dicha.

3.- ¿Al imponerse la sanción de inhabilidad general por la investigación de los mismos hechos, tanto en materia penal y disciplinaria, se desconoce el principio del non bis in idem, cuando los efectos son los mismos en las dos situaciones?

La penal y la disciplinaria son dos tipos de responsabilidad autónomos e independientes que si bien integran la potestad sancionadora del Estado, protegen distintos bienes jurídicos y, por ende, las sanciones en uno y otro caso cumplen finalidades diversas. De esta manera puede suceder que exista la imposición de pluralidad de sanciones, unas penales y otras disciplinarias a un mismo sujeto, sin que por ello pueda hablarse de violación del principio non bis in ídem.¹⁰

En este sentido el artículo 2° de la ley 734 es claro al precisar que la acción disciplinaria es independiente de cualquiera otra que pueda surgir de la comisión de la falta; el artículo 16 ibídem enseña que la sanción disciplinaria tiene una función preventiva y correctiva; y el artículo 20 señala que la finalidad del proceso disciplinario es la prevalencia de la justicia, la efectividad del derecho sustantivo, la búsqueda de la verdad material y el cumplimiento de los derechos y garantías debidos a las personas que en él intervienen.

En la sentencia C- 244 de 1996 la Corte Constitucional sostuvo

“Este principio –se refiere al del non bis in idem - que, de acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina, tiene como objetivo primordial evitar la duplicidad de sanciones, sólo tiene operancia en los casos en que exista identidad de causa, identidad de objeto e identidad en la persona a la cual se le hace la imputación. (...)

¹⁰ Según se expresa en la exposición de motivos del proyecto de ley que a la postre se convertiría en la ley 734 de 2002“(…)las actuaciones disciplinarias son, sin duda, actuaciones administrativas con características propias que conforman el llamado derecho administrativo disciplinario, que si bien tiene semejanzas con el derecho penal en la medida en que ambos son manifestaciones de la potestad punitiva estatal, es un sistema autónomo e independiente, con objetivos y características propios, como la preservación de la organización y buen funcionamiento de las entidades, ramas y órganos del Estado y del correcto comportamiento de los individuos encargados de la prestación de la función pública.”Gaceta del Congreso 291 de 2000, página 22.

Así las cosas, cuando se adelanta un proceso disciplinario y uno penal contra una misma persona, por unos mismos hechos, no se puede afirmar válidamente que exista identidad de objeto ni identidad de causa, pues la finalidad de cada uno de tales procesos es distinta, los bienes jurídicamente tutelados también son diferentes, al igual que el interés jurídico que se protege. En efecto, en cada uno de esos procesos se evalúa la conducta del implicado frente a unas normas de contenido y alcance propios. En el proceso disciplinario contra servidores estatales se juzga el comportamiento de éstos frente a normas administrativas de carácter ético destinadas a proteger la eficiencia, eficacia y moralidad de la administración pública; en el proceso penal las normas buscan preservar bienes sociales más amplios.

(...) la acción disciplinaria se produce dentro de la relación de subordinación que existe entre el funcionario y la Administración en el ámbito de la función pública y se origina en el incumplimiento de un deber o de una prohibición, la omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones, la violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, etc., y su finalidad es la de garantizar el buen funcionamiento, moralidad y prestigio del organismo público respectivo. Dichas sanciones son impuestas por la autoridad administrativa competente o por la Procuraduría General de la Nación, ente que tiene a su cargo la vigilancia de la conducta oficial de los servidores estatales.

La acción penal, en cambio, cubre tanto la conducta de los particulares como la de los funcionarios públicos, y su objetivo es la protección del orden jurídico social.”

Concretamente, en materia de sanciones el artículo 44 de la ley 734 establece que el servidor público está sometido, entre otras a la inhabilidad general para las faltas gravísimas dolosas o realizadas con culpa gravísima y a la inhabilidad especial para las faltas graves dolosas o gravísimas culposas. La inhabilidad implica la imposibilidad de ejercer la función pública en cualquier cargo o función por el término señalado en el fallo - art. 45 ibídem -. La inhabilidad general será de diez a veinte años; la inhabilidad especial no será inferior a treinta días ni superior a doce meses - art. 46 ibídem -.

Por su parte, en materia penal, la pena cumple una función de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado - art. 4º del Código Penal -. Así, el artículo 43 del Código Penal consagra como “pena privativa de otros derechos (...) la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas” y el artículo 44 ibídem señala que “La pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas priva al penado de la facultad de elegir y ser elegido, del ejercicio de cualquier otro derecho político, función pública, dignidades y honores que confieren las entidades oficiales.”

Ahora bien, pregunta el señor Ministro si al imponerse la sanción de inhabilidad general por la investigación de los mismos hechos en materia penal y disciplinaria, se desconoce el principio del non bis in idem - art. 29 C.P. -. Al efecto precisa la Sala:

El artículo 8º del Código Penal establece: “**Prohibición de doble incriminación.** A nadie se le podrá imputar más de una vez la misma conducta punible,

cualquiera sea la denominación jurídica que se le dé o haya dado, salvo lo establecido en los instrumentos internacionales.”

Por su parte el artículo 11 de la ley 734 desarrolla el principio de ejecutoriedad en los siguientes términos: *“El destinatario de la ley disciplinaria cuya situación se haya decidido mediante fallo ejecutoriado o decisión que tenga la misma fuerza vinculante, proferidos por autoridad competente, no será sometido a una nueva investigación y juzgamiento disciplinarios por el mismo hecho, aún cuando a éste se le dé una denominación distinta.”*

De los anteriores preceptos se concluye que el legislador preserva a los sujetos pasivos de las acciones penal y disciplinaria de la posibilidad de que pueda volverse a revisar la conducta ya juzgada en los respectivos procesos, pero no dispuso que de la misma conducta no puedan deducirse distintas responsabilidades.

En consecuencia, existe autonomía de las acciones dicha para imponer la sanción de inhabilidad como producto de la investigación de la misma conducta en materia penal y disciplinaria. Como se vio, el principio de doble incriminación se traduce en la prohibición de juzgar a alguien dos veces por el mismo hecho y ante un mismo régimen de responsabilidad.

Concluye la Sala que la inhabilidad general para desempeñar cargos públicos, propia del derecho disciplinario, y la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, aplicable en materia penal, constituyen sanciones autónomas de acuerdo al marco legal reseñado, que sin quebranto del principio del non bis in idem se imponen en virtud de regímenes de responsabilidad distintos destinados a proteger bienes jurídicos diferentes.

4º.- Teniendo en cuenta los alcances del artículo 121 de la ley 734 de 2000 que regula los casos en que debe corregirse, aclararse o adicionarse el fallo, una vez producida la aclaración o adición basta la notificación para ejecutarlo o procede el recurso de apelación?.

De acuerdo con el artículo 121 del C. D. U. *“En los casos de error aritmético, o en el nombre o identidad del investigado, de la entidad o fuerza donde labora o laboraba, o en la denominación del cargo o función que ocupa u ocupaba, o de omisión sustancial en la parte resolutive del fallo, éste debe ser corregido, aclarado o adicionado, según el caso, de oficio o a petición de parte, por el mismo funcionario que lo profirió. El fallo corregido, aclarado, o adicionado, será notificado conforme a lo previsto en este código.”*

Como se advierte la corrección, aclaración y adición de los fallos disciplinarios obedece bien a simples errores que no tocan con el fondo del asunto ora a *“omisiones sustanciales”* en la parte resolutive de los mismos, frente a las cuales debe brindarse la posibilidad de impugnación al interesado mediante los recursos de ley. Por ende en este último caso no sólo debe notificarse el fallo corregido, aclarado o adicionado, sino también garantizarse el recurso de apelación en los términos previstos en el artículo 115 de la ley 734, según el cual el recurso procede contra la el fallo de primera instancia.

No sobra aclarar que al disciplinado deberá notificársele personalmente el fallo de conformidad con el artículo 101 de la ley 734¹¹ y en caso de no poderse efectuar así se notificará por edicto.

Dispone el artículo 107 ibídem:

“Artículo 107. Notificación por edicto. *Los autos que deciden la apertura de indagación preliminar e investigación y fallos que no pudieren notificarse personalmente se notificarán por edicto. Para tal efecto, una vez producida la decisión, se citará inmediatamente al disciplinado, por un medio eficaz, a la entidad donde trabaja o a la última dirección registrada en su hoja de vida o a la que aparezca en el proceso disciplinario, con el fin de notificarle el contenido de aquella y, si es sancionatoria, hacerle conocer los recursos que puede interponer.*

Se dejará constancia secretarial en el expediente sobre el envío de la citación. Si vencido el término de ocho (8) días a partir del envío de la citación, no comparece el citado, en la Secretaría se fijará edicto por el término de tres (3) días para notificar la providencia.

Cuando el procesado ha estado asistido por apoderado, con él se surtirá la notificación personal, previo el procedimiento anterior.”

Por su parte, una vez quede en firme el fallo corregido, aclarado o adicionado¹², se deberá comunicar al nominador la decisión para que proceda a su ejecución, cuando el proceso lo adelante la Procuraduría General de la Nación o el servidor esté vinculado a otra entidad.

Responde la Sala

1) ¿Cómo se aplica la inhabilidad prevista en el numeral 2° del artículo 38 de la ley 734 para el caso del funcionario que se encuentra activo en la entidad donde fue sancionado disciplinariamente?

¹¹ **Artículo 102. Notificación por medios de comunicación electrónicos.** Las decisiones que deban notificarse personalmente podrán ser enviadas al número de fax o a la dirección de correo electrónico del investigado o de su defensor, si previamente y por escrito, hubieren aceptado ser notificados de esta manera. La notificación se entenderá surtida en la fecha que aparezca en el reporte del fax o en que el correo electrónico sea enviado.

13. Artículo 119. Ejecutoria de las decisiones. Las decisiones disciplinarias contra las que proceden recursos quedarán en firme tres días después de la última notificación. Las que se dicten en audiencia o diligencia, al finalizar ésta o la sesión donde se haya tomado la decisión, si no fueren impugnadas.

respectiva constancia será anexada al expediente

Las decisiones que resuelvan los recursos de apelación y queja, así como aquellas contra las cuales no procede recurso alguno, quedarán en firme el día que sean suscritas por el funcionario competente.

El nominador que ha impuesto las anteriores sanciones y la tercera por faltas graves o leves dolosas o tiene la información de la imposición de las dos anteriores e impone la tercera, en el mismo acto sancionatorio debe ordenar el retiro inmediato del servidor y ejecutarlo directamente una vez esté ejecutoriada la última sanción.

¿La inhabilidad conlleva su retiro temporal del servicio por los tres años, o sólo tendría efectos frente a la aspiración a nuevos cargos públicos o ascensos por concurso?

La inhabilidad sobreviniente prevista en el numeral 2° del artículo 38 de la ley 734 conlleva el retiro definitivo del servicio del empleado público, quien dentro de los tres años siguientes a la ejecutoria de la sanción está impedido para desempeñar funciones públicas. En caso de tratarse de funcionario escalafonado deberá ser retirado definitivamente del servicio con la consiguiente pérdida de los derechos de carrera y la imposibilidad de ejercer funciones públicas durante los tres años siguientes a la ejecutoria de la sanción.

¿Para hacer efectiva la comentada inhabilidad el nominador debe proferir actuación administrativa alguna, o no?

Para hacer efectiva la inhabilidad sobreviniente el nominador debe proferir el acto administrativo de ejecución debidamente motivado.

2) ¿Para aplicar la causal de destitución establecida en el inciso 2° del párrafo 1° del artículo 5° de la ley 163 de 1994 - modificatoria de la materia electoral -, por inasistencia del jurado de votación al desempeño de sus funciones, procede remitirse a la causal de destitución prevista en el numeral 49 del artículo 48 de la ley 734, cuando se incurre en la citada conducta no estando en el ejercicio de las funciones asignadas en la entidad a la que pertenece?

La acción disciplinaria no prescribe por el retiro del servicio público ni por estar el empleado desempeñando otras funciones. Tampoco la sanción de destitución prevista en el artículo 5° de la ley 163 de 1994 opera de plano, razones por las cuales dentro del proceso disciplinario que habrá de adelantarse al efecto, deberá darse aplicación armónica a la norma citada y al artículo 48.49 de la ley 734 de 2002, en la forma señalada en la parte motiva de este concepto.

3) Atendiendo lo dispuesto en los artículos 44.1 y 46 de la ley 734 de 2002 que respectivamente establecen la sanción de destitución e inhabilidad general para las faltas gravísimas dolosas o realizadas con culpa gravísima y la inhabilidad general por un período entre diez y veinte años, ¿Al imponerse la sanción de inhabilidad general por la investigación de los mismos hechos, tanto en materia penal y disciplinaria, no se está desconociendo el principio del non bis in idem, cuando sus efectos son los mismos en las dos situaciones?

Por ser acciones autónomas e independientes, no se desconoce el principio non bis in idem al aplicar a la misma conducta cometida por un servidor público las sanciones de inhabilidad general para desempeñar cargos públicos en el proceso disciplinario, y la de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, aplicable en el proceso penal.

4) Teniendo en cuenta los alcances del artículo 121 de la ley 734 de 2000 que regula los casos en que debe corregirse, aclararse o adicionarse el fallo, una vez producida la aclaración o adición basta la notificación para ejecutarlo o procede el recurso de apelación?

La aclaración, adición o corrección de un fallo debe notificarse y contra ella procede el recurso de apelación.

Transcribábase al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público. Igualmente, envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

FLAVIO AUGUSTO RODRIGUEZ ARCE
Presidente de la Sala

GUSTAVO APONTE SANTOS

ENRIQUE JOSE ARBOLEDA PERDOMO

LUIS FERNANDO ALVAREZ JARAMILLO

LIDA YANNETTE MANRIQUE ALONSO
Secretaria de la Sala