



La aplicabilidad de los eximentes de responsabilidad disciplinaria en Colombia

The applicability of the exempting ones of disciplinary responsibility in Colombia

Jaidith Milena Paternina Sierra¹

1 Magister en Derecho Público, Universidad Externado de Colombia. Correo electrónico: jaidithpaterninas@hotmail.com

RESUMEN

Las causales eximentes de responsabilidad disciplinaria consagradas en nuestra normatividad son una expresión de los derechos y garantías a favor de los investigados, ya que al presentarse estos eventos se impide la configuración del elemento responsabilidad, quedando incompleta su estructura jurídica, ocasionando por ende unos efectos que se traducen en que la persona investigada queda exceptuada del deber de responder. La aplicabilidad de estas causales en Colombia es muy frecuente, reflejando las circunstancias o particularidades de carácter exterior que acontecen en el entorno de los servidores públicos, y dentro de las sobresalen las de mayor complejidad o utilización de acuerdo a la jurisprudencia y decisiones de algunas autoridades disciplinarias, figurando la fuerza mayor y el caso fortuito, en estricto cumplimiento de un deber constitucional o legal de mayor importancia que el sacrificado y la convicción errada e invencible de que su conducta no constituye falta disciplinaria.

Palabras clave: Causales eximentes, procesos disciplinarios, responsabilidad, mayor complejidad, fuerza mayor, caso fortuito, cumplimiento de un deber, convicción errada.

SUMMARY

The causes for disregarding disciplinary responsibility enshrined in our regulations are an expression of the rights and guarantees in favor of the investigated, since in presenting these events the configuration of the responsibility element is prevented, leaving its legal structure incomplete, thus causing effects that are translated in that the person investigated is exempt from the duty to respond. The applicability of these causes in Colombia is very frequent, reflecting the circumstances or particularities of an external character that occur in the environment of public servants, and within those that stand out the ones of greater complexity or use according to the jurisprudence and decisions of some authorities disciplinary, including force majeure and fortuitous case, in strict compliance with a constitutional or legal duty of greater importance than the sacrificed and the wrong and invincible conviction that their conduct is not a disciplinary offense.

Keywords: Causes for disregarding, disciplinary processes, responsibility, greater complexity, force majeure, fortuitous event, fulfillment of a duty, erroneous conviction.

JUSTICIA

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

Recibido: 15-10-17
Aceptado: 19-12-17
Publicado: 24-07-18
DOI: [10.17081/just.23.34.3405/](https://doi.org/10.17081/just.23.34.3405/)

Cómo citar este artículo:

Paternina Sierra, J. (2018). La aplicabilidad de los eximentes de responsabilidad disciplinaria en Colombia En. *Revista Justicia*, Barranquilla: Editorial Mejoras-Universidad Simón Bolívar, Vol. 24, No. 34, pp.507-538. DOI: <https://doi.org/10.17081/just.23.34.3405>

Copyright ©2018

INTRODUCCIÓN

En el ámbito del derecho administrativo sancionador resulta de gran importancia una de sus modalidades y es la relacionada con el derecho disciplinario; precisamente porque con este se busca asegurar el buen desempeño de los funcionarios y de los particulares que ejercen funciones públicas, de tal manera es oportuno recalcar que en estos procesos existen derechos y garantías consagradas en la normatividad a favor de los investigados dentro de las que figuran las causales de exclusión de responsabilidad.

En Colombia la aplicabilidad que han tenido esta causales ha sido de forma muy frecuente, pues estas constituyen un medio de defensa para el inculpado, especialmente si existe merito suficiente para probarla y de esta manera liberarse de la obligación de responder por el deber incumplido.

Así, de acuerdo con el CDU las causales de ausencia de responsabilidad disciplinaria consagradas en nuestro ordenamiento jurídico están previstas en el artículo 28 de esta normatividad, las cuales son:

- Por fuerza mayor o caso fortuito (L. 734/02, Art. 28, Num.1).
- En estricto cumplimiento de un deber constitucional o legal de mayor importancia que el sacrificado (L. 734/02, Art. 28, Num.2).
- En cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales (L. 734/02, Art. 28, Num.3).
- Por salvar un derecho propio o ajeno al cual deba ceder el cumplimiento del deber, en razón de la necesidad, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad (L. 734/02, Art. 28, Num.4).
- Por insuperable coacción ajena o miedo insuperable (L. 734/02, Art. 28, Num.5).
- Con la convicción errada e invencible de que su conducta no constituye falta disciplinaria (L. 734/02, Art. 28, Num.6).
- En situación de inimputabilidad (L. 734/02, Art. 28, Num.7).

De la misma manera se trata de resaltar los eximentes de responsabilidad de mayor complejidad en el ámbito disciplinario, precisamente porque en este campo a pesar que se consagran 7 causales en el CDU, realmente en el plano de la aplicabilidad hay unos que figuran más que otros, y que por lo tanto constituyen una expresión de las circunstancias o particularidades de carácter exterior que se presenta en el entorno de los servidores públicos.

De acuerdo con esto este artículo se trata de ilustrar sobre la procedencia y

antecedentes que acarrea esta temática además de resaltar el contexto de los eximentes de responsabilidad disciplinaria establecidos en Colombia.

La presente investigación se refiere a la aplicabilidad de los eximentes de responsabilidad disciplinaria en Colombia, tomando como referente la jurisprudencia y fallos de las altas Cortes, la Doctrina y las normas.

En cuya temática se señala la importancia que tienen los eximentes de responsabilidad disciplinaria y se presentan los eximentes con mayor complejidad en el ámbito disciplinario, que dejan ver que los que sobresalen en este campo son la fuerza mayor y el caso fortuito, en estricto cumplimiento de un deber constitucional o legal de mayor importancia que el sacrificado y con la convicción errada e invencible de que su conducta no constituye falta disciplinaria.

I. LA APLICABILIDAD DE LOS EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA EN COLOMBIA.

Las causales eximentes de responsabilidad disciplinaria que consagra el CDU vienen a instaurar una limitación del deber de responder que tiene la persona que incurre en una falta disciplinaria, en otras palabras estas son una excepción a la regla general y constitucional que consagra el artículo 6 de la carta política y que se refiere a la derivación de la responsabilidad de la siguiente forma: “Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones” (C.N, 1991, art. 6).

De este modo, es obvio que la responsabilidad disciplinaria posee indiscutiblemente un origen constitucional, teniendo su regulación o desarrollo en la Ley, y particularmente en la Ley disciplinaria, y que en gran medida busca implantar una moralidad administrativa para los servidores públicos o particulares que ejercen funciones públicas. La obligación de la responsabilidad disciplinaria se orienta de manera fundamental hacia la buena marcha de la función pública y por ende de sus servidores, por lo que en caso de presentarse situaciones o acontecimientos en el que se involucren el proceder de estos, ya sea por acciones u omisiones contrarias al ordenamiento jurídico como lo describe la Constitución, tendría una consecuencia inmediata que se traduce en la comisión de una falta disciplinaria y por lo tanto daría lugar a responder por la realización de la misma.

De tal manera que el incurrir en la comisión de una falta que este tipificada en la Ley como disciplinaria es una condición esencial para que surja la responsabilidad, esto es el deber de responder por la realización de la conducta, lo que se traduce en la imposición de la sanción que también este descrita en el ordenamiento jurídico y que esté acorde con la gravedad de los hechos; de tal forma que la autoridad disciplinaria le corresponderá analizar en qué modo se produjo la conducta y verificar que en su estructura realmente constituya una falta disciplinaria.

Se puede manifestar que este deber de responder o de imposición de una sanción o represión se deriva de la Ley disciplinaria, puesto que es ella la que tiene que detallar no solo las posibles conductas disciplinarias sino además su castigo, inclusive se podría decir que la Ley también contiene una restricción a la regla general de imponer el castigo o sanción, y como ya lo he manifestado se trata de las causales de exclusión de responsabilidad disciplinaria.

Respecto a estas causales es indispensable destacar que el ex procurador General de la Nación Alejandro Ordoñez en su obra Justicia Disciplinaria ha recalcado que existen algunas causales de justificación y otras de exoneración de responsabilidad, precisando que las que se refieren a las de justificación, también llamadas «objetivas» por un sector de la doctrina, puede afirmarse que convierten la conducta «antijurídica» en jurídica, mientras que lo propio de las causales de inculpabilidad, es que la conducta conserva su carácter típico y antijurídico, pero se hace «inculpable» y, por ende, se exonera a su autor de responsabilidad (Ordóñez, 2009, pp. 38-39).

Acerca de la postura anteriormente planteada, considero que indistintamente del cual sea la causa que dé lugar a la exclusión de la responsabilidad, ya sea la antijuridicidad o la culpabilidad, lo que interesa son los efectos jurídicos que tienen estas causales y que se reflejan en la extinción de la responsabilidad, creando en este campo una posibilidad de defensa para inculpado muy significativa porque permite otorgarle la oportunidad de liberarse de las consecuencias que conlleva la consumación de una falta en este ámbito.

Por consiguiente, las causales de exclusión disciplinaria instituidas como tal en el CDU son las que están descritas en su artículo 28, es conveniente comenzar por analizar el significado e importancia de cada una de ellas, lo que se desarrollara de la siguiente manera:

1. Por fuerza mayor y caso fortuito: Esta primera causal consagrada por la

norma disciplinaria abarca 2 conceptos, para entrar a determinar el significado de estos, es oportuno invocar lo previsto por el Consejo de Estado en su concepto del 10 mayo de 1996, en el que emite un pronunciamiento adverso al establecido por la Corte Suprema de Justicia, precisando que “la esencia del caso fortuito está en la imprevisibilidad, y la de la fuerza mayor en la irresistibilidad” (CE, 10 de May. 1996, concepto).

En consideración a lo anteriormente expresado, puedo alegar que la fuerza mayor es un evento o circunstancia que tiene gran influencia sobre la voluntad de una persona, lo que le impide una reacción oportuna para que pueda evitar su advenimiento, o como lo ha manifestado el Consejo de Estado la fuerza mayor significa una autonomía entre la libertad y la autoridad, entre el ciudadano y el Estado; hay una fuerza, un acto estatal, un hecho del príncipe, como dice la doctrina francesa, y esa fuerza es mayor o superior, es irresistible (Ordóñez, 2009, p. 44).

El caso fortuito en cambio es el acontecimiento que se presenta de sorpresa o de manera inesperada que afecta la manifestación de la voluntad del sujeto porque no lo espera, y por ende no está preparado para su llegada lo que viene a cambiar su entorno pues produce un resultado negativo; en este orden de ideas habrá que decir “que para el derecho administrativo, como lo hacían los romanos, los casos fortuitos son hechos de la naturaleza, y la fuerza mayor es un acto o hecho de la autoridad” (Ordóñez, 2009, p. 44).

El alcance y connotación de estos 2 fenómenos es que cuando se presentan dan lugar a la exclusión de la responsabilidad, debido a que son una limitante de la voluntad de los sujetos que incurren en una falta, pues no es su intención cometerla, sino que son promovidos por la presencia de condiciones externas que son imprevisibles e irresistibles.

Una característica importante que tienen estos eximentes es que debe haber ausencia de dolo o culpa en la comisión de la conducta, es decir, los sucesos externos que se presenten no pueden ser provocados por el sujeto porque entonces no se configuraría un hecho ajeno a su voluntad sino intencional y cambiaría todo el sentido real que abarca la fuerza mayor y el caso fortuito; que como ya lo he manifestado viene a ser el acaecimiento de situaciones que obstaculizan la libre voluntad del inculpado en la comisión de la falta y que por lo tanto eliminan su existencia aspecto este que abarca la importancia de esta causal de exclusión de responsabilidad.

- 2 En estricto cumplimiento de un deber constitucional o legal de mayor importancia que el sacrificado: En este aspecto se entiende que la persona se ve sometida a obrar con preferencia en obedecer desde su

criterio normas de carácter superior y con plena conciencia que está quebrantando otra norma de menor valor.

Al respecto es pertinente aclarar que este caso el actuar del sujeto “se despliega necesariamente a título de dolo, pues para que ella opere es necesario que el autor haya actuado en forma voluntaria y consciente, pero por la necesidad de hacer prevalecer un deber, que en su sentir reviste mayor importancia” (Ordóñez, 2009, p. 48), es por esto que de este proceder se desprende un eximente de responsabilidad, pues se requiere que el sujeto haya obrado con conocimiento de causa de la vulneración que comete en contra de la norma que considera de carácter inferior o menos importante exaltando de esta manera que él no está incurriendo en una falta disciplinaria sino obedeciendo otro mandato que ponderablemente abarca salvaguardar derechos o deberes de mayor interés.

La importancia que tiene este eximente es que, aunque el sujeto cometa la falta esta se ejecuta “en cumplimiento de un deber que a juicio del autor reviste mayor importancia que el sacrificado, se está eliminando la antijuridicidad del comportamiento o, lo que es lo mismo, se diluye la responsabilidad por justificar la conducta” (Ordóñez, 2009, p. 44), adicionalmente es necesario anotar que para que se configure esta causal como excluyente de responsabilidad, indispensablemente debe haber omisión o vulneración a otro deber, pues de lo contrario no tendría sentido su existencia.

3. En cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales: Para que se presente este eximente de responsabilidad, el sujeto incurre en una falta disciplinaria en el acatamiento de una orden legítima emitida por una autoridad, es decir, al ejecutar u obedecer la orden impartida por un superior se vulnera el régimen disciplinario.

Con respecto a esta causal hay que ilustrar el cumplimiento de unas condiciones para que se pueda dar lugar a su existencia, las cuales son:

- Que provenga del superior jerárquico;
- Que sea legítima, es decir, su contenido se apege materialmente al orden jurídico;
- Que el superior sea competente para emitirla;
- Que el subalterno esté obligado a cumplir la orden;
- Que se cumplan los requisitos de forma previstos legalmente (Ordóñez, 2009, p. 49).

Por consiguiente, podemos evidenciar que no es frente a cualquier evento que surge esta causal, sino que necesariamente tiene que abarcar las diferentes condiciones mencionadas, de tal manera que se debe de tratar

del cumplimiento de una orden emitida por un superior, circunstancia que es muy distinta al cumplimiento de un deber constitucional o legal establecido en el numeral 2 del artículo 28 del CDU y en el cual la decisión de cumplir o desacatar un deber está en el criterio personal del sujeto inculpado; mientras que en este evento existe una orden de otra persona o autoridad de una escala superior, es decir, con importancia jerárquica, lo que conlleva a que le subalterno se sienta obligado a cumplir la orden.

Ahora bien, este subalterno debe tener su propio criterio para analizar que la orden del superior este dentro del marco jurídico y que tenga facultades legales para emitirla, así como también el cumplimiento de las formalidades establecidas para su expedición.

La importancia de esta causal radica en que la autoridad disciplinara descarta la existencia de responsabilidad por entender que el autor del comportamiento actuó en cumplimiento de una orden vinculante, no debe ocuparse del análisis de culpabilidad de la conducta. No obstante, haberse antes señalado en este documento que la conducta se despliega necesariamente a título de dolo, ello se debe a la necesidad de destacar que el agente del comportamiento típico actúa voluntariamente y con plena conciencia de alejarse del cumplimiento de un deber funcional (Ordóñez, 2009, p. 49).

4. Por salvar un derecho propio o ajeno al cual deba ceder el cumplimiento del deber, en razón de la necesidad, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad: Para que se configure esta causal de exclusión de responsabilidad se demanda el incumplimiento de un deber legal, dando lugar en tal evento al surgimiento de una falta disciplinaria, pero en la cual se incurre con la intención de proteger o salvaguardar un derecho ya sea propio o ajeno y con la plena conciencia de la vulneración al régimen disciplinario.

Esta causal de exclusión de responsabilidad tiene una particularidad, y es que da lugar en el sujeto inculpado aun conflicto personal entre el deber ser y un querer propio, colocándose en la situación de tener que escoger entre el cumplimiento de uno o de otro, pero en donde existe mayor inclinación a su querer propio por las razones o criterios personales que se tengan al respecto, es decir, a lo que es el derecho constitucional a la objeción de conciencia.

En consideración a lo que es el derecho fundamental de la objeción de conciencia, este también se aplica en materia disciplinaria, teniendo un efecto muy importante ya que no se puede objetar en conciencia por cualquier razón, sino frente a derechos, principios o valores que,

sopesados frente al deber incumplido, explican solventemente el comportamiento de quien se vale de la objeción de conciencia. En otras palabras, el cumplimiento del deber jurídico representaría una lesión de tal trascendencia que afectaría la dignidad humana del agente estatal que objeta en conciencia (Ordóñez, 2009, p. 58).

Entonces frente a lo anterior, se puede deducir que las autoridades disciplinarias ante la invocación de este eximente, deberán analizar todo el panorama que rodea la comisión de la conducta, así como también el valor jurídico, social, moral o personal que tenga y alegue el sujeto inculpado, para poder tener un entorno claro sobre las circunstancias que rodearon su actuar y de esta manera proceder a determinar si hay lugar a justificar su conducta dentro de esta causal.

5. Por insuperable coacción ajena o miedo insuperable: Es conveniente en esta hipótesis señalar de que se trata de 2 eventos similares; la coacción ajena hace referencia a la intimidación (física o psicológica) proveniente de un tercero que impulsa a un sujeto a cometer una conducta. Al respecto hay que destacar que la coacción debe ser de naturaleza insuperable. Es decir, ser de tal virtualidad que, aunque no anule por completo la voluntad, no le deje al sujeto activo más camino, con miras evitar el mal grave e eminente que se le enuncia, sino la de violar el orden jurídico, esto es, debe demostrarse que en términos racionales no se le podía exigir que se comportara de manera diversa (Cruz, 2015, p 33).

El miedo insuperable por su parte es una situación subjetiva de un individuo, pues en este caso no proviene de una tercera persona que lo intimida, sino que el sujeto internamente padece unos trastornos emocionales a tal punto que le limita su autodeterminación, es decir que no lo puede controlar ni evitar.

La importancia de este eximente de responsabilidad abarcando los dos aspectos que la conforman el de coacción ajena y el miedo insuperable, es que en ambos casos se coarta la voluntad del individuo, y por consiguiente queda en una situación de vulnerabilidad propiciada por las condiciones forzosas que padece, impulsándolo a cometer una conducta no adecuada que no puede esquivar.

Podemos evidenciar entonces que lo que corresponde en estos eventos para que opere la exclusión de la responsabilidad, es que se logre demostrar que se actuó bajo estos supuestos jurídicos, y por ende la conducta en la que se haya incurrido desaparece como falta disciplinaria del entorno social para considerarse que nunca se ejecutó dicha conducta.

6. Con la convicción errada e invencible de que su conducta no constituye

falta disciplinaria: Para que opere esta causal como eximente de responsabilidad, se requiere que un sujeto incurra en una falta disciplinaria creyendo equivocadamente que no está cometiéndola, situación que puede ser derivada ya sea de una mala interpretación de la norma o de una situación de la cual no se haya podido actuar de manera diferente.

En relación con esta causal hay que indicar que la convicción o creencia que conlleva al sujeto a cometer la falta, es lo que doctrinariamente se ha denominado error, al respecto se han previsto diferentes clases de error dentro de los que se destacan el de hecho, de derecho, mixto, de tipo, de prohibición entre otros.

Ahora bien de acuerdo con lo previsto en el numeral 6 artículo 28 del CDU, la conducta se comete con una convicción errada e invencible, es decir además de la existencia de un error, este es invencible lo que implica que no se puede vencer aun cuando se actué con toda la prudencia y diligencia.

La importancia de esta causal radica en que

“en el evento de errores invencibles, llámense de hecho o de derecho, de tipo o de prohibición o de error mixto, la consecuencia lógica y coherente es que se configure a plenitud la causal de exclusión de responsabilidad en materia disciplinaria. El carácter invencible del error demandará un análisis de las circunstancias particulares de cada caso, con especial énfasis en las condiciones personales de quien lo alega y de sus posibilidades efectivas de previsión y conocimiento, toda vez que no es lo mismo, por ejemplo, el error que esgrime una persona con formación profesional de aquella que no la tiene” (Ordóñez, 2009, p.66-67).

De acuerdo con el panorama descrito, para que proceda este eximente independientemente de la clase de error en el que se incida, lo principal es que se trate de un error invencible, que es lo que elimina la figura del dolo y por ende la responsabilidad disciplinaria, pues en estas situaciones se presume que el actuar del sujeto fue diligente, solo que no lo pudo evitar. Además, como refuerzo de este eximente “de ser invencible el error la conducta sería atípica por ausencia de culpa o dolo” (Cruz, 2015, p. 82), no habría lugar entonces al origen de una conducta disciplinaria.

7. En situación de inimputabilidad: Este eximente de responsabilidad da lugar, cuando un sujeto comete una conducta disciplinaria con el desconocimiento de que está incurriendo en ella, específicamente porque

presenta alguna perturbación mental que no le permite percatarse de la ocurrencia del hecho y de sus posibles consecuencias.

No obstante, “la situación de inimputabilidad debe estar directamente relacionada con el deber funcional que se estima incumplido, el que, en principio, es susceptible de merecer la imposición de una sanción disciplinaria” (Ordóñez, 2009, p. 73), es decir, que comprende la vulneración de obligaciones y deberes constitucionales y legales, pero que de manera excepcional no contempla una sanción, por cometerse en unas circunstancias en que no se tenía libre autodeterminación.

El CDU así mismo señala en el numeral 7 del artículo 28, “que en tales eventos se dará inmediata aplicación, por el competente, a los mecanismos administrativos que permitan el reconocimiento de las inhabilidades sobrevinientes” (L.734/2002, Art. 28), lo que quiere decir, que en los sucesos en que se cometan faltas disciplinarias y se alegue la inimputabilidad, es obligación de la autoridad disciplinaria verificar si hubo lugar o no al surgimiento de inhabilidades invocadas, pues se presume que quien ostenta la calidad de funcionario público es una persona con plena facultades mentales y psicológicas, por esa razón es procedente demostrar que esta situación especial se presentó de manera sobreviniente o con posterioridad al desempeño de su cargo como servidor público; por lo tanto,

“Una vez se haga esa demostración, ahí sí, es viable declarar la eximente y si bien en materia disciplinaria rige el principio de la libertad probatoria, es decir, que la falta y responsabilidad del investigado podrán demostrarse con cualquiera de los medios de prueba legalmente reconocidos (art. 131 del Código Disciplinario Único), lo que suele ocurrir es que el juez disciplinario recurra a un perito psiquiátrico, pues ese es un elemento valioso de juicio para deducir, con base en el conjunto probatorio (art.141 íbidem), si el disciplinado actuó en estado de inimputabilidad” (Cruz, 2015, p. 88).

Otro aspecto importante que contempla la ley disciplinaria, es que “no habrá lugar al reconocimiento de inimputabilidad cuando el sujeto disciplinable hubiere preordenado su comportamiento” (L.734/2002, Art. 28), esto es, que el estado de inimputabilidad fue dolosamente maniobrado, pues en estos eventos no se configura esta excluyente de responsabilidad porque realmente no se origina, sino que conscientemente el sujeto planea esta situación para buscar una favorabilidad.

Ahora bien, es menester hacer referencia a los eximentes de responsabi-

lidad con mayor complejidad en el ámbito disciplinario, pues estos figuran ante las autoridades en materia sancionatoria como los más invocados y utilizados para la solicitud de la exclusión de responsabilidad, los cuales detallo a continuación:

A POR FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO.

Para ahondar sobre la fuerza mayor y el caso fortuito como eximente de responsabilidad con mayor complejidad en el ámbito disciplinario, hay que destacar el uso y trascendencia que se ha hecho de esta causal por las distintas autoridades.

Para comenzar es oportuno señalar que estos fenómenos jurídicos han sido reconocidos e invocados en diferentes aspectos sancionatorios, tal como en el proceso administrativo sancionatorio tributario, en donde la jurisprudencia de la corte constitucional ha destacado que

“El acaecimiento de sucesos que constituyen la fuerza mayor o caso fortuito y que impiden la presentación oportuna de la obligación tributaria en las condiciones exigidas por la ley, no implica condonación de los deberes, ni el perdón estatal del pago de la obligación tributaria. Simplemente la Corte considera que las garantías constitucionales que se derivan del debido proceso administrativo llevan una flexibilidad en el momento de estudiar la sanción. En tales circunstancias, se considera legítima la presentación de declaraciones tributarias por intermedio de agentes oficiosos, o la ausencia de firma del contador público o del revisor fiscal, o la exhibición de la declaración tributaria en forma extemporánea o en el lugar diferente al señalado por la ley, cuando por hechos que configuren caso fortuito o fuerza mayor haya sido imposible al contribuyente la presentación de la declaración tributaria, en los términos de la ley” (C. Const. Sentencia C-690/96).

Pues, podemos observar que la fuerza mayor y el caso fortuito al constituirse como los sucesos, eventos, circunstancias o acontecimientos que se pueden presentar y que en un momento trascendental impiden el cumplimiento de una obligación legal, como la que se indicó en el caso anterior, sobre la presentación y firma obligatoria para la contribución tributaria de personas secuestradas o incapacitadas mentalmente, se ha recalcado al respecto que se debe tener consideración a esas circunstancias específicas que rodearon al sujeto que incumple la obligación, para proceder a analizar si efectivamente

se dio lugar a la configuración de este eximente de responsabilidad, y así permitir otros medios para que pueda cumplir con el deber impuesto.

Sin embargo, es preciso anotar que la fuerza mayor y el caso fortuito es nuestro sistema jurídico colombiano tiene diferentes concepciones dependiendo del área del derecho de que se trate, así por ejemplo en materia civil, el código civil la consagra como si se tratara de un solo fenómeno, y como ya fue anotado se trata de 2 situaciones muy similares, relacionándolo en esta normatividad como “el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.” (Art. 1 L. 95/1890).

Se aprecia entonces, el alcance que abarcan estos eximentes de responsabilidad sin importar en este plano el significado y materia jurídica de que se trate, en el que marcan una opción excepcional de limitación de la responsabilidad, cuando se presenten esas situaciones que son imprevisibles e irresistibles a un sujeto, y que vienen a determinar su conducta.

Ahora, tal como se indicó anteriormente el Consejo de Estado en concepto del 10 de mayo de 1996, manifestó en cuanto a la imprevisibilidad que esta es “para el caso fortuito y la irresistibilidad para la fuerza mayor, lo que impone una diferencia entre ambos fenómenos jurídicos. Es conveniente precisar que un hecho imprevisible, es aquel que se convierte en irresistible y por ende no querido” (CE, 10 de May. 1996, concepto), mientras que un hecho previsto o al menos previsible, “es el que se califica de inevitable por su carácter de irresistible” (CE, 10 de May. 1996, concepto).

Por consiguiente, para el surgimiento de estos eximentes de responsabilidad debe anteceder cualquiera de estos presupuestos la imprevisibilidad e irresistibilidad, sin que en ningún momento medie el dolo o la intención del sujeto para provocar una conducta y luego argumentar que fue producto de la fuerza mayor o el caso fortuito. Al respecto el Consejo Superior de la Judicatura ha dispuesto que

“no es propio del legislador elaborar un listado taxativo de los acontecimientos que constituyen tales eximentes; en tal virtud un acontecimiento determinado no puede calificarse “*fatalmente*” o mediante “*juicios a priori*” -por sí mismo y por fuerza de su naturaleza específica- como constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito, toda vez que es indispensable -en cada caso o acontecimiento concreto- analizar y ponderar todas las circunstancias que

rodean el hecho y a partir de tales determinar la intensidad de los elementos definitorios, para calificar la imprevisibilidad e irresistibilidad de los mismos” (C. S. de la J. Sentencia 1 de marzo de 2012).

Así las cosas, el acaecimiento de cualquier suceso no necesariamente constituyen fuerza mayor o caso fortuito, sino que requiere el análisis y la ponderación de la autoridad para calificarla como eximente, teniendo siempre presente los presupuestos que rodean esta causal.

Es conveniente en esta instancia revisar varias decisiones que en materia disciplinaria se han surtido ante algunas procuradurías delegadas, y en las que se ha reconocido la causal de fuerza mayor, absolviendo en cada caso al implicado; una de estos hechos fue el fallo de primera instancia con radicación N° 028-50845/01, en el cual la Procuraduría Delegada para la Economía y la Hacienda Pública admitió que la situación de

“la inseguridad, la presencia de los grupos armados al margen de la ley, los desplazamientos de la población, generaron una mayor demanda en los servicios públicos de educación, salud, recreación en la zona urbana, alterando los porcentajes que debían asignarse con recursos percibidos por concepto de la participación del Municipio en los Ingresos Corrientes de la Nación – Zona Rural” (PD EHP, 9 Dic. 2003, e 028-508445/01).

En el caso expuesto, ante los eventos descritos el inculpado no pudo cumplir con la obligación legal de invertir unos dineros girados por la nación, los cuales tenían una destinación específica para ser invertidos en el área rural, pero ante la situación irresistible de los hechos de violencia le fue imposible efectuarlo, pero en el proceso disciplinario logro probar las circunstancias externas que le impidieron un actuar diligente y prudente de un servidor público en cumplimiento de un deber legal.

De la misma manera, mediante la indagación preliminar adelantada ante la Procuraduría Primera Delegada de Vigilancia Administrativa con radicación N° 013-71266/02 de marzo 30 de 2004, se pudo comprobar que ante la situación presentada en relación con la no cancelación de unos salarios a unos funcionarios de la Personería Distrital de Barranquilla, el no pago fue producto de “la difícil situación económica que atraviesa no solo las entidades territoriales, sino el Estado en general, han ocasionado atrasos en el pago de sus obligaciones, las cuales de acuerdo con el presupuesto anual y con los ingresos corrientes, se han venido cancelando” (PPDVA, 30 Mar. 2004,

e 013-71266/02). En este caso, la situación económica sirvió de justificación de la conducta del servidor público que debía cancelar los salarios, y que ante esta eventualidad constitutiva de fuerza mayor no pudo cumplir con su obligación.

Así pues, podemos observar que las crisis económicas que padecen algunas entidades del Estado, en muchas ocasiones dificultan y entorpecen el funcionamiento normal de las entidades, hasta el punto que le impiden la cancelación oportuna de las obligaciones dinerarias, lo que en gran medida le va aumentando su déficit y por ende la poca eficiencia en la prestación de los servicios que tengan a su cargo o en el cumplimiento de sus funciones administrativas. Igualmente, confirma este eximente de responsabilidad, el fallo de segunda instancia expedido por la Procuraduría Delegada para la Economía y la Hacienda Pública, en el que se expresó:

“En el caso que nos ocupa, se avista que, la situación de iliquidez que por esa época atravesaba AMPOCALDAS, era ajena e imprevisible a la voluntad de los disciplinados, en tanto que la misma se originó, como se anotó anteriormente, por causas externas que no pudieron ser previstas por las directivas de la entidad, pero a pesar de ello, adelantaron las acciones mediáticas para tratar de aminorar el impacto negativo que pudo generar el hecho, entre las que se encuentra precisamente, el registrar contablemente los descuentos a los contratos suscritos por la empresa, del valor correspondiente las diferentes estampillas, pero que en realidad nunca genero movimiento de dinero efectivo” (PDEHP, 26 Oct. 2011, Rad IUC. 079-02975).

Ante estos eventos es importante anotar que las entidades públicas independientemente de la situación económica que estén atravesando, deberán ser diligentes en sus trámites y procedimientos en el que solo falte la gestión del pago físico de las obligaciones, esto es muestra de la eficiencia y de la buena fe de la entidad y hasta en un momento determinado sirve como evidencia de la exoneración de la responsabilidad.

Otro aspecto que ha sido alegado como fuerza mayor ha sido las dificultades en las comunicaciones, acontecimiento que se presentó en el fallo de segunda instancia del proceso con radicado N° 088-9640/07, en el que la Procuraduría Delegada Segunda para la Vigilancia Administrativa reconoció que

“la extemporaneidad en la presentación del informe en comento, se debió a que se presentaron situaciones de fuerza mayor, como

lo eran entre otras situaciones que no dependían de la voluntad del recurrente, del orden público de la zona y de la falta del puente que interconectaba los dos municipios” (PDSVA, 8 Oct. 2007, Rad 088-9640/07).

Teniendo en cuenta el caso descrito además de las perturbaciones al orden público que ya fueron detalladas como eximente de responsabilidad, también sobresale en este proceso que ante fenómenos como la falta de un puente que impide la comunicación oportuna de diferentes sectores del país, en el caso sub examine de 2 municipios Carmen de Atrato y Quibdó (choco), tal imprevisto es calificado como fuerza mayor y por lo tanto como eximente de responsabilidad en la entrega extemporánea de los informes de deuda pública que debía presentar el municipio de Carmen de Atrato a la Contraloría General del Departamento de Choco.

Dentro de los eventos que han sido catalogados caso fortuito se encuentra el suscitado en el fallo de segunda instancia adelantado ante la Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa, en la que ante las solicitudes del reconocimiento y pago de unas prestaciones sociales no pudieron ser atendidas oportunamente, lo que dio lugar a que las peticionarias instauraran acciones de tutela, por lo que el fallo de primera instancia califico la conducta de los inculpados como omisiva y negligente.

En el mencionado proceso se logró probar para ambos inculpados la causal de caso fortuito, en uno de ellos por circunstancias como “las múltiples tareas y gestiones que implicaban procesos de gran envergadura para el ente territorial y que requerían de su manejo personal, presencial y directo, lo cual le dificultó resistir el resultado consistente en la omisión de la contestación requerida” (PDSVA, 27 Feb. 2014, Rad IUS 2011-125476 IUC D-2012-50-474642).

Las anteriores circunstancias no permitieron una contestación oportuna por parte de la inculpada a la petición presentada, ya que esta funcionaria debía atender otros asuntos, pero en tal evento la procuraduría considero que no existió omisión ni irresponsabilidad de esta funcionaria, sino la presencia de un evento de caso fortuito.

En relación con el otro inculpado de este proceso, el reconocimiento de la excluyente de responsabilidad del caso fortuito obedeció a

“la existencia de circunstancias externas de carácter institucional que permiten apreciar que la administración procedió a realizar

gestiones para resolver de fondo lo pedido y con ello dar estricto acatamiento al fallo, lo cual se produjo con la expedición del acto administrativo que ordenó el reconocimiento y pago de la prestación periódica alegada por la interesada, determinación que permitió satisfacer el núcleo esencial de lo pretendido y superar el estado de cosas que originó el trámite incidental de desacato. Vale la pena precisar que para definir de fondo y acatar la decisión judicial era indispensable la expedición de un acto administrativo que comprometía tanto la autorización para la afectación del presupuesto de la entidad territorial, como la verificación de disponibilidad de recursos para atender la obligación, por lo que la demora no obedeció a elementos volitivos del disciplinado tendientes a violar derechos fundamentales o a desconocer decisiones judiciales en forma caprichosa, y por lo tanto, no se puede predicar la ilicitud del comportamiento reprochado en el pliego de cargos, razones por las cuales el despacho encuentra procedente absolverlo de responsabilidad disciplinaria” (PDSVA, 27 Feb. 2014, Rad IUS 2011-125476 IUC D-2012-50-474642).

Podemos observar entonces, que las causas que dieron lugar a la acción disciplinaria en este proceso, no fueron atribuibles a los inculpados, sino que fueron circunstancias ajenas que obstaculizaron la atención oportuna a un deber, pero en el que ante todo se logró probar la buena fe y la existencia de hechos que constituyen caso fortuito.

Considero que es conveniente anotar que ante entidades como las Procuradurías Delegadas se refleja la fuerza mayor como una circunstancia predominante en relación con el caso fortuito, ya que ha tenido un mayor auge y aplicación ante las situaciones imprevistas e irresistibles que han acontecido, aunque ambas estén incluidas en la misma causal del CDU. La fuerza mayor como eximente de responsabilidad ha logrado sobresalir en muchos procesos en el que se ha demostrado probatoriamente, en otras palabras podría manifestar que en nuestro entorno existen situaciones que encajan de manera más precisa en la modalidad de fuerza mayor y no en el caso fortuito, convirtiéndola por lo tanto en un eximente de los de mayor complejidad en el campo disciplinario.

B. EN ESTRICTO CUMPLIMIENTO DE UN DEBER CONSTITUCIONAL O LEGAL DE MAYOR IMPORTANCIA QUE EL SACRIFICADO.

El uso que ha tenido este eximente de responsabilidad en los procesos

disciplinarios ha sido de mucha acogida, especialmente porque su esencia consiste en acatar el cumplimiento de un deber que se antepone ante otro, y esta de clase de sucesos en nuestra entidades públicas se presenta muy comúnmente.

Al respecto señalo el fallo mediante la cual se resolvió una apelación, cuyo radicado correspondió al N° 161-2997 (022-77911/02), en el cual el implicado se halló en la situación de cumplir con un deber en contraposición de otro, en este caso

“razonadamente ponderó la situación y valoró los deberes en colisión, optando por cumplir el deber de proteger el interés general, de proteger la vida y garantizar la prestación del servicio de atención en salud (área de psicología), y no el deber legal de menor jerarquía de contar con el certificado de disponibilidad previo a la contratación, conflicto de deberes que se presentó porque se vio enfrentado a la imposibilidad de su cumplimiento simultáneo. Esta casual tiene un verdadero fundamento constitucional, pues el agente en procura del respeto y materialización de los valores superiores de rango constitucional se aparta de la formalidad en procura de efectivizar derechos tales con la salud, la paz, la convivencia y la misma vida” (PGN Disciplinaria, 3 ago. 2006, Rad 161-2997 (022-77911/02).

En el proceso en comento la calificación o la ponderación que se hace del cumplimiento de uno de los deberes en conflicto lo hace siempre el implicado, pues esa determinación es propia del sujeto que ejecuta la conducta, la ley no establece nada al respecto; digamos que este contexto en la que siempre se hallara un disciplinado es una de las razones por la cual considero este eximente como uno de los de mayor complejidad en este campo.

Otro fallo que resalta este eximente, fue el que se presentó en el proceso de apelación con radicado N° 161 – 5272 (IUS 2009 – 402663), mediante el cual el inculpado tuvo que escoger entre 2 fallos judiciales la aplicación de uno y el desacato del otro, pues eran contradictorios, por lo tanto una de las sentencias en colisión fue la que negaba al pago de la prima de actualización a la señora Luz Marina Ceballos, fundamentándose “en el deber de cuidado y prudencia al administrar del erario público que le demandan las leyes y normas que regulan el manejo de los recursos económicos públicos o afectos al servicio público” (PGN Disciplinaria, 10 may. 2012, Rad 161 – 5272 (IUS 2009 – 402663), teniendo que resaltar que el inculpado ante la posibilidad de no reconocer este fallo sentía “temor al desatender el deber

privilegiado por las consecuencias de tipo penal, fiscal y disciplinaria que le podía acarrear el hecho de desconocer la sentencia del 30 de octubre de 2003”(PGN Disciplinaria, 10 may. 2012, Rad 161 – 5272 (IUS 2009 – 402663).

En este proceso el otro fallo judicial es de fecha 31 de agosto de 2006 y estableció todo lo contrario, es decir, obligaba al pago de la prima de actualización, ante esta incertidumbre el inculpado opto por esperar el fallo que expidiera el Tribunal Administrativo de Risaralda y acogerse a lo decidiera este ente, que para tal evento se inclinó por el primer fallo, teniendo en cuenta todos estos sucesos y la buena fe que demostró el investigado se consideró por parte de la Procuraduría General de la Nación que conducta la estaba plenamente justificada eliminando toda responsabilidad.

De la misma manera es conveniente traer colación el proceso surtido ante la Procuraduría Provincial de Armenia Quindío, en el año 2014, a través del cual se abrió auto de apertura de investigación a una funcionaria de la Alcaldía Municipal de Armenia

“por obviar un trámite precontractual para la celebración de una contratación directa, ya que el contrato se celebra con las Empresa de Transporte Público del Municipio de Armenia, Departamento del Quindío, porque son las únicas en capacidad de prestar el servicio requerido, es decir, se celebra en razón a la calidad de la parte contratista”(PP Armenia, 12 may. 2014, Rad IUC D-2010-75-325764).

La justificación que alego la investigada ante el hecho descrito anteriormente fue que como se trataba de un contrato que busca la protección de los derechos de los niños, estos tiene un respaldo constitucional, por lo tanto ella se inclinó por omitir esta disposición legal en materia contractual y ordenar la continuación de la prestación del servicio de transporte escolar.

En el proceso en comento se logró demostrar la existencia 2 causales de exclusión de responsabilidad, la número 2 del artículo 28 de CDU que establece “en estricto cumplimiento de un deber legal de mayor importancia que el sacrificado” (Ley 734/02, Art 28), ya que para autoridad fue justificable el hecho de que la implicada escogiera la prestación del servicio de transporte para los niños ante el incumplimiento de la etapa precontractual de un contrato de prestación de servicios; y la causal número 4 que expresa “por salvar un derecho propio o ajeno al cual deba ceder el cumplimiento del deber, en razón de la necesidad, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad” (Ley 734/02, Art 28). Esta última se demostró porque el derecho que se trata de salvar o

proteger por la funcionaria es el derecho de transporte que tienen los niños, y estos derechos de acuerdo con la Constitución Política prevalecen por encima de los demás.

Así mismo en fallo de segunda instancia suscitado ante la Procuraduría Primera Delegada para la Vigilancia Administrativa, una vez más la autoridad disciplinaria reconoce que la actuación de la inculpada,

“al intervenir ante el Comandante de Estación de Policía de dicho municipio, en el caso materia de análisis, lo hizo en cumplimiento y el ejercicio de las funciones propias e inherentes al cargo que desempeñaba como personera de Arauquita, es decir, en estricto cumplimiento de un deber constitucional o legal” (PPDVA, 25 nov. 2005, Rad 065-1597-2002).

La investigación disciplinaria en este proceso obedeció porque la Personera Municipal de Arauquita como veedora de los derechos humanos presento comunicación al comandante de la estación de este mismo municipio, en la que solicita la libertad inmediata de un ciudadano que había sido detenido y en la que de acuerdo a las averiguaciones adelantadas por la funcionaria “se observa una retención ilegal, porque no se cumple con establecido en la Constitución y la ley, para el efecto le cita los artículos 28 y 32 de la Constitución y el artículo 345 de la Ley 600 de 2000” (PPDVA, 25 nov. 2005, Rad 065-1597-2002). Ante esta comunicación el comandante de estación considero que la personera había abusado de su cargo y solicito apertura de investigación disciplinaria de la funcionaria, a pesar de que el fallo de primera instancia fue condenatorio, en la apelación la inculpada logró demostrar que no actuó con abuso indebido de su cargo sino en cumplimiento de sus deberes constitucionales.

Para finalizar el análisis de la complejidad que acarrea este eximente es conveniente recalcar el fallo de única instancia surtido ante la Procuraduría Delegada para la Moralidad Pública, cuyo radicado correspondió al N° 162-43398 del año 2004, en el cual se pudo demostrar que

“el comportamiento del implicado obedeció a un deber de rango constitucional de mayor importancia que el sacrificado; en segundo término, se concluye que la finalidad de su comportamiento no fue otra que la de salvar derechos (ajenos) los enfermos de Hansen o lepra, tales como la salud y la alimentación cuya protección emana de un servicio social a cargo del Estado y por lo tanto le asistía al

implicado en desarrollo de su tareas de administración hospitalaria dada su condición de representante legal y ordenador del gasto del Sanatorio San Juan de Dios, cumplir con dichos deberes, por consiguiente su comportamiento se enmarca dentro de las causales que lo excluyen de responsabilidad señaladas en los numerales 2 y 4 del artículo 28 de la ley 734 del 2002” (PDMP, 16 jun. 2004, Rad 162-43398).

En este proceso el Sanatorio en comento padecía una crisis económica y el dinero no era suficiente para cubrir todas las obligaciones dinerarias, razón por la cual ante la necesidad de la alimentación y los medicamentos de los enfermos de lepra estos requerimientos según el criterio del inculpado “eran prioritarios frente al pago del seguro de los bienes y enseres del Sanatorio Agua de Dios y por lo tanto la destinación que el implicado le dio a los fondos existentes en caja” (PDMP, 16 jun. 2004, Rad 162-43398), fue la de suplir estas necesidades.

Teniendo en cuenta todas las situaciones que han sido alegadas en cada uno de los procesos referenciados, puedo deducir que la complejidad de este eximente de responsabilidad se presenta primero que todo debido a las contradicciones u oposiciones que padece nuestro sistema jurídico, en donde una leyes se anteponen a otras, constituyendo esta circunstancia el fundamento de la jerarquía normativa existente, y por lo tanto ante estos sucesos siempre existirá una exclusión en la cual se le dará cumplimiento a un deber legal en sacrificio de otro de menor importancia. De la misma manera se observa que nos solo las leyes o nomas presentan contradicción, sino incluso los fallos judiciales como el caso de la prima de actualización que fue anotado anteriormente, en donde el inculpado se vio envuelto en un conflicto de obedecer o desacatar un fallo judicial en desmedro de otro.

Además considero que otro aspecto que confirma la complejidad de la causal número 2 del CDU, es que nuestro país está instituido como un estado social de derecho, en el cual prevalecerán los derechos y principios garantizadores de esta forma de estado, como lo son el derecho a la salud, a la alimentación, a los medicamentos entre otros.

C. CON LA CONVICCIÓN ERRADA E INVENCIBLE DE QUE SU CONDUCTA NO CONSTITUYE FALTA DISCIPLINARIA.

En cuanto a lo que ha sido el recorrido jurisprudencial de este eximente de responsabilidad, se podría decir que ha sido el de mayor aplicación en el campo disciplinario hasta ahora.

Al respecto comenzaremos por anotar el reconocimiento que tuvo este eximiente en el proceso de segunda instancia N° 161 – 4938 (IUS 217598 – 2008), en el cual el asunto que dio lugar a la apertura de la investigación disciplinaria fue presuntamente el abandono del cargo de una funcionaria de la Procuraduría Delegada Disciplinaria para la Defensa de los Derechos Humanos, quien una vez nombrada y posesionada

“únicamente trabajó los días 17 y 18 de julio 2008, presentó incapacidades médicas para los días 14, 15, 21, 22, 23, 24 y 25 de julio del mismo año y procedió a presentar 3 escritos de renuncia, los dos primeros radicados el 25 de julio y el 8 de agosto de 2008 y una tercera el 28 del mismo mes y año, y que, sin esperar a la notificación del acto administrativo de aceptación de renuncia, dejó de manera definitiva y sin justificación alguna el cargo y funciones bajo su responsabilidad, no regresando a su sitio de trabajo desde el 28 de julio y hasta el primero de septiembre de 2008, cuando se genera el acto de aceptación de la renuncia”. (PGN Disciplinaria, 4 oct. 2012, Rad 161 – 4938 (IUS 217598 –2008).

En el caso ilustrado la disciplinada padecía una bronquitis aguda, razón por la cual decidió renunciar y por lo tanto no pudo seguir laborando; ella en su convicción errada considero que como había presentado la renuncia ya había puesto fin a su vínculo como funcionaria, sin evidenciar que solo hasta la aceptación de la renuncia se da por terminada la relación laboral, situación que fue valorada de forma positiva por la sala disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación.

Así mismo, ante la misma sala se adelantó proceso disciplinario de segunda instancia, en donde también se demostró por parte de los inculpados el error invencible, en este caso el asunto a investigar fue el nombramiento del Secretario de Educación del Distrito de Santa Marta, acto que realizo el Alcalde distrital

“al estar convencido de que el razonamiento jurídico allí consignado se ajustaba a las formalidades del Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales de la Alcaldía Distrital de Santa Marta; además, como lo indica la apoderada no tenía por qué dudar del juicio emitido por el Secretario General, el cual aceptó íntegramente el burgomaestre, teniendo en cuenta que es un jurista reconocido y con mucha experiencia en la administración pública, inclusive por haber ejercido muchas veces funciones de Alcalde Distrital de Santa

Marta, y por haberlo posesionado el mismo” (PGN Disciplinaria, 4 oct. 2012, Rad 161 – 4938 (IUS 217598 – 2008).

De la misma manera el investigado Secretario de educación también se liberó de la responsabilidad al indagar sobre su profesión, pues él es licenciado en educación y el “Secretario General de la mencionada Alcaldía, era el funcionario idóneo y facultado legalmente para conceptuar sobre la acreditación de requisitos previamente a la posesión del cargo” (PGN Disciplinaria, 4 oct. 2012, Rad 161 – 4938 (IUS 217598 – 2008).

Podemos observar en el caso planteado que los funcionarios investigados incurrieron en la falta disciplinaria, sin percatarse de la configuración de la misma, pues ambos actuaron de buena fe confiando en la revisión y constatación de los tramites de nombramiento que debían efectuar los funcionarios de área jurídica y de recursos humano de la entidad.

Otro importante fallo en esta materia, fue el que se expidió en el proceso de única instancia adelantado ante la Procuraduría Delegada para la Economía y Hacienda Pública, mediante el cual se logró demostrar por el investigado que

“ciertamente actuó con el convencimiento errado e invencible que la compra de los materiales en comento fue correctamente imputada al rubro del presupuesto de la vigencia fiscal de 2003 denominado “Material Didáctico”, pues de acuerdo con el criterio del Secretario de Educación el mismo estaba encaminado a realizar actividades culturales y lúdicas en la población estudiantil del municipio de Leticia (Amazonas), y además dada la premura del tiempo el investigado no tuvo oportunidad para reflexionar sobre el objeto del gasto, pues la actividad a realizar se encontraba programada desde un comienzo para el día 31 de octubre, lo que significa que el ordenador del gasto se vio comprometido a cumplir con la misma casi que de forma inmediata al momento de su posesión como alcalde encargado, lo cual ocurrió el día 29 de octubre de 2003” (PDEHP, 10 mar. 2008, Rad 028 – 155879-2007).

En el caso planteado el inculpado suscribió una orden de compra para adquirir unos materiales que se habían solicitado por la Secretaria de Educación para la decoración de la cancha acústica para una conmemoración que había sido planeada con anterioridad, la irregularidad que se presentó y que dio lugar a la acción disciplinaria fue que el robo del cual se efectuó la compra tenía una destinación específica la cual era exclusivamente para la “construcción,

mantenimiento, adecuación, pago de servicios públicos y funcionamiento de los establecimientos educativos, dotaciones, entendidas éstas, como el mobiliario, textos, bibliotecas, materiales didácticos y audiovisuales; pago del transporte y restaurante escolar” (PDEHP, 10 mar. 2008, Rad 028 – 155879-2007), pero ante esta situación para la autoridad disciplinaria el investigado está excluido de responsabilidad por error invencible.

También es pertinente anotar lo resuelto en el fallo de segunda instancia con radicado N° 161-01932(165-049804/00), que fue adelantando ante la sala disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, mediante el cual se exoneró de responsabilidad a uno de los investigados teniendo en cuenta que

“a pesar del desconocimiento que tenía sobre la materia, situación que comunicó oportunamente al Director General, trató de cumplir a su leal saber y entender, las funciones asignadas, asesorándose de otras funcionarias de la entidad con experiencia en el ramo y asistiendo dentro de la jornada laboral pactada a realizar la supervisión, significando con ello que realizó todos los esfuerzos dentro de sus precarios conocimientos contractuales, para cumplir la función de interventoría presentando los informes de manera oportuna bajo la convicción errada e invencible que con tales informes agotaba las funciones asignadas, pues no obstante poner en conocimiento de estos hechos a su superior, éste no la ilustró sobre el tema ni la reemplazó, más aún, cuando reconoció la no idoneidad de la odontóloga, pues su designación obedeció al excesivo número de odontólogos en la entidad y no por sus conocimientos contractuales...” (PGN Disciplinaria, 25 Oct. 2004, Rad 161-01932(165-049804/00).

Es evidencia el caso ilustrado de que en muchas ocasiones los funcionarios desconocen materias que les son asignadas por los superiores, y estas situaciones pueden generar la comisión de faltas disciplinarias, precisamente por qué no son las personas idóneas para realización de las mismas, ya que cada labor requiere de unos conocimientos especializados para que sean desarrolladas eficientemente, esta circunstancia fue la que dio lugar a la exoneración de la responsabilidad de la funcionaria, adicionándosele que en todo momento trató de ser diligente en la labor encomendada.

De la misma manera otro proceso que dio lugar al reconocimiento de esta causal fue el que se surtió ante la Procuraduría General de la Nación, bajo el radicado N° 156-73295 (161-01613) del año 2002, mediante esta apelación

“se comprueba la existencia del error, pues la decisión adoptada se apoya no solo en el concepto de una profesional del derecho que ha ejercido cargos íntimamente relacionados con el tema discutido, es decir, en materia eminentemente administrativa por ser ex Magistrada de los Tribunales Contenciosos y Consejera de Estado, como se demostró con la certificación precedentemente relacionada, y cuando la elección se apoya igualmente, en la decisión adoptada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, cuerpo colegiado que en forma clara y precisa informa sobre la ausencia de inhabilidades...” (PGN Disciplinaria, 19 Dic. 2002, Rad 156-73295(161-01613)).

En el caso expuesto, el proceso de primera instancia había declarado disciplinariamente responsable a los implicados, ya que considero que estos miembros de la Asamblea Departamental de Santander tenían conocimiento de la inhabilidad que presentaba el electo Contralor del Departamento, y estos por haberlo elegido habían sido sancionados con multa, pero en la segunda instancia se logró demostrar que ellos actuaron de buena fe y convencidos de que la persona por quien emitieron su voto no se encontraba inhabilitado.

De la misma manera es indispensable traer a colación el fallo surtido ante la sala disciplinaria de la Procuraduría General de la nación, en el cual se resuelve la apelación interpuesta por los inculpados puesto que lo declaraban disciplinariamente responsables con sanción equivalentes en multas, al respecto en la segunda instancia se pudo demostrar que su conducta fue producto del error invencible.

El asunto que dio lugar a la investigación disciplinaria del proceso referenciado fue la información errada que un teniente de la policía transmitió al Departamento de Policía de Sucre, y que conforme a esa instrucción actuaron los demás implicados en la investigación; el teniente se basó para dicha información

“en el “Formato Nro. 1” de “Registro contratos de prestación de servicios con I.P.S.”, en el que se encuentran cuatro (4) casillas con las siguientes denominaciones: “contrato inicial”, “primera adición”, “segunda adición” y “tercera adición”, así como las instrucciones para diligenciarlo (fls. 115 y 116 Cdo. 1), es razonable admitir que sin asomo de mala fe, falta de diligencia o negligencia, se asumiera como correcta la errada interpretación de que cada adición no podía superar el 50% del valor inicial del contrato y

por tanto, que sumadas las tres (3) adiciones sí podían superarlo. Interpretación errónea que se tomó como interpretación general y no solo para los contratos a que hace referencia este proceso, a más que fue corregida inmediatamente se detectó el error en el que se encontraban” (PGN Disciplinaria, 3 Jun. 2004, Rad 161- 02271 (020-085777/03).

Otro fallo de vital importancia en este campo fue el adelantado ante la Procuraduría Delegada para la Economía y Hacienda Pública, mediante el cual se resolvió un recurso apelación interpuesto por el investigado, el asunto que ventilo dicho proceso fue la presunta realización de hechos cumplidos por parte del Alcalde del municipio de Gigante –Huila para el año 2004, estas irregularidades se presentaron por las autorizaciones de unas comisiones de viáticos sin la expedición de los certificados de disponibilidad presupuestal.

Ante la apelación, la autoridad de segunda instancia dentro de sus consideraciones preciso que

“el certificado de disponibilidad se ha instituido por la norma superior con la finalidad de garantizar la existencia del recurso para amparar el compromiso y evitar temporalmente que se utilice a otro fin, se tiene que con la figura del reconocimiento empleado para ejecutar la apropiación correspondientes a viáticos no se encontró en la investigación el que se hubiese excedido el monto disponible o el haberse adquirido obligación contra saldo inexistente, de manera que la forma del reconocimiento posterior de las obligaciones por viáticos y gastos de viaje a favor del Alcalde mantenía la prevención perseguida por la norma y no constituyó arbitrariedad en la ejecución de dicho recurso” (PDEHP, 24 Ago. 2007, Rad 083-2869/05).

Teniendo en cuenta este argumento y presumiendo que el alcalde investigado no actuó con arbitrariedad es absuelto de responsabilidad disciplinaria.

Otro proceso que hay que resaltar fue el calendado el 30 septiembre de 2010, ante la Procuraduría Primera Delegada para la Contratación Estatal, en el que se resolvió exonerar de responsabilidad a uno de los investigados teniendo en cuenta que

“no existe prueba que permita afirmar, que para el momento en que ocurrieron los hechos objeto de investigación, el concejal tuviera conocimiento de la inexistencia del contrato de prestación de servicios de su asistente, más bien, como ya se dijo, existen indicios

que permiten presumir su desconocimiento sobre tal hecho. Por las razones anotadas, le es aplicable al disciplinado, la causal de exclusión de responsabilidad de que trata el numeral 6º del artículo 28 de la ley 734 del 2002, porque al mantener en el servicio a su asistente, durante los meses de marzo a mayo del 2006, sin que ésta tuviera vínculo contractual con el Concejo, actuó ignorando la inexistencia del vínculo y creyendo que actuaba correctamente” (PPDCE, 30 Sep. 2010, Rad 094-4357-06).

Observamos que en el asunto descrito se exime al inculpado a pesar de haber infringido el régimen disciplinario al expedir certificaciones de solicitud de pagos a la que presumía ser su asistente, ignorando en tal evento que el contrato de prestación de servicios de la misma había finalizado desde meses anteriores; en este caso aunque se incurrió en una falta esta se justificó en la ocurrencia de un error pues el sujeto pensó hacer lo correcto dentro de sus funciones como concejal.

En esta instancia hay que señalar el fallo fechado 17 de mayo de 2011, mediante el cual se surtió la primera instancia del proceso cuyo radicado correspondió al IUS 265572, en este caso se resolvió excluir de responsabilidad al implicado teniendo en cuenta el siguiente argumento

“Vistos los antecedentes del asunto, se identifica que la convicción errada en el proceso de contratación del Instituto y los funcionarios que intervinieron fue la de equiparar el servicio objeto del Contrato al servicio público domiciliario de telefonía fija convencional y entender que era suficiente tener un rubro de servicios públicos en los gastos generales del presupuesto de funcionamiento de la entidad, para realizar la imputación del gasto del contrato de manera mensual contra la presentación de las facturas por la prestación del servicio, sin requerir así un CDP previo y un RP posterior a la celebración de dicho contrato interadministrativo. Está concepción errada surgió del manejo e intervención que en la etapa precontractual tuvieron el Jefe de la Oficina Jurídica, el Subdirector Administrativo y Financiero y los demás funcionarios adscritos a esta dependencia que prepararon los estudios y términos de la contratación, cuyo origen se identifica a partir de la interpretación dada al concepto jurídico rendido” (PSDCE, 17 May. 2011, Rad IUS-265572).

En el caso expuesto aconteció que el director del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses suscribió un contrato estatal sin la expedición de los

certificados de disponibilidad presupuestal y los registros presupuestal que son unos requisitos obligatorios para celebración de cada contrato estatal, razón por la cual se dio apertura al proceso disciplinario al presumirse que el funcionario incurrió en la falta de diligencia y cuidado en el ejercicio de su cargo; pero ante esta conducta logro demostrar que por una convicción errada de creer que se podía hacer una facturación mensual para el pago del servicio no era necesario la expedición de estos certificados, argumento que fue valido y suficiente para autoridad disciplinaria quien finalmente lo absolvió.

Por ultimo hay que destacar el fallo de primera instancia que fue adelantado ante la Procuraduría Provincial de Ipiales, en este caso por las presuntas irregularidades relacionada con el traslado de unos afiliados de una EPS indígena a otra EPS, razón por la cual se abre investigación disciplinaria en contra del alcalde del municipio de Córdoba al haber firmado una resolución en donde se ordenaba el traslado.

En el caso en comento se logró demostrar por el inculpado el error invencible, ya que esto fue argumentado por la autoridad disciplinaria al manifestar que

“En conclusión, el error invencible se presenta cuando el señor investigado, considera que bastaba con la decisión adoptada por el Cabildo como máxima autoridad del Resguardo de Males, la que quedó plasmada en el acta del 29 de febrero de 2008, para expedir la resolución 012 de marzo 10 de 2008, mediante la cual acepta el traslado colectivo, bajo el pleno convencimiento que independiente de su calidad de servidor público, él debía acatar lo dispuesto por el Cabildo, en respeto de los principios de la autonomía y la libre determinación de los pueblos indígenas” (PP DE IPILES, 31 Ago. 2011, Rad 051-7292).

Podemos observar que el implicado incurre en error por considerar que no existía ninguna ilegalidad en esos traslados y que eso es una determinación que manifestaba el cabildo, pero en donde él como máxima autoridad debió indagar más sobre el tema para evitar la comisión de una falta disciplinaria.

En relación a la causal número 6 del CDU puedo concluir que se trata de un eximente de responsabilidad de gran complejidad, ya que después de indagar sobre su uso es la que más predomina, observándose que hace presencia en eventos en el cual su ocurrencia es invencible, o en otra palabras es inevitable, situaciones en el que sin percatarse los funcionarios incurren o habiéndola previsto no la puede evitar.

Por consiguiente el error debe ser invencible como en el caso de la funcionaria de la procuraduría que presentó la renuncia, el alcalde de Santa Marta que nombro al secretario de educación, la del alcalde encargado de Leticia que realizo una compra de un rubro del presupuesto que tiene destinación específica, los miembros de la asamblea departamental de Santander al nombrar al contralor de departamento estando inhabilitado, el de la información errada emitida por el teniente de la policía para suscribir unas adiciones contractuales, el del alcalde Gigante-Huila al reconocer unos viáticos y gastos de viaje sin las disponibilidades presupuestales, el del concejal que expidió las certificaciones de pago de su asistente que ya no tenía contrato, el del director de medicina legal al suscribir contratos sin CDP Y RP y el del alcalde de Cordoba-Ipilaes al suscribir la resolución ordenando el traslado de los afiliados al régimen subsidiado.

Ahora bien existen otros eventos en donde a pesar de haber previsto una situación, el sujeto no pueda actuar de manera diferente como la que aconteció con la odontóloga designada supervisora de un contrato, la cual no tenía los conocimientos idóneos en materia contractual, pero quien actuó hasta más pudo de manera diligente con la designación encomendada.

CONCLUSIONES

El derecho disciplinario es aquella potestad que radica en cabeza del Estado, a través del cual se instaura un sistema normativo de obligatorio cumplimiento y que se hace extensible a los servidores públicos del cual se espera una conducta determinada; pero además de ser un derecho imperante también consagra garantías que pueden ser utilizadas por los sujetos implicados en estos eventos, dentro de las que se contempla las causales eximentes de responsabilidad que viene a constituirse en una manifestación del debido proceso, precisamente porque su instauración pretendió cambiar las consecuencias sancionatorias que normalmente se derivan de una investigación de esta índole por un resultado distinto, estipulando por lo tanto situaciones especiales que rompen el nexo causal que debe existir entre la falta disciplinaria y su posible consecuencia.

Las causales eximentes de responsabilidad disciplinaria que consagra el CDU son una excepción a la regla general y constitucional que consagra el artículo 6 de la carta política que prevé que “los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones” (Const., 1991, art. 6).

Por consiguiente las causales de exclusión de responsabilidad disciplinaria están consagradas en el artículo 28 del CDU; como son la fuerza mayor y el caso fortuito, en estricto cumplimiento de un deber constitucional o legal de mayor importancia que el sacrificado, en cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales, por salvar un derecho propio o ajeno al cual deba ceder el cumplimiento del deber, en razón de la necesidad, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad, por insuperable coacción ajena o miedo insuperable, con la convicción errada e invencible de que su conducta no constituye falta disciplinaria y en situación de inimputabilidad.

En este sentido, la primera causal que se refiere a la fuerza mayor y el caso fortuito hay que manifestar que se trata de 2 circunstancias distintas, que obedecen a hechos externos que deberán ser en un caso irresistible y en el otro imprevisible; además debe haber ausencia de dolo o culpa de parte del sujeto inculpado.

En estricto cumplimiento de un deber constitucional o legal de mayor importancia que el sacrificado implica que un sujeto vulnere un deber de menor importancia con conocimiento de causa resaltando que no comete una falta disciplinaria sino que obedece otro mandato que abarca proteger derechos o deberes de mayor interés.

En cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales implica que se debe de tratar del cumplimiento de una orden emitida por un superior, pero no de cualquier superior sino de uno con importancia jerárquica, lo que conlleva a que el subalterno se sienta obligado a cumplir la orden.

Por salvar un derecho propio o ajeno al cual deba ceder el cumplimiento del deber, en razón de la necesidad, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad; esta causal de exclusión de responsabilidad da lugar en el inculpado al surgimiento de un conflicto personal entre el deber ser y un querer propio, pero en donde existe mayor inclinación a su querer propio obedeciendo a criterios personales o a lo que es el derecho constitucional a la objeción de conciencia.

Por insuperable coacción ajena o miedo insuperable; esta causal abarca dos aspectos diferentes la coacción ajena que hace referencia a la intimidación (física o psicológica) proveniente de un tercero que impulsa a un sujeto a cometer una conducta y el miedo insuperable que es una situación subjetiva

de un individuo, pues en este caso no proviene de una tercera persona que lo intimida, sino que el sujeto internamente padece unos trastornos emocionales a tal punto que le limita su autodeterminación, ambas situaciones limitan la voluntad del individuo impulsándolo a cometer una conducta no adecuada que no puede evitar.

Con la convicción errada e invencible de que su conducta no constituye falta disciplinaria; quiere decir que este se configura a causa de un error invencible, en el cual se presume que el actuar del sujeto fue diligente, solo que no lo pudo evitar; el carácter invencible del error implica las condiciones personales del sujeto, pues no es igual el error que proviene de alguien que no tiene ningún nivel de formación de otro que si la tiene.

En situación de inimputabilidad; esta causal se origina cuando el sujeto padece una perturbación mental que no le permite percatarse de su actuar y generalmente se deberá demostrar con el apoyo de un profesional idóneo que pueda evaluar la conducta del infractor, pues esta ocurre con posterioridad al desempeño de su cargo como servidor público.

Finalmente, puedo manifestar que existen unos eximentes de responsabilidad con mayor complejidad que otros, a pesar que han sido consagrado en una misma norma que es el CDU, pero luego de hacer un análisis y recorrido jurisprudencial sobresalen como los de más invocados y utilizados ante las diferentes autoridades disciplinarias especialmente ante la Procuraduría General de la nación, las causales relacionadas con la fuerza mayor o caso fortuito, en estricto cumplimiento de un deber constitucional o legal de mayor importancia que el sacrificado y la convicción errada e invencible de que su conducta no constituye falta disciplinaria.

En relación con la fuerza mayor y el caso fortuito la Corte Constitucional en sentencia C-690/96 , se pronunció sobre la axequibilidad del artículo 557 y los numerales a) y d) del artículo 580 del Decreto 624 de 1989, declarando que esa norma debe ser entendida teniendo en cuenta situaciones concretas como el caso fortuito o fuerza mayor como pasa con las personas secuestradas o incapacitadas mentalmente que no pueden acudir personalmente a presentar su declaración tributaria reconociendo por tanto otros medios como la actuación de agentes oficiosos, la exhibición de la declaración tributaria en forma extemporánea entre otros.

Al respecto han sido reconocidos como fuerza mayor por algunas procuradurías delegadas las circunstancias relacionadas con los hechos de violencia,

la mala situación económica y las dificultades en las comunicaciones de un municipio a otro que impiden cumplir con obligaciones de manera oportuna; y en cuanto al caso fortuito la atención a múltiples tareas que implica trámites y procesos complejos, así como también la existencia de circunstancias externas de carácter institucional.

En este sentido, han sido considerados eximentes por la causal en estricto cumplimiento de un deber constitucional o legal de mayor importancia que el sacrificado lo relacionado con la decisión de optar por proteger derechos como la atención en salud en contraposición a un certificado disponibilidad presupuestal; la escogencia entre 2 fallos judiciales acatando el referente a la administración del erario en público en oposición al que ordenaba el pago de un derecho prestacional; el que optó por la continuación en la prestación del servicio de transporte escolar en contravía al cumplimiento de trámites contractuales, el relacionado con la que presentó un oficio a un comandante de estación por una captura que se había realizado y que no cumplía con los trámites legales en oposición que fuera considerado abuso de su cargo y el de salvar los derechos de unos enfermos en vez de cumplir con unas obligaciones dinerarias.

En cuanto al eximente concerniente con la convicción errada e invencible de que su conducta no constituye falta disciplinaria, han sido destacados los casos como el de la funcionaria de la procuraduría que presentó la renuncia y por considerar que había finalizado su relación laboral no se presentó a laborar más sin haberse expedido la aceptación correspondiente de la renuncia; el del alcalde que nombro al secretario de educación que no cumplía con los requisitos exigidos para el cargo por haber confiado que revisión del perfil ya la habían efectuado los jurídicos y el jefe de recursos humanos; la del alcalde encargado que realizó una compra a través de un rubro del presupuesto que tenía una destinación específica; los miembros de una asamblea departamental que nombraron a un contralor departamental encontrándose inhabilitado; el de la información errada emitida por un miembro de la policía para suscribir unas adiciones contractuales superando el monto legal permitido; el del alcalde que reconoció unos viáticos y gastos de viaje sin las disponibilidades presupuestales; el del concejal que expidió las certificaciones de pago de una asistente que ya se había finalizado su contrato de prestación de servicios; el del director de medicina legal que suscribió contratos sin CDP Y RP; el del alcalde que suscribió la resolución ordenando el traslados de unos afiliados indígenas al régimen subsidiado y el de la odontóloga designada supervisora de un contrato estatal sin tener los conocimientos sobre materia contractual.

Entonces puedo considerar que en el derecho disciplinario las causales eximentes de responsabilidad disciplinaria tienen una aplicabilidad que se presenta de manera muy frecuente, todo dependerá de las circunstancias que rodearon la conducta del implicado, pues en nuestro sistema jurídico existe una jerarquía normativa que en gran medida permite que sobrevengan estas situaciones externas que dan lugar a la exclusión de la responsabilidad.

REFERENCIA.

- Colombia. Consejo Estado, 10 de May. 1996, concepto.
- Colombia Constitución política nacional de 1991.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-690/96.
- Colombia. Corte Suprema de la Justicia. Sentencia 1 de marzo de 2012.
- Colombia Ley. 734 de 2002
- Colombia Ley. 95 de 1890.
- Cruz, H. (2015). Causales de Exclusión de Responsabilidad disciplinaria frente al código disciplinario único Ley 734 de 2002. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.
- Ordóñez, A. (2009). Justicia disciplinaria de la ilicitud sustancial a lo sustancial de la ilicitud. En Inst. de estudios del ministerio público. Bogotá.
- PDEHP, 9 Dic. 2003, e 028-508445/01.
- PDEHP, 26 Oct. 2011, Rad IUC. 079-02975.
- PDEHP, 10 mar. 2008, Rad 028 – 155879-2007.
- PDEHP, 24 Ago. 2007, Rad 083-2869/05.
- PDMP, 16 jun. 2004, Rad 162-43398.
- PDSVA, 8 Oct. 2007, Rad 088-9640/07.
- PDSVA, 27 Feb. 2014, Rad IUS 2011-125476 IUC D-2012-50-474642.
- PDSVA, 27 Feb. 2014, Rad IUS 2011-125476 IUC D-2012-50-474642.
- PGN Disciplinaria, 3 ago. 2006, Rad 161-2997 (022-77911/02).
- PGN Disciplinaria, 10 may. 2012, Rad 161 – 5272 (IUS 2009 – 402663).
- PGN Disciplinaria, 4 oct. 2012, Rad 161 – 4938 (IUS 217598 – 2008).
- PGN Disciplinaria, 25 Oct. 2004, Rad 161-01932(165-049804/00).
- PGN Disciplinaria, 3 Jun. 2004, Rad 161- 02271 (020-085777/03).
- PGN Disciplinaria, 19 Dic. 2002, Rad 156-73295(161-01613).
- PPDCE, 30 Sep. 2010, Rad 094-4357-06.
- PPDVA, 25 nov. 2005, Rad 065-1597-2002.
- PPDVA, 30 Mar. 2004, e 013-71266/02.
- PP Armenia, 12 may. 2014, Rad IUC D-2010-75-325764.
- PP DE IPILES, 31 Ago. 2011, Rad 051-7292.
- PSDCE, 17 May. 2011, Rad IUS -265572.