

**PROPORCIONALIDAD DEL CONTROL DISCIPLINARIO DE LA
PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN EN LA LICITACIÓN 011 DE 2009**

JULIO CÉSAR RUÍZ RAMÍREZ

DIRECTOR:

DR. LUIS FERNANDO SÁNCHEZ HUERTAS

**TESIS PRESENTADA COMO REQUISITO PARA OBTENER EL TÍTULO DE
MAGÍSTER EN DERECHO ADMINISTRATIVO**

UNIVERSIDAD DEL ROSARIO

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO

BOGOTÁ

2023

TABLA DE CONTENIDO.

INTRODUCCIÓN	3
FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	11
OBJETIVOS.....	11
<i>Objetivo general</i>	11
<i>Objetivos específicos</i>	11
HIPÓTESIS.....	12
METODOLOGÍA UTILIZADA.....	12
1 CATEGORIAS RELEVANTES PARA EL ENTENDIMIENTO DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN MATERIA DISCIPLINARIA.	15
2. EL MINISTERIO PÚBLICO EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA	22
3. DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LA TRASCENDENCIA EN SU ADOPCIÓN.	30
4. ELEMENTOS DE CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA	57
A. ENTRE EL DOLO Y LA CULPA EN EL DERECHO DISCIPLINARIO.....	59
4.1.1 <i>La categoría dogmática de la tipicidad en materia disciplinaria</i>	61
4.1.2 <i>La categoría dogmática de la culpabilidad en materia disciplinaria</i>	72
B. DE LA ILICITUD SUSTANCIAL.....	81
5. DESCRIPCIÓN DEL PROCESO EN CONTRA DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA GOBERNACIÓN DEL TOLIMA FRENTE A LAS IRREGULARIDADES EN LA LICITACIÓN PÚBLICA 011 DE 2009.	86
5.1 FALLO DE PRIMERA INSTANCIA.....	86
5.2 FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA.....	92
6. VALORACION DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL CASO INVESTIGADO	100
CONCLUSIONES	124
REFERENCIAS	131

INTRODUCCIÓN

El departamento del Tolima posee riquezas naturales y culturales, entre las que resaltan recursos hídricos, humedales, parques naturales, páramos, biodiversidad, lugares históricos, lugares turísticos, música, gastronomía, etc. (Soler et al., 2019). Sin embargo, el Índice Departamental de Competitividad (IDC) presentado por el Consejo Privado de Competitividad y la Universidad del Rosario calculado para los treinta y dos (32) departamentos y la ciudad de Bogotá para el año 2022 muestra que el Tolima está lejos de ser un departamento competitivo. En efecto, este no sobresale en los cuatro factores de análisis ni en los trece pilares de competitividad, de modo que a nivel general se encuentra ubicado en un lejano lugar once entre los departamentos (Sánchez, 2019).

En este contexto, debe añadirse que en la historia y en el presente dicho ente territorial ha estado permeado por prácticas irregulares en la gestión pública que derivan en corrupción y detrimento del departamento. Sin embargo, adelantar un análisis detallado de la corrupción en el Tolima sería objeto de una investigación que escapa al propósito de este trabajo.

Para ilustrar lo anterior, basta con recordar que el expolítico Alberto Santofimio Botero se vio involucrado en el escándalo conocido como el Proceso 8.000 durante el gobierno de Ernesto Samper Pizano y que, para la financiación de la campaña presidencial, empleó recursos del narcotráfico. También fue declarado culpable como autor intelectual del asesinato del candidato presidencial Luis Carlos Galán Sarmiento, mediante la sentencia 31761 proferida por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia el 31 de agosto de 2011. A pesar de ese prontuario, Santofimio ejerció notoria influencia en el departamento, fue elegido representante a la Cámara

por el Tolima y diputado a las asambleas, además de participar dos veces como precandidato a la presidencia de la república (Llano, 2019).

Si bien Santofimio es tal vez el más destacado, hay otros ejemplos. Por ejemplo, el de Emilio Martínez, excongresista destituido de su cargo por procesos irregulares de contratación, investigado por cohecho en el municipio de Espinal y privado de la libertad por actividades de parapolítica, obedeciendo a lo confirmado en la Sentencia 18029 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia el 5 de noviembre del 2008 (Nieto, 2012). Así mismo, en la organización de los Juegos Deportivos Nacionales fue noticia el desfalco en el que participó el exalcalde de Ibagué, Luis Hernando Rodríguez, quien enfrenta cargos por los delitos de interés indebido en la celebración de contratos, contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales, peculado por apropiación y prevaricato por omisión (Torres y Martínez, 2017)

Los anteriores ejemplos permiten afirmar que, como sucede en algunas otras partes, en esta región de país se presentan situaciones que deben estar cubiertas por las funciones de control disciplinario que la Constitución Política (Const., 1991) fija en cabeza del Ministerio Público, a nivel tanto nacional como regional.

Por tratarse de una investigación de carácter académico basada en el estudio de un caso en específico, este trabajo no pretende juzgar el manejo que ha tenido el caso al interior de la Procuraduría ni reflejar una postura sobre el reciente reconocimiento de las funciones jurisdiccionales a la PGN.

Sin embargo, en la normatividad colombiana existe el principio de proporcionalidad que permite evaluar la validez o legitimidad de las intervenciones de las autoridades públicas. De

hecho, el Consejo de Estado (2015) ha manifestado que, “adoptando como suyas sólidas posturas doctrinarias”, “la proporcionalidad de la sanción disciplinaria también está íntimamente ligada a la culpabilidad que se logre demostrar durante el proceso en cabeza del funcionario disciplinado”. También ha expresado que “la exigencia de este principio es necesaria para considerar si hay lugar a la adopción de medidas razonables para prevenir la producción del daño antijurídico” (Consejo de Estado, 2015).

Dado, que el alcance de la investigación es verificar la aplicación del principio de proporcionalidad en materia disciplinaria en un caso en específico, para el asunto en concreto el caso de la adjudicación de la licitación estudiada, resulta muy útil, estudiar un caso que genere incertidumbre e interrogantes en la aplicación del principio, pues en los casos más conocidos en materia de derecho disciplinario, se genera la sensación de operatividad plena y eficaz de justicia, proyectando una correcta aplicación del principio de proporcionalidad en el derecho disciplinario, concretamente respecto de irregularidades en la contratación estatal tal y como se ilustra en los siguientes ejemplos:

- En el conocido *Carrusel de la contratación* en la ciudad de Bogotá la Procuraduría ha adelantado procesos disciplinarios que han llevado a sanciones en firme a más de veinte (20) funcionarios públicos de primer nivel jerárquico y directivo. Dicha información ha sido precisada en el *Boletín 777* del 04 de agosto de 2015 de la PGN (2015).

Entre las sanciones mencionadas vale la pena recordar algunas. Para ilustrar lo anterior, recuérdese la destitución y los dieciocho (18) años de inhabilidad al exalcalde Samuel Moreno Rojas; la destitución e inhabilidad de veinte (20) años al exsenador Iván Moreno Rojas; la destitución y los doce (12) años de inhabilidad al representante a la Cámara Germán Olano

Becerra; la destitución y los veinte (20) años de inhabilidad al contralor de Bogotá Miguel Ángel Moralesrussi, así como las destituciones a los concejales Hipólito Moreno, Andrés Camacho Casado y José Juan Rodríguez. A estos se les impuso inhabilidades para ejercer cargos públicos por once (11), dieciséis (16) y trece (13) años, respectivamente (PGN, 2015).

- Dentro del proceso por sobrecostos en la Refinería de Cartagena (Reficar) se sancionó disciplinariamente al expresidente de la empresa Reyes Reinoso Yáñez.

Según la investigación del Ministerio Público, el exfuncionario “transgredió sus obligaciones como representante de la sociedad por no realizar pronósticos sobre la posible recuperación de los recursos” pagados. Esto “se constituyó un riesgo potencial para los dineros invertidos por el Estado colombiano y Ecopetrol en la Refinería de Cartagena” (PGN,2020).

Ahora bien, dentro del proceso con radicación IUS 2012-332368 IUS D-2012-792-548377 la PGN le impuso sanción disciplinaria con doce (12) meses de suspensión del cargo, convertibles en una multa de \$ 451'008 .000. Ello equivale a lo que dejaría de percibir durante el año de inhabilidad, al considerarse gravísima la falta consignada en el auto nro. 000333-19 del 28 de mayo de 2018 (PGN, 2020).

- Conforme a lo dispuesto, en el *Boletín 906* del 10 de noviembre del 2020 la PGN se destaca que, en los XX Juegos Deportivos Nacionales y IV Paranales 2015 que se debían realizar en Ibagué, se materializó la destitución e inhabilidad por trece (13) años del exgerente, Carlos Heberto Ángel Torres, y de la exdirectora administrativa, técnica y financiera del Instituto Municipal para la Recreación y el Deporte de Ibagué (IMDRI), Lina Piedad Celis. La sanción se

generó por la destinación oficial diferente de dineros que debieron ser invertidos en infraestructura deportiva y que terminaron en el pago de impuestos.

La PGN encontró que con esos recursos fueron cancelados el impuesto de retención en la fuente, el impuesto al valor añadido (IVA) y el de industria y comercio de la vigencia 2014. Con dicho comportamiento los disciplinados incurrieron en el delito de peculado por aplicación oficial diferente, falta disciplinaria prevista en la Ley 734 de 2002 (PGN,2020)

- En el caso de la Ruta del Sol de Odebrecht, mediante fallo de primera instancia con radicado IUS – 2017-54035 – IUCD – 2019 – 1232368, la Procuraduría sancionó e inhabilitó a dos exdirectivos de Odebrecht: Eder Paolo Ferracuti, representante legal de la sociedad concesionaria Ruta del Sol de esa multinacional, y Eleuberto Martorelli, miembro principal y presidente de la junta directiva de la misma sociedad concesionaria. Los dos fueron inhabilitados por veinte (20) años “para ejercer empleo público, función pública, prestar servicios a cargo del Estado o contratar con este” Además, el Ministerio Público les impuso a cada uno una multa equivalente a 16.756.000.000 de pesos colombianos. La razón de la sanción fue por realizar una conducta tipificada objetivamente en la ley como delito sancionable a título de dolo, por razón o con ocasión de las funciones; apropiarse, directa o indirectamente en provecho propio o de un tercero, de recursos públicos, o permitir que otro lo haga, o utilizarlos indebidamente, y abusar de los derechos o extralimitarse en las funciones (PGN, 2021).

Por otra parte, la misma Procuraduría rindió concepto solicitándole al Consejo de Estado la pérdida de investidura de los senadores Plinio Olano Becerra y Bernardo Elías Vidal, por indebida destinación de recursos públicos y tráfico de influencias en favor de la multinacional

Odebrecht. Es de destacarse que el Consejo de Estado acogió dicho concepto, información aportada mediante el *Boletín 481* del 28 de septiembre de 2018 de la PGN (2018).

Una vez marcada la diferencia y explicada la particularidad de este caso para los fines del desarrollo de una Tesis de Grado, debe marcarse que para los efectos del presente trabajo lo importante es establecer la eficacia y el cumplimiento del principio de proporcionalidad, en la aplicación de las medidas de control disciplinario adoptadas por la PGN frente a las irregularidades en la licitación 011 de 2009 para la realización de obras en la vía Líbano-Villahermosa en 2009.

Por lo tanto, para este trabajo es de interés el proceso disciplinario adelantado contra Óscar Barreto Quiroga, exgobernador del Tolima, y recientemente electo senador; por irregularidades en la licitación pública para seleccionar al contratista que adelantaría obras de rehabilitación, recuperación y mantenimiento de la vía Líbano-Villahermosa en 2009. Por dicha investigación, en primera instancia, el exmandatario fue inhabilitado por la Procuraduría General de la Nación (PGN) por un término de once años.

El fallo se sustentó en que el entonces gobernador incumplió su deber al no dirigir la administración ni ejercer el respectivo control jerárquico sobre la entonces secretaria de hacienda, Olga Lucía Alfonso, y sobre otros funcionarios. Además, se le señaló de no haber adoptado medidas frente a su delegataria ante las anomalías que favorecieron y permitieron de manera irregular a la Unión Temporal Cesva hacerse con la licitación.

Según el informe de la Procuraduría, para ganarse la licitación de diez kilómetros por aproximadamente nueve mil millones uno de los requisitos que debían cumplir las firmas era el

de tener entre sus activos una mina de materiales para la construcción de la obra. Al respecto, el ente de control afirmó que el concurso fue adjudicado a un oferente sin capacidad financiera para cumplir con los requisitos establecidos.

El fallo que finalmente calificó la conducta la conducta como gravísima, con culpa gravísima, fue proferido por la Procuradora Segunda Delegada para la Contratación Estatal, la señora Irma Trujillo Ardila. Como consecuencia de lo anterior, el defensor del disciplinado interpuso recurso de apelación y, tras resolverse el mismo, la PGN estableció que la responsabilidad derivada de la figura de la delegación en materia de contratación estatal no era reprochable al señor Barreto Quiroga. La razón es que la actuación presuntamente irregular de la exsecretaria de hacienda no cobró sustento.

Dicho fallo fue proferido en diciembre de 2014 por el Procurador Primero Delegado, Juan Carlos Novoa. En él se indicó que en la actuación adelantada contra la delegataria del exgobernador no se demostró el desconocimiento del principio de transparencia por incluir mediante una adenda modificatoria. Esta hacía referencia a

la regla subjetiva de calificación superior al proponente que acreditara la propiedad de la mina o fuente de material en porcentaje no menor del 50% o que acreditara contrato de suministro suscrito con el propietario y estableciendo puntaje de acuerdo a la distancia de estas fuentes en relación con la cabecera municipal de Villahermosa. (PGN, 2014)

Por lo tanto, aunque fue evidente la actuación irregular por parte del exmandatario para que, en su rol de delegante, se le pudiera imputar frente a la delegación que se le hiciera a la entonces secretaria de hacienda (PGN, 2014); El fallo absolutorio le permitió al exgobernador

iniciar su campaña electoral como aspirante a la Gobernación del Tolima para el periodo de gobierno 2016-2019, para el cual resultó electo.

Es así, que en el primer capítulo, denominado Categorías relevantes para el entendimiento del principio de proporcionalidad en materia disciplinaria se estudiará y analizará la bibliografía referente a la función administrativa, el buen gobierno y el control disciplinario; Para que seguidamente en el segundo capítulo, se haga énfasis en el Ministerio Público en la Constitución Política, para dar paso a un detallado estudio del principio de proporcionalidad y la Trascendencia en su adopción, a través del capítulo tercero .

Lo que llevará, a la consolidación y entendimiento de los elementos de configuración de la responsabilidad disciplinaria por medio del capítulo cuarto y materializado en dos categorías que son i) el dolo y la culpa en el derecho disciplinario, y ii) la ilicitud sustancial. Categorías que determinarán la relevancia de las publicaciones, los problemas, discusiones, limitantes e interpretaciones, necesarias para propugnar una perspectiva y una metodología, a lo largo del trabajo investigativo.

Continuando, en el capítulo quinto con una minuciosa y detallada descripción del proceso objeto de estudio, es decir del proceso en contra de la administración de la Gobernación del Tolima frente a las irregularidades en la licitación Pública 011 de 2009, tanto en primera como en segunda instancia, conforme a los fallos disciplinarios proferidos por los agentes del Ministerio Público; Para finalmente lograr, determinar el cumplimiento o no del principio en el caso investigado en el capítulo sexto, denominado, Valoración de la aplicación del principio de proporcionalidad den el caso investigado.

FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

Que tan eficaz, fue la aplicación del principio de proporcionalidad y el desarrollo de sus componentes en las medidas de control disciplinario adelantadas por la PGN en primera y segunda instancia dentro del proceso disciplinario contra el Exgobernador del Tolima, Oscar Barreto Quiroga, por las irregularidades en la licitación 011 de 2009?.

OBJETIVOS

OBJETIVO GENERAL

Analizar la eficacia y cumplimiento del principio de proporcionalidad, en la aplicación de las medidas de control disciplinario proferidas por la PGN, puntualmente en los fallos de primera y segunda instancia, derivados de la adjudicación en la licitación 011 de 2009.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

1. Describir las Particularidades y Trascendencia del Principio de Proporcionalidad.
2. Describir el proceso en contra de la administración de la Gobernación del Tolima frente a las irregularidades en la licitación pública 011 de 2009.
3. Identificar las medidas de control disciplinario adoptadas por la Procuraduría General frente a las dos instancias en el proceso en contra de la Gobernación del Tolima por las presuntas irregularidades en la licitación pública 011 de 2009.

4. Analizar la forma como se ha dado cumplimiento al principio de proporcionalidad en el caso investigado en el período investigado en el Tolima.

HIPÓTESIS

Los grados de eficacia del principio de proporcionalidad, *en la aplicación de las medidas de control disciplinario* en los fallos de primera y de segunda instancia, se contraponen entre sí, pues en el fallo de primera instancia se consideraron los componentes fundamentales que integran el principio de proporcionalidad, mientras que, en el fallo de segunda instancia, no es claro el cumplimiento de las finalidades del principio.

METODOLOGÍA UTILIZADA

El desarrollo de los objetivos de este trabajo constituye un estudio de caso, para este efecto que se basa en el análisis de documentos y cuyo método es cualitativo, haciendo la salvedad de que el alcance de la presente investigación es verificar la aplicación del principio de proporcionalidad en materia disciplinaria única y particularmente en los fallos disciplinarios derivados de la adjudicación de la licitación estudiada.

En primer lugar, corresponde a un estudio de caso dado que este tipo de estudio es un método que se basa en hechos concretos de una persona o de un grupo de personas que enfrentan una situación particular (Gammelgaard, 2017). El estudio de caso constituye una investigación

de un fenómeno dentro de su contexto de vida real y tiene características distintivas que lo tornan diferente a otros.

Así mismo, el estudio de caso se emplea cuando los hechos que se investigan aportan elementos de reflexión que difícilmente se encuentran en otro contexto, debido precisamente a las circunstancias o a los hechos particulares, singulares o únicos, tal y como ya se dejó constatado en la primera parte de este escrito, al hacer una breve exposición de otros casos conocidos en Colombia, lo que permitió, marcar la diferencia de este caso útil con respecto a los demás. Estos llevan al investigador a profundizar en su conocimiento debido a la posibilidad de generar hallazgos particulares y prominentes (Yin, 2018).

En segundo lugar, se clasifica como un método cualitativo dado que, como lo plantean Hernández et al. (2014), su propósito está guiado por un tema de investigación significativo. Además, en lugar de la claridad que se espera ofrecer sobre las preguntas de investigación, se basa en la recolección y el análisis de los datos numéricos como sucede en estudios cuantitativos, de manera que se pueden desarrollar preguntas e hipótesis antes, durante y después de la recolección y del análisis de los datos. Así, mientras las investigaciones cuantitativas con frecuencia buscan una respuesta única basada en los resultados derivados del análisis de cifras, las investigaciones cualitativas buscan comprender los fenómenos investigados más que corroborar o descartar hipótesis previamente planteadas.

Sumado a lo anterior, las investigaciones cualitativas se fundamentan más en un proceso inductivo consistente en explorar y describir, para luego generar perspectivas teóricas. Por ello, van de lo particular a lo general y utilizan la recolección de datos sin medición numérica para

descubrir o afinar preguntas de investigación en el proceso de interpretación (Hernández et al., 2017).

Ahora bien, la investigación cualitativa tiende a ser de naturaleza exploratoria dado que busca dar una idea de cómo los individuos, las organizaciones, los grupos, etc. entienden aspectos de sus mundos (Teherani, 2015). Con todo y esto, el enfoque cualitativo se entiende como una categoría de diseños de investigación que extraen descripciones a partir de observaciones que adoptan la forma de documentos, entrevistas, narraciones y notas de campo, en medios impresos o en formatos audiovisuales (Sánchez et al., 2018).

El diseño metodológico que se presenta en este documento se circunscribe en el marco de una investigación jurídica que retoma una problemática actual en Colombia. Se implementa esta metodología puesto que se abarca un tema específico del derecho referido en las leyes colombianas (el control disciplinario), para analizarlo y reflexionar acerca de sus características, incidencias, alcances y limitaciones.

El carácter doctrinal de esta investigación exige tener en cuenta el sistema de fuentes de derecho que rige en Colombia, en donde la Constitución se constituye en la norma de normas y de origen primario de otros actos como la ley, la jurisprudencia y los actos administrativos. Así mismo, el alcance del tema objeto de estudio hace necesario enfatizar especialmente en la revisión de fuentes doctrinales.

La necesidad de acudir a documentos para el desarrollo del presente estudio de caso se debe a que, como lo refiere Corbetta (2007), “un documento es un material informativo sobre un determinado fenómeno social que existe con independencia de la acción del investigador” (p.

376). En esta perspectiva, los documentos constituyen una información no reactiva, por lo que no se afectan o distorsionan por la interacción con el investigador. Adicionalmente, tienen la ventaja de que permiten investigar sobre hechos pasados (Corbetta, 2007),

En la presente investigación y acorde con la clasificación documental del profesor Corbetta (2007), se estudian documentos institucionales de carácter público. Estos refieren a los fallos de primera y segunda instancia que se produjeron en el caso del exgobernador del Tolima Óscar Barreto Quiroga, los cuales contienen la información que se produjo en su momento desde la PGN. Se trata de fuentes confiables inalterables que permiten recurrir directamente al origen mismo en el que se produjeron los hechos jurídicos que aquí se estudian.

1 CATEGORIAS RELEVANTES PARA EL ENTENDIMIENTO DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN MATERIA DISCIPLINARIA.

En el presente capítulo, se plantea una reseña literaria mencionando y reflejando en palabras propias y citas literarias, las publicaciones relevantes y pertinentes para el desarrollo del principio de proporcionalidad en materia disciplinaria.

Para ello, se dividirán las temáticas planteadas en este capítulo, en dos grupos; I) la función administrativa y el buen gobierno, II) el control disciplinario.

I) en la primera propuesta se presentan obras referidas a la función administrativa y el buen gobierno. Estas son esenciales en el presente escrito porque el incumplimiento de estos

postulados en el ordenamiento jurídico colombiano da lugar al ejercicio del control disciplinario por parte de los respectivos entes de control.

Un autor que ha sido fundamental en el desarrollo de la política, sus ideales y formas de ejercerla ha sido Aristóteles (2017). De hecho, a través de su obra *La Política* este filósofo habla de la conformación de un Estado, las razones por las cuales el hombre es un ser sociable y el rol o la tarea que tiene cada parte (la familia, el esclavo, las mujeres, los niños y el patrón) que conforma el Estado. Del texto se pueden evidenciar conformaciones como lo son el poder y la necesidad de que haya una superioridad (en este caso, el Estado), las cuales desde ese siglo hasta hoy se siguen manteniendo. A su vez, Aristóteles (2017) hace un estudio de las leyes, la Constitución y las tareas que debe cumplir tanto el hombre en su participación de ciudadano como el Estado con el pueblo, para así alcanzar esa felicidad que es tan nombrada por Platón (2017) en la polis ideal.

Ahora bien, finalizando la lectura del texto de Aristóteles (2017) se habla de las diversas formas de gobierno que se dieron y se hace un análisis tanto de los Gobiernos buenos como de las tiranías. Todas aquellas herramientas sirven para identificar problemáticas que se generan en las administraciones y en los procesos a la hora de manejar el poder y el ejercicio de un Estado o gobierno. Por estas razones, estas directrices generales deben orientar la actuación de un cargo público sin afectar su esencia y obedeciendo a postulados político-prácticos que sean la guía, el estandarte del funcionario público en contexto.

A propósito del uso del poder y de la responsabilidad que esto acarrea, en el texto *La Legitimidad en el ejercicio del poder político en el Estado social de derecho. Una revisión desde el caso colombiano*, el profesor Carlos Rúa Delgado (2013) presenta una de las principales

problemáticas del Estado social de derecho y los componentes que afectan mayormente la legitimidad del poder político, a saber: el clientelismo y la corrupción. A partir de ello, se puede esclarecer un panorama más cercano de las verdaderas afecciones que perjudican la buena administración. Es el caso de la captura del Estado (CdE) o la reconfiguración cooptada del Estado (RCdE), entendidas como manifestaciones concretas de la ilegitimidad material en el Estado.

De igual manera, el texto abarca las posibles soluciones para el buen manejo del poder, esclareciendo de entrada que la legitimidad material del poder se consigue al perseguir los fines esenciales del Estado consagrados en el artículo 2 de la carta magna y la jurisprudencia. Es importante ahondar en que todas aquellas dificultades e ineficiencias, como lo dice el documento precitado, van a afectar directamente la legitimidad material en la cual se encuentra el pueblo, lo que ocasiona un mayor desastre coyuntural. Así, dicho texto aporta para entender con mayor detalle las falencias de las administraciones y el clientelismo que por décadas se ha mantenido al frente de los Gobiernos y Estados sociales de derecho, impidiendo la buena función de las labores y de los procesos. Esto es esencial en el contexto del Tolima y en su realización como administración.

Continuando con las posibles soluciones, para el buen manejo del poder, en el documento *¿Can salaries and re-election prevent political corruption? An empirical evidence* Bernardino Benito et al. (2018) desarrollan como estudio de caso la política española a nivel municipal y se hace hincapié en una serie de conclusiones que repercuten fuertemente en la materia de estudio de esta tesis. Una de ellas —quizá la principal— es el hecho de que la política entendida desde la corrupción es un reflejo de esta. Así, el acogimiento del poder y su perpetuidad no son más que

la respuesta a distintos estímulos sociales, económicos y culturales, llevados a cabo en el marco de referencia de una salida desde el tema salarial y los mecanismos de reelección.

Pues bien, objetivamente la reelección y los salarios no cambian la mentalidad del corrupto, puesto que solo brindan escaños e ideales subjetivos sobre el tema de la corrupción. A nivel social lo anterior brinda un panorama amplio sobre este fenómeno, el cual debe ser entendido en todo su contexto, con sus variables sociales y conceptuales.

Por ejemplo, dentro de la investigación plasmada en el texto se utilizó una muestra de 358 municipios españoles de más de 20.000 en los años comprendidos entre el 2004 y el 2009, así como se mostró un impacto de los salarios y la reelección sobre la corrupción. Primero, los salarios más altos de los políticos no reducen sus prácticas corruptas. Los principales argumentos sobre este vínculo entre salarios y corrupción es que, a pesar de ganar altos salarios, algunos políticos pueden continuar participando en prácticas corruptas debido a su propia composición psicológica o moral, o porque algunos de los sobornos ofrecidos pueden ser demasiado atractivos. En segundo lugar, cuando los políticos quieren ser reelegidos la corrupción disminuye. Esto está en consonancia con la política de modelos de agencia que sugieren que el político que enfrenta la posibilidad de reelección puede abstenerse de la corrupción debido a la posibilidad de que los votantes descubran su comportamiento corrupto y lo castiguen. No obstante, nada garantiza que una vez reelegidos no vuelvan a las inmorales prácticas políticas.

Con base en lo anterior, estos factores también varían sustancialmente gracias al contexto. Efectivamente, los factores subjetivos del ser humano y los demás afectan consecuentemente el comportamiento de un funcionario corrupto a otro que no lo es. Lo dicho

afecta a las entidades estatales y va en contra de los principios de proporcionalidad, transparencia, buena fe, legalidad, entre otros.

II) Seguidamente, en este capítulo se presentan aquellas referencias para facilitar el entendimiento y desarrollo del control disciplinario.

A modo introductorio y de manera pertinente para lograr el objetivo del punto, se trae a colación el apartado conceptual, de la Sentencia C-1061 de 2003, que aclara conceptos esenciales, tales como los que a continuación se citan:

- Control Disciplinario: *El control disciplinario es un elemento indispensable de la Administración Pública, en la medida en que el mismo se orienta a garantizar que la función pública sea ejercida en beneficio de la comunidad y para la protección de los derechos y libertades de los asociados. El derecho disciplinario "... está integrado por todas aquellas normas mediante las cuales se exige a los servidores públicos un determinado comportamiento en el ejercicio de sus funciones, ya que los servidores públicos no sólo responden por la infracción a la Constitución y a las leyes sino también por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones (CP Art. 6°)." En principio, el control disciplinario interno es una consecuencia de la situación de sujeción y de subordinación jerárquica en la que se encuentran los servidores públicos, con el objeto de mantener el orden en las diferentes entidades del Estado y para garantizar que las mismas respondan a las finalidades del Estado previstas en la Constitución. En este orden de ideas, el control disciplinario interno, por su misma naturaleza, estaba confiado a los respectivos superiores jerárquicos, en quienes reside la responsabilidad de velar*

porque cada una de las dependencias del Estado se oriente a las finalidades de servicio público que le son propias (Corte Constitucional de Colombia, C-1061, 2003).

- Niveles del Control Disciplinario: *El control disciplinario de la Administración Pública se ejerce en dos niveles. Por un lado, está el control externo, directamente previsto en la Constitución, y cuyo ejercicio corresponde a la Procuraduría General de la Nación y, por otro, el control interno, desarrollado por la ley a partir de la Constitución, y que es el que se ejerce por cada una de las entidades que forman parte de la Administración Pública en desarrollo de la potestad sancionadora de la administración* Corte Constitucional de Colombia, C-1061, 2003).

Al respecto, el manual titulado *Procedimiento disciplinario ordinario* de la PGN (2012) hace hincapié en lo referente al marco del proceso disciplinario ordinario y a las respectivas instancias. En igual sentido, aborda características, asuntos de competencia, instancias, providencias judiciales, recursos y demás aspectos formales que trae el proceso disciplinario en el marco de la Ley 1474 de 2011 (Ley 1474, 2011, 12 de julio), consecuente con el Código Único Disciplinario que tuvo vigencia hasta marzo de 2022 con la expedición de la Ley 1952 de 2019 (Ley 1952, 2019, 28 de enero).

Por lo tanto, corresponde a los funcionarios y empleados públicos entender las respectivas consecuencias de ir en contra de las funciones asignadas, no solo las de aquellos que gobiernan sino también las de quienes imparten justicia y realizan labores de investigación.

Precisando lo anteriormente dicho, el artículo de Faceta Jurídica del año 2017 titulado *Control disciplinario* evidencia varios aspectos sobre el control disciplinario ejercido por las distintas entidades competentes. En este contexto, parte del control disciplinario ejercido tanto a

nivel interno como preferente externo, para lo cual es menester contar, de manera específica, con la limitación al alcance de las competencias de las oficinas de control disciplinario. Esto se encuentra relacionado con los artículos 75 y 76 del Código Disciplinario Unitario (CDU) derogados a partir de marzo del 2022. Para efectos sustanciales, es menester evocar los artículos 92 y 93 de la Ley 1952 de 2019 (Ley 1952, 2019, 28 de enero), los cuales regularán lo contenido en los artículos 75 y 76 del CDU.

En cuanto a las funciones, la lectura deja en claro que las autoridades que están a cargo del control interno son las oficinas, grupos o unidades de control interno disciplinario de las ramas, entidades, órganos y organismos de Estado. Ahora bien, el control externo está en cabeza del Ministerio Público y de las personerías municipales y distritales.

La correcta ejecución de las funciones brevemente expuestas resulta de vital importancia. La razón de esto es que el control disciplinario es un eje fundamental para la construcción de un buen servicio por parte de la administración pública, llevando consigo el baluarte de luchar contra las malas prácticas en el ejercicio administrativo del Estado.

De lo expuesto previamente, se puede extraer que la acción disciplinaria, da enmarca la normatividad y directrices para la aplicación del proceso disciplinario, ahora establecido en la Ley 1952 de 2019, tal proceso disciplinario es adelantado por las oficinas de control interno disciplinario de las entidades publicas y se puede iniciar de oficio, por queja o proveniente de otro servidor público, no obstante y en cualquier caso o momento la Procuraduría General de la Nación puede asumir el poder preferente, bien sea de oficio o a petición de parte, para tomar conocimiento hasta su culminación; de cualquier investigación que se viniera adelantando en las respectivas oficinas de control disciplinario interno.

A modo de conclusión, aclarando que en el cuarto capítulo se abordarán más elementos de la responsabilidad disciplinaria en Colombia, hasta acá se estudiaron conceptos y las categorías necesarias para el abordaje de las cuestiones y problemáticas que llegue a tener el desarrollo y la solución de los objetivos, las hipótesis y problemáticas planteadas en la investigación principal. Esta gira en torno a establecer la proporcionalidad de las medidas de control disciplinario adoptadas por la PGN, frente a las irregularidades en la *Licitación 011 de 2009* para la realización de obras en la vía entre Líbano y Villahermosa, en 2009.

2. EL MINISTERIO PÚBLICO EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

Teniendo en cuenta que el principal elemento de este trabajo es una decisión proferida por la Procuraduría General de la Nación y de conformidad a lo previamente desarrollado y el artículo tercero (3°) del Código General Disciplinario (CGD) (Ley 1952, 2019, 28 de enero), es claro, que el poder disciplinario preferente, recae en el Ministerio Público:

“Poder disciplinario preferente. La Procuraduría General de la Nación es titular del ejercicio preferente del poder disciplinario en cuyo desarrollo podrá iniciar, proseguir o remitir cualquier investigación o juzgamiento de competencia de los órganos de control disciplinario interno de las entidades públicas y personerías distritales y municipales. Igualmente, podrá asumir el proceso en segunda instancia.

Las personerías municipales y distritales tendrán frente a la administración poder disciplinario preferente. (Ley 1952, 2019, 28 de enero).

Y que puntualmente el Ministerio Público, está conformado por la Procuraduría General de la Nación como la Entidad que representa a los ciudadanos ante el Estado y máximo organismo del Ministerio Público, además por la Defensoría del Pueblo y las personerías.

Así pues, para los fines de este trabajo y considerando que es obligación del Ministerio Público, velar por el correcto ejercicio de las funciones encomendadas en la Constitución y la Ley a servidores públicos y lo hace a través de sus tres funciones misionales principales: preventiva, de intervención y disciplinaria; se hace necesario hacer un integro desarrollo constitucional del Ministerio Público a la Luz de la Constitución Política, como a continuación se esboza.

El artículo 1° de la Constitución Política (Const.,1991) define que Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general. (Const., 1991, art. 1°)

Esta definición tiene múltiples implicaciones y una de las principales se refiere a que el diseño normativo se basa en la fijación de derechos que tienen los ciudadanos, los cuales el Estado debe promulgar, garantizar y proteger. En efecto, el artículo 2° de la misma Constitución define que

Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. (Const., 1991, pág. 2)

El mismo artículo señala que las autoridades en Colombia están instituidas para proteger a todas los residentes en el país en su vida, honra, bienes, creencias, así como en los demás derechos y libertades, para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. Esa precisión implica que todas las instituciones del Estado, incluyendo al Ministerio Público, existen para cumplir esos fines de servicio, para la promoción de la prosperidad general, la garantía de derechos y principios, y para las demás funciones enumeradas en este artículo. En otras palabras, si alguna de las instituciones del Estado dejara de cumplir con esos fines dejaría de justificarse su existencia.

Ahora bien, con respecto al Ministerio Público el artículo 117 constitucional señala que este y la Contraloría General de la República son órganos de control. Esto quiere decir que el cumplimiento de su función se debe medir de acuerdo con la calidad del control que ejerce respecto del funcionamiento de las demás instituciones que conforman el aparato estatal en el país.

Más adelante, el artículo 118 determina que

El Ministerio Público será ejercido por el Procurador General de la Nación, por el Defensor del Pueblo, por los procuradores delegados y los agentes del ministerio público, ante las autoridades jurisdiccionales, por los personeros municipales y por los demás funcionarios que determine la ley. Al Ministerio Público corresponde la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas. (Const., 1991, art. 118)

Puede entenderse a partir de este artículo que existen responsabilidades del Procurador General de la Nación que son compartidas con el Defensor del Pueblo y los personeros municipales. Lo anterior supone que debe existir una adecuada coordinación y colaboración de estas entidades para cumplir con sus labores de control, especialmente en lo relacionado con derechos humanos, los asuntos que involucren el interés público y la conducta observada por los servidores públicos.

Otra función esencial que la Constitución Política (Const., 1991) le fija a la Procuraduría se señala en el artículo 156. En este se indica que, al igual que la Corte Constitucional, el Consejo Superior de la Judicatura, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Nacional Electoral, el Procurador General de la Nación y el Contralor General de la República tienen la facultad de presentar proyectos de ley en materias relacionadas con sus funciones. La importancia de este artículo radica en que la Procuraduría y las demás instituciones objeto del mismo, a diferencia de otras entidades del Estado, tienen la posibilidad de someter a consideración del Congreso normas con fuerza de ley por medio de las cuales se regule la forma en que cumplen con su misión constitucional.

El Procurador General de la Nación es elegido por el Senado de la República en virtud del artículo 173 de la Constitución (Const., 1991). Una de sus funciones es intervenir en todos los procesos que deban ser adelantados por la Corte Constitucional dentro de su jurisdicción Constitucional. Esta función le permite pronunciarse en todos los casos de demandas de constitucionalidad de las leyes que son aprobadas por el Congreso de la República y que sean demandadas ante la Corte. Así mismo, le corresponde emitir concepto sobre los actos legislativos que busquen reformar la Constitución. Si se observan las sentencias de la Corte frente a ese tipo de demandas se puede observar que, efectivamente, sin excepción, todas incluyen la posición de la Procuraduría.

La importancia de esta función radica en que el Ministerio Público tiene oportunidad de exponer argumentos directamente ante la Corte Constitucional, ya sea para recomendar que se declare la inconstitucionalidad de las normas demandadas o para que, por el contrario, se declaren ajustadas a la constitución. En este marco, la Procuraduría tiene una oportunidad que no tiene ninguna otra entidad en el país, con lo cual puede ejercer influencia política más allá de su papel de ente de control.

El Procurador General de la Nación es el supremo director del Ministerio Público (Const., 1991, art. 275) y es elegido por períodos de cuatro años a partir de una terna que presentan el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado (Const., 1991, art. 276). Por su parte, el artículo 277 de la Constitución fija como funciones del Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes, las siguientes:

1. Vigilar el cumplimiento de la Constitución, las leyes, las decisiones judiciales y los actos administrativos

2. Proteger los derechos humanos y asegurar su efectividad, con el auxilio del Defensor del Pueblo.
3. Defender los intereses de la sociedad.
4. Defender los intereses colectivos, en especial el ambiente.
5. Velar por el ejercicio diligente y eficiente de las funciones administrativas.
6. Ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes, e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley.
7. Intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales.
8. Rendir anualmente informe de su gestión al Congreso.
9. Exigir a los funcionarios públicos y a los particulares la información que considere necesaria.
10. Las demás que determine la ley. (Const., 1991, art. 277)

Como puede verse, son funciones de una gran responsabilidad que van desde vigilar el cumplimiento de la Propia Constitución hasta la presentación de informes de gestión al Congreso

de la República. Además, es oportuno mencionar que el mismo artículo 277 establece que la Procuraduría tiene atribuciones de policía judicial para poder cumplir con esas funciones.

Así mismo, el artículo 278 establece como funciones que deben ser cumplidas de manera directa por el Procurador General de la Nación las siguientes:

1. Desvincular del cargo, previa audiencia y mediante decisión motivada, al funcionario público que incurra en alguna de las siguientes faltas: infringir de manera manifiesta la Constitución o la ley; derivar evidente e indebido provecho patrimonial en el ejercicio de su cargo o de sus funciones; obstaculizar, en forma grave, las investigaciones que realice la Procuraduría o una autoridad administrativa o jurisdiccional; obrar con manifiesta negligencia en la investigación y sanción de las faltas disciplinarias de los empleados de su dependencia, o en la denuncia de los hechos punibles de que tenga conocimiento en razón del ejercicio de su cargo.
2. Emitir conceptos en los procesos disciplinarios que se adelanten contra funcionarios sometidos a fuero especial.
3. Presentar proyectos de ley sobre materias relativas a su competencia.
4. Exhortar al Congreso para que expida las leyes que aseguren la promoción, el ejercicio y la protección de los derechos humanos, y exigir su cumplimiento a las autoridades competentes.
5. Rendir concepto en los procesos de control de constitucionalidad.

6. Nombrar y remover, de conformidad con la ley, los funcionarios y empleados de su dependencia. (Const., 1991, art. 278)

La importancia de este cargo dentro del ordenamiento jurídico vigente en Colombia también se puede apreciar en el artículo 284 de la Constitución (Const., 1991). Este prevé que el Procurador General de la Nación, al igual que el Defensor del Pueblo, pueden requerir de las autoridades la información que resulte necesaria para el ejercicio de sus funciones, sin que pueda oponérseles ninguna reserva, salvo las excepciones previstas en la Constitución (Const., 1991) y la ley. Esta atribución le otorga a la Procuraduría un rol de control que puede llegar a tener implicaciones disciplinarias, administrativas y políticas significativas en las actividades de todas las entidades del Estado.

Además, el artículo 334 le otorga una función adicional al Procurador cuando señala que él o uno de los ministros del Gobierno, una vez se haya proferido la sentencia por cualquiera de las máximas corporaciones judiciales, pueden solicitar la apertura de un incidente de impacto fiscal, cuyo trámite será obligatorio.

Esto quiere decir que el Procurador puede incidir en la formulación de políticas públicas desde el punto de vista fiscal, y no solamente como ente de control administrativo, como quiera que este incidente tiene implicaciones directas en el manejo de las finanzas públicas. El mismo artículo prevé que la posición del Procurador puede conducir a que se modulen, modifiquen o difieran los efectos de la medida objeto de análisis, siempre que esa decisión evite alteraciones serias de la sostenibilidad fiscal. Así, por esta vía el Procurador tiene facultades no solamente legales sino constitucionales para pronunciarse en caso de que, en su opinión, las medidas

adoptadas por el ejecutivo o el legislativo pongan en riesgo la sostenibilidad de los recursos que administra el Estado.

Finalmente, el artículo 279 prevé que la ley determina lo relativo a la estructura y al funcionamiento de la PGN. También lo relacionado con el ingreso, los procesos de concurso de méritos y retiro del servicio, de las inhabilidades, incompatibilidades, la denominación, las calidades, la remuneración y el régimen disciplinario de todos los funcionarios y empleados que laboran en la PGN.

3. DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LA TRASCENDENCIA EN SU ADOPCIÓN.

El principio de proporcionalidad está diseñado para limitar el abuso de poder y la violación de los derechos humanos y las libertades por parte de los Gobiernos y otros funcionarios públicos al mínimo necesario en las circunstancias. Como noción filosófica, la proporcionalidad se remonta a la antigua regla de oro de no hacer a otros lo que no se desea para sí mismo. Como principio legal, se originó en el siglo XIX en el derecho administrativo prusiano (Ibler, 2016), el cual impuso restricciones a las facultades policiales que atentaban contra la libertad o la propiedad de una persona.

Siendo así, el principio de proporcionalidad como rol del juez e instrumento se convierte en la brújula para poder navegar en los grandes conflictos de los principios, las reglas y los derechos, tanto para jurisdicción como para la administración.

A lo largo de los años, el principio de proporcionalidad se expandió y migró a otros países europeos, donde ahora es un principio de derecho público central y vinculante. Esto mismo aconteció con otras jurisdicciones como las de Canadá, Nueva Zelanda, Australia, Sudáfrica, Hong Kong, India y países de América del Sur (Cabrera, 2020). Además, se ha convertido en parte de documentos constitucionales e internacionales. También es relevante en otros contextos como el del derecho internacional, en la denominada *Doctrina de la guerra justa*, en las leyes de legítima defensa, en el derecho internacional de los derechos humanos y en el derecho penal cuando se habla de que el castigo debe ser proporcional al delito.

La Jurisprudencia Alemana, sostiene que el principio de proporcionalidad dice que la regulación debe adecuarse al objetivo e incluir tres elementos esenciales: adecuación, necesidad y proporcionalidad *sensu stricto*. La adecuación determina si el reglamento propuesto es un instrumento idóneo que después de su implementación conduce al logro del objetivo previsto. La adecuación de la regulación se examina determinando la existencia de una relación causal entre la regulación y el objetivo deseado. Debido a que la regulación es válida a largo plazo es necesario probar la adecuación *ex ante* y *ex post*, porque las condiciones pueden cambiar significativamente con el tiempo. El criterio de necesidad exige que el objetivo de la regulación no pueda alcanzarse con otras soluciones menos onerosas. La prueba se reduce a considerar otras alternativas en términos tanto de cambios de parámetros o disposiciones del reglamento propuesto como de otros instrumentos o mecanismos. Es el caso de la autorregulación, las campañas publicitarias y la educación. Estas alternativas deben evaluarse en términos de carga para las empresas y efectividad de la regulación (Covarrubias, 2018).

La molestia de la regulación y sus alternativas no puede ser considerada solo desde el punto de vista de los efectos administrativos, de los costos derivados de la burocracia y de los costos de cumplimiento; también debe tener en cuenta el nivel de beneficios sociales que generan tales soluciones. En algunas situaciones, aunque una solución puede ser menos onerosa también puede generar muchos menos beneficios para la sociedad que otras opciones. La proporcionalidad *sensu stricto* requiere el equilibrio adecuado entre los costos incurridos por los destinatarios de la regulación y el beneficio obtenido por la sociedad (Fazio, 2019).

Si bien este elemento del principio de proporcionalidad es uno de los menos utilizados en la práctica legislativa, es el más deseable. Lo mencionado significa que cada regulación introducida requiere de una evaluación confiable, integral y de varios períodos de todos los beneficios y costos relacionados con la regulación dada. Además, la asignación y medición de efectos en relación con diferentes grupos de sujetos y la supremacía del interés público son los más importantes aquí. Los objetivos realmente implementados con la ayuda del reglamento introducido no pueden ser divergentes de los objetivos declarados y deben lograrse mediante instrumentos adecuados.

Quiere añadirse que dos escuelas de pensamiento han dado forma al desarrollo del concepto de proporcionalidad en el derecho europeo moderno, a los principios de justicia retributiva y a la noción de Estado liberal en el que el Estado debe limitarse a la consecución de objetivos limitados o susceptibles de limitación. De hecho, la teoría liberal sostiene que el derecho debe cumplir un propósito útil, es decir, estar orientado al objetivo que busca lograr. En consecuencia, debe formar parte de una relación causal cuantificable entre los fines y los medios destinados a lograr un resultado deseado (Comella, 2020).

El principio de proporcionalidad tiene un lugar especialmente importante en el derecho alemán, el cual ha influido significativamente en el desarrollo de la doctrina comunitaria. Según la Ley Fundamental del 23 de mayo de 1949, Alemania está constituida como un Estado democrático de estructura federal basado en el imperio de la ley y la justicia social (Huber, 2019). Como respuesta a su crisis histórica de legitimidad, la ley alemana refleja un control y escrutinio estrictos sobre la discreción administrativa.

El *Rechtsstaatsprinzip* asegura a cada ciudadano ciertos derechos fundamentales y libertades del Estado, cuyas limitaciones están restringidas por el Estado de derecho, incluido el principio de proporcionalidad (Huber, 2019). Un *enfoque triple* rige la aplicación del principio de proporcionalidad: en primer lugar, una medida estatal debe ser adecuada para facilitar o lograr el objetivo perseguido; en segundo lugar, la medida adecuada también debe ser necesaria, en el sentido de que la autoridad interesada no dispone de otro mecanismo menos restrictivo de la libertad; finalmente, la medida no puede ser desproporcionada con las restricciones que conlleva (proporcionalidad en sentido estricto). Según la Corte Constitucional Federal, la intervención debe ser adecuada y necesaria para el logro de su objetivo (Hernández y Jiménez, 2017), de modo que no puede imponer cargas excesivas al interesado y, por tanto, debe tener efectos razonables sobre él.

En la Comunidad Europea el principio de proporcionalidad se ha descrito como el fundamento legal general más importante en el derecho del mercado común y es invocado por los litigantes con más frecuencia que cualquier otra tesis general del derecho comunitario. Fue adoptado por primera vez por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en 1956 para contrarrestar los efectos de las medidas de regulación del mercado y restringir la libertad

económica. Además, fue adoptado en virtud del tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (Covarrubias, 2018).

El principio de proporcionalidad requiere que una medida sea apropiada y necesaria para lograr sus objetivos. Esta doble prueba de idoneidad y necesidad requiere una evaluación de la relación entre los fines y los medios. En este sentido, debe analizarse si la medida es adecuada o tiene una probabilidad razonable de lograr sus objetivos, y si posee una ponderación de los intereses en conflicto para determinar si las consecuencias adversas de la medida sobre los intereses legalmente protegidos están justificadas en vista de la importancia del objetivo perseguido.

Sin embargo, en el derecho comunitario europeo no se trata de una prueba uniforme sino de un principio flexible utilizado en diferentes contextos para proteger diferentes intereses y conlleva diversos grados de escrutinio judicial. Schwarz (2015) lo llama un instrumento de revisión extremadamente variable cuya administración es problemática, puesto que se aplica prácticamente en todos los campos legales y apenas parece medible en términos estrictos. Aunque el Tribunal de Justicia a veces habla de una prueba de tres partes siguiendo la fórmula alemana, los tribunales también se refieren de forma diversa a una prueba de dos partes o, en algunos casos, concentran la discusión en un aspecto particular del concepto solamente. Schwarz (2015) concluye que los principios subsidiarios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto no operan en el derecho comunitario de la misma manera que en la ley alemana, pero se utilizan simplemente para dar expresión a un principio general de proporcionalidad.

Por otra parte, haciendo referencia a América, un hito de la aplicación del principio de proporcionalidad se desarrolló en el derecho constitucional canadiense en el caso Oakes. En este

la Corte Suprema de Canadá interpretó la sección 1 de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades, la cual le permite al gobierno la limitación constitucional de derechos y libertades en una medida razonable, puesto que implica una prueba de proporcionalidad (De la Torre, 2018). Al igual que en otras jurisdicciones, la Corte estableció una prueba de proporcionalidad en tres etapas que examina la relación entre la medida adoptada por el gobierno para lograr un objetivo legítimo y el objetivo legítimo mismo. En primer lugar, la medida adoptada por el gobierno debe estar conectada racionalmente con el objetivo justificable que pretende alcanzar.

En segundo lugar, el gobierno debe seleccionar la medida que sea menos nociva para el derecho o la libertad en cuestión, pero que de manera similar logre el objetivo. En tercer lugar, debe haber proporcionalidad en sentido estricto entre los daños causados por la medida y los beneficios de lograr el objetivo importante: cuanto más severos son los efectos de una medida más importante debe ser su objetivo.

La esencia del principio de proporcionalidad se reduce al cumplimiento de una condición clave relacionada con no desarrollar o implementar una normativa, lo que conlleva unos costos demasiado elevados en relación con los beneficios esperados para los regulados y, posiblemente, para los terceros. El análisis del cumplimiento del principio de proporcionalidad se centra en evaluar la adecuación de la normativa en el corte transversal de la escala de regulados. Sin embargo, la evaluación también debe tener en cuenta el equilibrio de costos, beneficios y riesgos sociales, macroeconómicos e industriales emergentes y su distribución en todos estos grupos (Muñoz, 2019).

Antes de realizar el análisis del principio de proporcionalidad en Colombia, es pertinente, traer a colación un pequeño análisis del principio de proporcionalidad en el derecho Chileno,

puntualmente en el Derecho administrativo, constituye, un principio general que cumple una importante función dentro de los mecanismos destinados a controlar el ejercicio de las potestades discrecionales que el ordenamiento atribuye a los órganos administrativos (García, 1981). Si bien se ha sostenido tradicionalmente que las potestades sancionadoras son siempre regladas, la realidad nos demuestra que existe un margen de libre apreciación que queda entregado a la autoridad administrativa y en donde este principio juega un importante rol al momento de interpretar dichas disposiciones e integrar algunos criterios en la determinación de la sanción(Cordero, 2014).

(...)

En resumen, el principio de proporcionalidad opera en materia punitiva en dos ámbitos bien delimitados. En primer término, como un límite que se impone al legislador al momento de tipificar conductas punibles, determinar su sanción y establecer la autoridad que debe aplicarla (administrativa y judicial). En segundo lugar, como un límite al acotado margen de discrecionalidad que debe tener la autoridad administrativa al momento de determinar la sanción aplicable por la comisión de un ilícito administrativo. (Cordero, 2014).

De lo anterior, es necesario precisar que este principio se puede desarrollar en al menos tres niveles;

En primer lugar, hace referencia a los límites del legislador al momento de configurar las conductas y las sanciones que ameritan reproche; en segundo lugar se refiere a la dosificación de la sanción dentro del rango prefijado por el legislador ; En tercer lugar y precisamente el nivel

al cual se circunscribe el análisis del caso de la presente Tesis, se refiere a la imposición de la sanción del sujeto en un caso concreto.

Sin perjuicio de que el nivel circunscrito al estudio de este trabajo sea la imposición de la sanción del sujeto en un caso concreto, adoptada bajo la metodología de estudio de caso; es necesario hacer precisión conceptual en los otros dos niveles.

Por un lado, se tiene el principio de proporcionalidad como límite al legislador al momento de configurar las conductas y las sanciones que ameritan reproche, al respecto la Sentencia C-721 del 2015 reitera que “ De conformidad con el artículo 124 de la Constitución y en armonía con lo dispuesto en los artículos 125, 150-23 y 277 del mismo Estatuto Superior, corresponde al legislador fijar la responsabilidad disciplinaria que puede ser atribuida a los servidores públicos frente a los comportamientos realizados por sus servidores que atenten contra el ordenamiento jurídico y las finalidades que son propias de la función pública. Esta competencia la debe ejercer sin desconocer la vigencia de los principios que integran el derecho fundamental al debido proceso.

De esta manera, en virtud del principio democrático, en el ordenamiento jurídico colombiano, el establecimiento de un régimen disciplinario constituye un espacio de libre configuración legislativa, pues es en el campo de la deliberación política, en donde se puede establecer, con mayor precisión, el tipo de conductas que resultan ajenas a la consecución de los fines del Estado, así como la gravedad social de estas conductas y la consecuente intensidad de las sanciones aplicables.

No obstante lo anterior, también ha sido enfática la jurisprudencia constitucional en señalar que esa libertad de configuración normativa del legislador en el diseño de los procedimientos y etapas judiciales no es absoluta, puesto que se encuentra limitada por los derechos sustanciales y la defensa de las garantías esenciales de las personas. De hecho, como lo ha advertido esta Corporación, el control de constitucionalidad de este tipo de normas debe hacer eficaz, de un lado, el amplio margen de configuración normativa que tiene el legislador y, de otro, el respeto por el núcleo esencial de los derechos y garantías de las personas, en tanto que el juez constitucional no está *"llamado a determinar cuáles deben ser los términos que se deben cumplir dentro de los procesos. La misión de la Corte en estos casos es, en realidad, la de controlar los excesos que se puedan presentar en la legislación"*.

En desarrollo de esta potestad, el legislador puede fijar nuevos procedimientos, determinar la naturaleza de actuaciones judiciales, eliminar etapas procesales, requerir la intervención estatal o particular en el curso de las actuaciones judiciales, imponer cargas procesales o establecer plazos para el ejercicio del derecho de acceso a la administración de justicia.

Ahora bien, según esta Corporación el alcance de la potestad de configuración legislativa se guía por las siguientes reglas:

La potestad conferida al legislador para establecer los diversos regímenes sancionatorios, se encuentra vinculada a los fines constitucionales del Estado y limitada por el respeto a los derechos fundamentales de la persona y de principios del Derecho disciplinario como el del debido proceso, legalidad, non bis in ídem y culpabilidad.

Al determinar la gravedad de las faltas y la intensidad de las sanciones, el legislador debe orientarse por criterios de proporcionalidad y razonabilidad y, especialmente por los principios de lesividad y necesidad.

Dentro de los márgenes señalados, el legislador se encuentra facultado para: "*(i) tipificar (...) las faltas disciplinarias en que puedan incurrir los servidores públicos, su grado de intensidad y las sanciones correspondientes, y (ii) establecer el conjunto de enunciados normativos de orden procesal que regulen la facultad constitucional otorgada a la administración pública para imponer sanciones a todos los servidores que con sus acciones u omisiones, transgredan las normas de conducta relativas al correcto desempeño de las funciones asignadas.*", así como establecer las causales de extinción de la acción o de la sanción penal o disciplinaria." (Corte Constitucional de Colombia, C-721 del 2015).

Por otro lado se tiene el principio de proporcionalidad respecto a la dosificación de la sanción disciplinaria dentro del rango prefijado por el legislador, esto se puede ver materializado en lo dispuesto en el artículo 29 de la Constitución Política, exactamente en el párrafo que reza "Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio" (Const., 1991) y concretamente en materia disciplinaria en el artículo 6 de la Ley 1952 de 2019, en lo referente a que "La sanción disciplinaria debe corresponder a la clasificación de la falta y a su graduación de acuerdo con los criterios que fija esta ley" (Ley 1952, 2019, 28 de enero).

Teniendo clara la distinción de los tres niveles en que se puede dar el principio de proporcionalidad, se puede aludir que en Colombia la Corte Constitucional ha señalado que este principio permite realizar la evaluación sobre la validez y legitimidad de la intervención que

tienen tanto las autoridades como el legislador en relación con los derechos fundamentales (Corte Constitucional de Colombia, C-434 de 2013). La aplicación de este principio supone la necesidad de comparar varias alternativas cuando se intente la protección de los intereses generales, con el propósito de establecer si la finalidad que se busca tiene validez constitucional, si se hace de forma adecuada para el logro de esa finalidad y si el mecanismo seleccionado resulta necesario. En ese sentido, la intención es determinar que no existe un mecanismo menos costoso o que genere menores sacrificios en comparación con otros que permitan lograr ese mismo fin. Adicionalmente, de acuerdo con la Corte Constitucional de Colombia (C-371 del 2000), se debe asegurar que no se estén sacrificando derechos o principios de importancia superior a los que se intenta atender.

Para validar el cumplimiento de esos enunciados, se hace alusión a que la Corte Constitucional de Colombia (C-470 de 2011) aplicó el denominado test de proporcionalidad, integrado por cuatro elementos; finalidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad *stricto sensu*.

En primer lugar, se debe verificar que la medida que se está evaluando está orientada a la satisfacción de bienes jurídicos relevantes, o si, por el contrario, genera restricciones o mermas en la satisfacción de otros intereses o derechos. A juicio de la Corte Constitucional de Colombia, para verificar este primer criterio la Constitución debe reconocer como importante el objeto que se busca satisfacer con la medida sujeta a examen de proporcionalidad.

El segundo examen que se debe satisfacer es la idoneidad de la medida en relación con el fin perseguido (Corte Constitucional de Colombia, C-470 de 2011). Esto quiere decir que, efectivamente, la medida debe asegurar con suficiente grado de probabilidad el logro de aquello que se pretende con ella.

El tercer criterio aplicable para validar la proporcionalidad de una medida administrativa es su necesidad. Este se evalúa al responder si su aplicación tiene carácter indispensable para poder lograr aquello que se intenta (Corte Constitucional de Colombia, C-470 de 2011). Con el fin de verificar el cumplimiento de este criterio se debe evaluar si ese mismo propósito se podría cumplir mediante una disposición menos gravosa pero igualmente eficaz.

El cuarto criterio que es la proporcionalidad en sentido estricto. Esta es considerada el equilibrio que debe existir entre el beneficio que se obtiene o se espera obtener como consecuencia de aplicar la medida, y el costo o los inconvenientes que conlleva la ejecución de la disposición. Este último criterio puede resultar subjetivo debido a que la importancia de los beneficios y la cuantificación de los costos asociados pueden evaluarse de diferente manera. Ello depende de quién haga esa evaluación y cuáles intereses tenga ese evaluador.

Respecto de la aplicación del referido principio, en el derecho disciplinario colombiano este fenómeno ocurre debido a la necesidad que tiene la aplicación del mismo en las sanciones de la rama disciplinaria y en las eventuales revisiones judiciales.

A lo anterior se añade que, como manifestación de la legalidad, el principio de proporcionalidad es un límite a la arbitrariedad en la potestad sancionadora del Estado. Efectivamente, se conoce como la prohibición de exceso en la imposición de sanciones y castigos. Se trata de un componente de la justicia como valor superior de todo el ordenamiento punitivo, en la medida en que busca que la sanción de un hecho constitutivo de falta guarde conexión, adecuación y equilibrio con la gravedad del mismo.

Por su parte, el Consejo de Estado Colombiano en Sentencia de mayo de 2012, con Radicado Interno 22366, mediante la cual se decide un recurso de apelación dentro de un proceso de reparación directa. Actor: Alexander Ortega Ardila y Otros en contra del Ministerio de Defensa – Ejército Nacional respecto del principio de proporcionalidad y tomando como referencia la Sentencia C- 916 de 2002 indicó: “De las funciones que cumple el principio de proporcionalidad en el control constitucional de la legislación y en la tutela de los derechos fundamentales depende en gran parte la efectividad del Estado Social de Derecho, el respeto de la dignidad humana y la inalienabilidad de los derechos de la persona.

Es por ello por lo que se hace necesario un manejo adecuado del principio de proporcionalidad, diferenciando su sentido general -como máxima de interpretación que evita el desequilibrio, la desmesura o el exceso en el ejercicio del poder público de su sentido específico como parte constitutiva del juicio de igualdad. Tal distinción entre un sentido genérico y uno específico con que se usa el concepto de proporcionalidad conduce al problema de los métodos para su aplicación.

(...)

. La proporcionalidad concebida como principio de interpretación constitucional puede adoptar la forma de dos mandatos: la prohibición de exceso y la prohibición de defecto.

El primero tiene que ver principalmente con la limitación del uso del poder público de cara a las libertades fundamentales.

El segundo se aplica por lo general respecto de los deberes positivos del Estado y la protección de los derechos que comprometen la actuación de las autoridades para el cumplimiento de los fines esenciales del Estado.

El método de aplicación del principio de proporcionalidad es la ponderación. Generalmente, el objeto de la ponderación son intereses enfrentados que han recibido alguna protección constitucional, la cual es mayor en el caso de intereses cobijados por derechos fundamentales. Los intereses ponderados también se concretan en medidas y fines estatales. Se pondera, por una parte, las medidas y los fines estatales y, por otra parte, la afectación de parámetros formales o materiales consagrados en la Constitución.

(...)

Los métodos de ponderación se distinguen no solo según qué es lo que se sopesa, sino también por los criterios para decidir cuando la desproporción es de tal grado que procede una declaración de inexecutable. No se exige una proporcionalidad perfecta puesto que el legislador no tiene que adecuarse a parámetros ideales de lo que es correcto por no ser excesivo (Consejo de Estado, 2012).

De manera complementaria a lo anterior, el Consejo de Estado, en Sentencia del 05 de junio de 2008, Radicación número: 15001-23-31-000-1988-08431- 01(8031), mediante la cual se decide un recurso de apelación dentro de un proceso de controversias contractuales. Actor: Constructores Limitada en contra del Fondo Vial Nacional, estipuló que:

El de proporcionalidad ha sido uno de los principios que mayor relevancia ha adquirido en los últimos años como herramienta y parámetro de control de la actividad de la

Administración, toda vez que en la adopción de sus diversas decisiones, el órgano administrativo que debe elegir una entre varias medidas que se ofrecen como alternativas para la prosecución del fin de interés general que le encomienda la norma que le atribuye la correspondiente facultad, no podrá decantarse, inopinadamente, por cualquiera de las opciones planteadas, sino únicamente por una que resulte proporcionada.

En torno a la proporcionalidad como límite a la actividad administrativa y como parámetro de control de la Administración Pública, basado en un análisis de la relación que debe existir entre la decisión o actividad enjuiciada y los propósitos a los cuales aquélla o ésta debían apuntar, la Sala ha definido los perfiles del referido principio de la siguiente manera:

“Cualquier definición del principio —o, siguiendo la precisión que se acaba de efectuar, de la regla general— de proporcionalidad, de manera forzosa, debe poner de presente la necesaria adecuación entre los hechos determinantes del acto administrativo y su contenido, con respecto a los fines que se persiguen mediante la expedición del mismo . Los elementos sobre los cuales descansa el principio son, por tanto, el presupuesto de hecho, los medios y el fin del acto, si bien es cierto que su más específica caracterización se refiere a la relación de adecuación entre medios y fines, entre medida adoptada y objetivos perseguidos , claro está, partiendo de una correcta constatación de la existencia y una apropiada calificación jurídica de la realidad fáctica sobre la que quiere operarse .

Sin embargo, un análisis más detenido del principio que en su sentido amplio se ha descrito, elaborado en primera instancia por la doctrina alemana , conduce a identificar dentro del mismo tres subprincipios, etapas o mandatos parciales: el subprincipio o mandato de adecuación, de idoneidad o de congruencia, por virtud del cual la medida limitadora de los

derechos o intereses del administrado debe ser útil, apropiada o idónea para obtener el fin buscado, esto es, que el abanico de posibles medidas a adoptar por la Administración se limita a las que resulten congruentes con el entramado fáctico del caso y aptas para la consecución del cometido fijado por el Ordenamiento; el subprincipio o mandato de necesidad, intervención mínima o menor lesividad, de acuerdo con el cual la adopción de la medida elegida debe ser indispensable dada la inexistencia de una alternativa distinta que sea tan eficaz y menos limitativa que la misma, capaz de satisfacer el fin de interés público al que se ordena; y, en tercer lugar, el subprincipio o mandato de proporcionalidad en sentido estricto, de acuerdo con el cual debe producirse un equilibrio entre el perjuicio irrogado al derecho o interés que se limita y el beneficio que de ello se deriva para el bien público que la medida prohija (Consejo de Estado, 2008)

Por su parte, la Sentencia del 26 de noviembre de 2015, Radicación número: 25000-23-26-000-2009-01010-01(53877), del Consejo de Estado, mediante la cual se decide un recurso de apelación dentro de un proceso de controversias contractuales. Actor: Software y Algoritmos S.A. en contra del Nación - Ministerio de Defensa Nacional, respecto del principio de proporcionalidad sentenció,

Dicho con otras palabras, el principio de proporcionalidad compele a la Administración a justificar de manera razonada las decisiones que adopta, no solo desde una perspectiva lógico formal sino, también, considerando su razonabilidad en cada caso en concreto, lo que se traduce en la exposición de elementos de juicio objetivos y razonados (elementos probatorios, jurídicos, técnicos, etc.), incluso en aquellos escenarios de discrecionalidad.

Todo lo anterior se traduce, entonces, en la razonable, proporcional y razonada aplicación de la cláusula penal y la tasación de perjuicios por parte de la entidad pública, que lleva a plantear, necesariamente, el deber jurídico de motivación de la Administración conforme al cual le corresponde justificar, a partir de referentes objetivos y claros los criterios que le sirven de apoyo para tasar la proporción de aplicación de la cláusula penal conforme a la intensidad y valoración del cumplimiento (o incumplimiento) por parte del contratista.

En este sentido, es claro que la discrecionalidad de la Administración debe ser abordada desde la perspectiva de la proporcionalidad, a fin de encausar dicho poder decisorio conforme a los postulados constitucionales que informan la actividad de la Administración Pública. (Consejo de Estado, 2015)

Coadyuvando lo anteriormente expuesto, en distintos conceptos emitidos por la Procuraduría General de la Nación, del que vale la pena destacar, los conceptos No. 301-17 IUS 725684-2017 de la Procuraduría tercera Delegada ante el Consejo de Estado y (PGN, 2017), No. 197 E-2019-508745, de la Procuraduría segunda delegada ante el Consejo de Estado (PGN, 2019) en donde de la misma manera, se expuso que:

En palabras de la Corte constitucional, *“respecto de la sanción administrativa, la proporcionalidad implica también que ella no resulte excesiva en rigidez frente a la gravedad de la conducta, ni tampoco carente de importancia frente a esa misma gravedad.”*

El Consejo de Estado ha explicado, adoptando como suyas sólidas posturas doctrinarias, que la proporcionalidad de la sanción disciplinaria también está íntimamente ligada a la

culpabilidad que se logre demostrar durante el proceso en cabeza del funcionario disciplinado.

En palabras de esa corporación,

“Culpabilidad (...). De acuerdo con este principio, en materia disciplinaria está proscrita toda forma de responsabilidad objetiva y las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa.

Llama la atención la relación existente entre éste y el principio de proporcionalidad, pues reiterando lo dicho por la doctrina más autorizada sobre la materia ‘la pena proporcional a la culpabilidad es la única pena útil’.

En efecto, ‘el concepto de proporcionalidad nace íntimamente vinculado al de culpabilidad. En la actualidad, en el Derecho Sancionador Administrativo, culpabilidad y proporcionalidad continúan estrechamente unidas. La reacción punitiva ha de ser proporcionada al ilícito, por ello, en el momento de la individualización de la sanción, la culpabilidad se constituye en un límite que impide que la gravedad de la sanción supere la del hecho cometido; siendo, por tanto, función primordial de la culpabilidad limitar la responsabilidad. (...) El principio de dolo o culpa, nos permite distinguir diversos grados de culpabilidad en la comisión de la infracción, los cuales deben ser considerados por el órgano administrativo competente en el momento de individualizar la sanción. De este modo, el principio de culpabilidad coadyuva a la correcta aplicación del principio de proporcionalidad, pues permite una mayor adecuación entre la gravedad de la sanción y la del hecho cometido. (...)’

En idéntico sentido, la Corte Constitucional ha afirmado que la proporcionalidad es un principio que impone límites a la sanción disciplinaria, “*en virtud del cual la graduación, en*

abstracto y en concreto, de la sanción, debe hacerse de acuerdo con la gravedad del injusto, y el grado de culpabilidad” (PGN, 2017; PGN, 2019).

Por su parte, en fallo de segunda instancia, la Procuraduría Segunda delegada para la Vigilancia Administrativa en el proceso de Radicación N°: 087-003222/05, en el año 2009 consideró que, el régimen disciplinario de la sanción se mueva dentro de los límites que le señalan dos principios basilares: La proporcionalidad y la legalidad.

Respecto de lo primero, el artículo 18 de la Ley 734 es claro en señalar que *“la sanción disciplinaria debe corresponder a la gravedad de la falta cometida”*. Sin embargo, esta disposición debe concordarse con el principio del debido proceso, del cual surge el de legalidad de la sanción.

Ciertamente, cuando el constituyente dispuso que el debido proceso se aplicara en toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, *“conforme a leyes preexistentes al acto que se imputa”* y el legislador exigió que la investigación se haga *“con observancia formal y material de las normas que determinen la ritualidad del proceso, en los términos de este código”* (artículo 6° del C.D.U.), la conclusión necesaria es que en materia de sanciones el investigador disciplinario no puede salirse del marco que el Código Disciplinario le señala.

Es así como las premisas normativas a considerar son las contenidas en el Capítulo 2° del Título V de la Ley 734, es decir, los artículos 44 a 47, inclusive las normas en comento permiten inferir, en primer lugar, que la sanción a imponer está directamente relacionada con la tipificación de la falta, con el título de imputación de ésta y con las circunstancias de graduación.

La tipificación de la falta obra como criterio objetivo de definición previa por parte del legislador, no obstante, el margen discrecional de valoración que se le reconoce al investigador, según sean las circunstancias del caso.

El título de imputación no depende del investigador, sino de la consideración objetiva de la conducta y sus caracteres; en consecuencia, la imputación de un proceder doloso o culposo y la modalidad específica de uno u otro depende, en últimas, del propio investigado.

Finalmente, mediante los criterios de dosificación de la sanción, el legislador le permite al investigador apreciar y valorar todas las circunstancias antecedentes, concomitantes y posteriores a la conducta objeto de reproche. (PGN, 2009)

De lo expuesto anteriormente, se puede colegir que el principio de proporcionalidad debe evitar el desequilibrio y el arbitrio en la interpretación constitucional, además de evitar una colisión entre el excesivo uso del poder público y las libertades fundamentales, dando cumplimiento a los fines esenciales del Estado y aplicando la ponderación como método, para equilibrar las medidas y los fines estatales con los parámetros consagrados en el ordenamiento jurídico colombiano.

En la actualidad, en razón a los cambios sociales y operacionales de la Justicia, se ha vuelto necesario que aquellos que imparten justicia, cada día den mayor aplicación, al principio de proporcionalidad, a través de denominado test de proporcionalidad, considerando que en repetidas oportunidades diferentes derechos y principios se pueden afectar, los unos con los otros.

Ahora bien, el artículo 4° del Código Disciplinario Único (Ley 734, 2002, 5 de febrero) y a partir de marzo de 2022 el artículo 4° del Código General Disciplinario (CGD) (Ley 1952, 2019, 28 de enero) consagran el principio de legalidad en atención a lo ordenado por el artículo 29 superior. Dicho principio no puede reducirse únicamente a que los comportamientos por los que resultan investigados el servidor público y el particular disciplinable estén previamente descritos como falta, sino también a la legalidad de su sanción conforme a la calificación jurídica que se haga de aquella. Así se revela la proporcionalidad como manifestación del principio de legalidad (Roa, 2014).

Es importante precisar que la incorporación y reglamentación del principio de proporcionalidad dentro del ordenamiento jurídico colombiano se expide expresamente en el año 2002, precisamente mediante la Ley 734 de 2002 o Código Disciplinario Único (CDU) (Ley 734, 2002, 5 de febrero). De hecho, en el artículo 18 de este se expresa que “la sanción disciplinaria debe corresponder a la gravedad de la falta cometida. En la graduación de la sanción deben aplicarse los criterios que fija esta Ley” (Ley 734, 2002, 5 de febrero, art. 18).

Dentro del derecho disciplinario, dicha reglamentación del principio de proporcionalidad se mantiene vigente en la nueva Ley 1952 de 2019 CGD (Ley 1952, 2019, 28 de enero). En su artículo 6, esta dispone lo siguiente:

Proporcionalidad y razonabilidad de la sanción disciplinaria. La imposición de la sanción disciplinaria deberá responder a los principios de proporcionalidad y razonabilidad. La sanción disciplinaria debe corresponder a la clasificación de la falta y a su graduación de acuerdo con los criterios que fija esta ley. (Ley 1952, 2019, 28 de enero, art. 6)

Desde este punto de vista, lo que pretende el principio de proporcionalidad en el derecho disciplinario es controlar y poner límites al actuar de los funcionarios públicos, salvaguardando los principios que rigen la función pública. Para ello debe identificar las conductas contrarias al derecho y sancionarlas proporcionalmente, según la gravedad de la falta cometida y la afectación que produce, conforme a lo dispuesto en la Ley 734 de 2002 (Ley 734, 2002, 5 de febrero).

Debe añadirse que hasta el momento se han reflejado diferentes posturas tanto nacionales como internacionales. Además, su desarrollo normativo e histórico y el desarrollo de los elementos son necesarios e indispensables para la realización del test de proporcionalidad, compuesto por finalidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Es importante identificar antecedentes de publicaciones sobre el alcance que dicho principio debe tener cuando se valoran los hechos, el nivel de responsabilidad y las sanciones que han de recibir quienes incurren en conductas tipificadas como faltas disciplinarias. Sumado a lo anterior, es menester dejar en claro que la tasación justa de las sanciones es un reto no solamente para el derecho disciplinario, sino para todas las ramas del derecho.

Sin embargo, cuando se trata de actuaciones de servidores del Estado la tasación debe ser mucho más precisa, sobre todo si se tiene en cuenta que tales conductas afectan el interés general. Este debe estar siempre por encima del interés particular, más aún cuando existe la duda y, en algunos casos, la certeza de que se presentaron actos de indelicadeza o incluso de abuso en el manejo de dichos recursos.

Estas bases son el sustento de que en Colombia existe y está reglamentado el principio de proporcionalidad, el cual permite evaluar la validez o legitimidad de las intervenciones de las autoridades públicas.

Ahora bien, en cuanto a la Trascendencia de la adopción del principio de Proporcionalidad, debe remarcarse, en primer lugar, la repercusión que tiene la adopción e implementación del principio de proporcionalidad en relación con su aplicación por las posibles fallas de los servidores públicos a causa de la inobservancia de sus funciones, es decir, como ilicitud sustancial dentro del derecho disciplinario. Lo anterior ha conformado un tema controvertido por muchos, sobre el cual existen algunos que estiman que su adopción se debe presentar de forma directa. Esto obedece a que lo consideran “neutral, potencialmente racional y que contiene la posibilidad de hacer que el concepto jurídico de derechos sea el mejor posible” (Bernal, 2014).

De esta forma, existen autores que estiman que este principio posee una regla universal de constitucionalidad, así como que es, la máxima manifestación del Estado de derecho (Bernal, 2014). Así mismo, autores como Alexi (2002) y Bernal (2014) señalan que este principio conforma la “única manera racional en que se puede analizar la relación entre los derechos fundamentales y sus limitaciones” (Bernal, 2014, p. 32). Igualmente, existen detractores frente al principio de proporcionalidad como Tsakyrakis (2009), quien manifiesta que va en contra de los derechos humanos y conforma “un camino equivocado para quienes buscan precisión y objetividad” (Tsakyrakis, 2009). Otros detractores señalan que la consideración que tiene este principio estropea la naturaleza de los derechos esenciales como restricciones a la práctica del poder público (Bernal, 2014, p. 33).

A este respecto, existen autores como Habermas (citado en Bernal, 2014) que manifiestan que la proporcionalidad transgrede la firmeza de los derechos fundamentales, puesto que en ciertas ocasiones deben ceder frente a otros intereses que están protegidos jurídicamente. A nivel disciplinario en Colombia, este principio se regula, bajo la Ley 1952 de 2019 (Ley 1952, 2019, 28 de enero) y el artículo 19 de la Ley 2196 de 2022 (Ley 2196, 2022, 18 de enero), la cual señala que la proporcionalidad tiene que ver con que “La sanción disciplinaria debe corresponder a la gravedad de la falta cometida. En la graduación de la sanción deben aplicarse los criterios que fija esta Ley” (Ley 2196, 2022, 18 de enero, art. 19).

Ahora bien, la reglamentación legal que respalda este principio en Colombia permite observar la inquietud que tiene el poder legislativo en reglamentarlo a nivel legal (Instituto de Estudios del Ministerio Público, 2007). Es incuestionable que este principio es básico en el fundamento del constitucionalismo y posee un desarrollo doctrinal por su vínculo con el derecho administrativo. Esto obedece a que posee referentes con la potestad sancionadora de la administración en cuanto a los espacios más esenciales para su ejercicio práctico en el amparo de los derechos fundamentales (Tirado, 2011).

Por lo tanto, este principio debe instaurar concretamente las fronteras de la autonomía sancionatoria que posee el Estado, para lo cual se le debe demandar a la autoridad sancionatoria la prohibición de sanciones excesivas, con el propósito de mostrar respeto para seguir con las indicaciones señaladas por el principio de proporcionalidad (Andrés, 2008). De tal manera, este principio se debe emplear como un valor efectivo de justicia como base esencial de la normatividad punitiva. La pretensión es que la prohibición disciplinaria de un suceso que perjudique el transcurso habitual de la administración posea un equilibrio con la infracción que

ha sido cometida por el servidor público, de modo que no haya ninguna diferencia entre las actuaciones y las sanciones a faltas semejantes y sujetos del derecho disciplinario (Meléndez, 2015)

Con el fin de poder determinar la importancia que tiene el principio de proporcionalidad dentro del régimen disciplinario, es necesario comprender la injerencia que posee igualmente el principio de ilicitud sustancial. Sobre este se determina la falta contra el deber funcional que haya tenido un servidor público, de manera que es un principio que posee una categoría dogmática dentro del derecho disciplinario. Según lo explica Alexy (1997), este difiere de una regla puesto que corresponde a mandatos de optimización que establecen que algo se debe efectuar de ser factible conforme a las posibilidades jurídicas y fácticas. Así, la satisfacción de la medida establecida tiene que ver no solo con las normas, sino con los principios opuestos, lo que conlleva a que puedan ser valorados.

De esta forma, este principio corresponde a postulados que tienen una importancia normativa, cuyo propósito es reglamentar que algo se efectúe preferiblemente dentro de las probabilidades jurídicas que existen dentro del sistema. Ello los transforma en mandatos esenciales de optimización de las normas que conforman los métodos escalonados normativos (Serrano, 2017). Sumado a lo anterior, este principio se encuentra estipulado en el artículo 5° de la Ley 734 de 2002, donde se señala que “la falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna” (Ley 734, 2002, 5 de febrero, art. 5°).

De esta manera, estudia la vulneración de las determinaciones normativas que se han integrado al sistema disciplinario, con el propósito de sancionar el incumplimiento y la coherente violación al deber funcional. En este marco, estudia y determina “el desconocimiento de la

función social que le incumbe al servidor público o al particular que cumple funciones públicas” (Corte Constitucional de Colombia, C-948 de 2002), vinculándose sistemáticamente con el artículo sexto del plexo superior. Entre otras cosas, este señala que los servidores públicos son responsables ante las autoridades del Estado por la transgresión a la Constitución y las leyes, así como por omisión o extralimitación de sus funciones.

Según lo estipulado por Gómez (2007), la relación que tiene este principio con la antijuricidad tiene que ver con que “basta la sola infracción de los deberes contentivos en la carta política, las leyes, los reglamentos, los contratos de trabajo, los manuales de funciones, entre otras, para que se configure el injusto disciplinario” y que “para comprender sustancialmente quebrantado el deber se requiere que la conducta enjuiciada haya desconocido no solo el ropaje jurídico del deber, sino también la razón de ser que el mismo tiene en un Estado social y democrático de derecho” (Gómez, 2007 p 54).

Es claro señalar que este principio como jerarquía del derecho disciplinario estudia la transgresión formal del deber, así como el incumplimiento de las determinaciones normativas que determinan de manera expresa los principios de la actuación administrativa. Debe indicarse que, cuando estos no son conocidos, transgreden la marcha perfecta de la función pública, posibilitándose de esta manera la estructuración de una falta disciplinaria. Adicionalmente, para que se estructure y se origine el principio de ilicitud sustancial dentro del proceso disciplinario frente a los actos de un servidor público, es necesario que se genere una conducta reprochable por parte del sujeto pasivo que vaya en contra de la norma que reglamenta su deber funcional. Además, se debe considerar la vulneración a los principios constitucionales y legales que

reglamentan la función pública que se ejerce por parte de los servidores públicos (Serrano, 2017).

Ahora bien, según lo señalado por Duguit (1924), el servicio público integra toda actividad implantada a los gobernantes, cuya práctica conforma el cumplir con un compromiso jurídico. Este le otorga el poder de mandar durante el lapso en que permanezcan dentro de esos límites, correspondiendo a obligaciones que tiene el Estado y que legitiman las actuaciones de los servidores públicos. En relación con las posibles fallas que tengan estos en el manejo de sus compromisos, existe el presupuesto de la ilicitud sustancial que puede perjudicar de manera fundamental los deberes funcionales que tienen dichos servidores. De tal forma, el propósito de la sanción corresponde al respaldo de la práctica de la función pública, propósito que es un elemento esencial, en el principio de proporcionalidad.

Además, se debe señalar que uno de los aspectos más relevantes al momento de hablar de la aplicación de la proporcionalidad en la sanción disciplinaria, es que el perjuicio sustancial de los deberes se define con base en que el comportamiento que conforma la falta perjudica la existencia del deber de dicho servidor público dentro del entorno de un Estado social de derecho.

Siendo así, se puede decir que, para el derecho disciplinario de Colombia, ha sido elemental y trascendente la adopción y aplicación de este principio, pues es clara la necesidad la aplicación de este, en las respectivas sanciones que se profieran por parte de los servidores, precisamente para evitar un desequilibrio interpretativo y mantenerse siempre respetuoso de las libertades fundamentales y el cumplimiento de los fines del estado.

En resumen, a lo largo del presente capítulo, se observaron algunas de las finalidades y parámetros para las cuales, fue diseñado el principio de proporcionalidad, su nacimiento en general pero también su entrada en vigencia y aplicación en diferentes países y regiones del mundo, con sus respectivos elementos esenciales y descripción del principio hasta llegar puntualmente al ordenamiento jurídico colombiano, en donde ha sido evidente que la fuente de derecho más trascendente para su adopción, ha sido la jurisprudencia, que precisamente ha adoptado, regulado y aplicado los parámetros de otros ordenamientos jurídicos de distintos lugares, para adoptarlos y adecuarlos, es así que se han establecido los tres criterios conocidos por este principio como lo son el de finalidad, idoneidad y necesidad, pero agregando nuevos criterios tales como el de proporcionalidad en sentido estricto, además de fijar como método de aplicación del principio, la ponderación como método, para limitar la actividad administrativa y lograr que las medidas y los fines estatales, estén en equilibrio con lo consagrado en la Constitución, la ley y la Jurisprudencia.

4. ELEMENTOS DE CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA

En Colombia las autoridades disciplinarias deben cumplir una serie de términos y de normas de rigurosos y exigentes estándares, que les permitan determinar o no la responsabilidad disciplinaria del servidor público en el ejercicio de sus funciones.

El proyecto de investigación titulado *Proporcionalidad del control disciplinario de la Procuraduría General de la Nación (Licitación 011 de 2009)* aborda precisamente elementos de

configuración de la Responsabilidad Disciplinaria, que para su desenvolvimiento requieren de una serie de conceptos jurídicos que se desarrollan en el presente capítulo.

Para el desarrollo de los mencionados conceptos es necesario reseñar la literatura relevante, lo que permitirá una evaluación y estructuración de los conocimientos y argumentos preexistentes. Lo anterior permite fijar la importancia de las publicaciones, las problemáticas, discusiones, limitaciones e interpretaciones para defender un enfoque y una metodología a lo largo de la elaboración de la tesis.

Para ello, se agruparán las publicaciones de acuerdo con la posición que ocupen en una categoría en específico, dependiendo de los enfoques y la clasificación doctrinaria en aras de reseñar cada una de las categorías. Ahora bien, en este capítulo se estudiarán y desarrollarán elementos de configuración de responsabilidad disciplinaria, pertinentes para el abordaje de los objetivos del proyecto de investigación *Proporcionalidad del control disciplinario de la Procuraduría General de la Nación (Licitación 011 de 2009)* y para su construcción se establecen dos categorías de análisis y sus correspondientes subcategorías que facilitan la identificación de publicaciones pertinentes.

Las dos categorías son I) el dolo y la culpa en el derecho disciplinario y II) la ilicitud sustancial

La primera categoría busca precisar los argumentos que han sido desarrollados por quienes defienden la categoría dogmática de la tipicidad en materia disciplinaria y por otro lado, por quienes aseguran que la culpabilidad debe ser el enfoque que predomine a la hora de enfrentar procesos en la rama disciplinaria. Esta primera categoría se seleccionó al considerar

que la investigación sobre los hechos que se presentaron en la Licitación 011 de 2009 en el departamento del Tolima y que suscitaron la intervención de la PGN necesariamente implican cuestionamientos sobre el enfoque que debe darse desde el Ministerio Público a las investigaciones relacionadas con hechos en donde presumiblemente hubo actuaciones cuestionables de servidores públicos.

La segunda categoría de análisis es sobre el principio de la ilicitud sustancial. Esta pretende reseñar posturas doctrinantes y jurídicas sobre el desarrollo del mencionado principio, individualizando al agente estatal en virtud de la naturaleza de su cargo. La intención es que se pueda determinar si su desempeño corresponde con su deber funcional, con los fines esenciales del Estado y, por lo tanto, con el bienestar e interés general de la ciudadanía. Ello lleva al correcto funcionamiento de la administración estatal.

a. ENTRE EL DOLO Y LA CULPA EN EL DERECHO DISCIPLINARIO

De acuerdo con el Acto Legislativo 02 de 2015, la Comisión Nacional de Disciplina Judicial ejerce la función jurisdiccional sobre los funcionarios y empleados de la rama judicial. Sumado a lo anterior, en materia disciplinaria la Constitución Política (Const., 1991) prevé que el Procurador General de la Nación tiene dentro de sus funciones la de ejercer vigilancia de la conducta de quienes desempeñen funciones públicas. Ello incluye a los funcionarios elegidos popularmente e imponer las sanciones correspondientes de conformidad con la ley.

Directamente, en la Constitución Política (Const., 1991) se establece que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables y que hayan sido causados por la acción u omisión de las autoridades públicas. Adicionalmente, cuando el Estado

sea condenado a la reparación patrimonial de esos daños como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel (el Estado) repetirá contra este (su agente).

A partir de esos preceptos constitucionales, la ley ha desarrollado diferentes normas que se han encargado de precisar la distinción entre el dolo y la culpa en el terreno de la jurisdicción disciplinaria, así como ha sucedido también en materia penal y administrativa. A su vez, la jurisprudencia se ha pronunciado sobre este asunto, buscando preservar los preceptos constitucionales y resolver las dudas de interpretación que se derivan de ese cuestionamiento.

El debate que se desprende de la clasificación que debe dársele al dolo y a la culpa en materia disciplinaria tiene defensores que se han alineado en dos bandos. Con la intención de citar tan solo algunos ejemplos que ilustran el alcance de esta controversia, Gómez Pavajeau y Sánchez Herrera sostienen que el dolo y la culpa en la jurisdicción disciplinaria se deben ubicar en la tipicidad, más no en la culpabilidad como categoría dogmática. Considerar lo contrario equivaldría a confundirla a esta con el principio mismo (Gómez, 2009).

A su vez, otro grupo de doctrinantes defiende otra hipótesis. De acuerdo con esta, el principio de culpabilidad consagrado por la Constitución Política (Const., 1991) como estructural básico del derecho penal y que rige en materia de infracciones administrativas hace que toda esta jurisdicción se ubique dentro de la categoría dogmática de la culpabilidad. El argumento sostiene que, en la medida en que la sanción de una infracción administrativa es una de las manifestaciones del derecho punitivo del Estado, resulta inadmisibles en el ordenamiento un régimen de responsabilidad objetiva o sin culpa (Botero et al., 2015).

En relación con este asunto, Pinzón Navarrete (2016) argumenta que “los tres elementos del dolo están ubicados en el mismo nivel de análisis, esto es, el conocimiento de los hechos, el conocimiento de la ilicitud y la voluntad, ubicables y visibles en la categoría dogmática de la culpabilidad” (p. 34). Se trata entonces de un asunto de relevancia por las implicaciones que se derivan de dicha clasificación y cuyos efectos se reflejan especialmente en los procedimientos de esta rama del derecho.

4.1.1 LA CATEGORÍA DOGMÁTICA DE LA TIPICIDAD EN MATERIA DISCIPLINARIA

El principio de legalidad surge como contrapartida garantizadora del estado de incertidumbre e inseguridad en que se encontraban las personas en la Edad Media (Gómez, 2017). La dogmática penal ha desarrollado tales ideas compartiéndolas en la categoría dogmática de la tipicidad, según la cual, a través de formas abstractas que fijen lo relevante penalmente (sujetos activos, pasivo, ingredientes subjetivos y normativos, elementos descriptivos, conducta, resultado, nexo de causalidad y antijuridicidad, objetos material y jurídico) para que no haya duda de lo que resulta contrario al ordenamiento penal (Gómez, 2017). Al respecto, en materia de responsabilidad estatal, Arenas (2014) precisa que, junto con el daño y la imputación, ese nexo se constituye en requisito indispensable para que se configure la responsabilidad y supone la existencia de la relación causa-efecto.

En el artículo 9° de la Ley 599 del 2000 (Ley 599, 2000, 24 de julio) se preceptúa que para que la conducta sea punible se requiere que sea típica antijurídica y culpable. La tipicidad es preceptuada en el artículo 10° de la misma Ley y se relaciona de manera directa con el derecho fundamental al debido proceso, cuyo cumplimiento se corresponde con la consagración normativa del comportamiento humano reprochable en el terreno penal por medio de la

formulación de normas y pautas legales de tipo positivo. En efecto, se ha señalado que sin tipicidad no existe delito, por lo que el principio de legalidad se complementa con el de tipicidad.

Es por esto que en el derecho penal el tipo se encuentra compuesto por elementos normativos (tipo objetivo) y elementos subjetivos (tipo subjetivo). Los elementos objetivos son los sujetos (tanto activo como pasivo), el objeto, la conducta y el ingrediente normativo. Entre tanto, los elementos de tipo subjetivo incluyen el directo, el indirecto o eventual, la culpa consciente o inconsciente y la preterintencionalidad (Ocampo, 2018).

Al respecto, la Corte también se ha referido al derecho al debido proceso consagrado por el artículo 29 de la Constitución Política (Const., 1991), lo cual implica garantías tanto sustanciales como procesales. En virtud del principio de legalidad, la Corte reconoce que le corresponde al legislativo determinar cuáles son las conductas o comportamientos que se deben considerar reprochables y merecedoras de sanción, en la medida en que atenten contra bienes jurídicos que merecen protección. Como parte de sus competencias, el legislador debe describir en forma abstracta y objetiva las conductas que constituyen infracción penal o disciplinaria, así como la sanción aplicable a cada una de esas conductas, de acuerdo con la Corte Constitucional.

En este sentido, la Corte advierte que

el referido principio, que prefigura la infracción y la sanción, tiene un desarrollo específico en la tipicidad. Al paso que aquella demanda imperativamente la determinación normativa de las conductas que se consideran reprochables o ilícitas el principio de tipicidad exige la concreción de la correspondiente prescripción, en el sentido de que exista una definición clara, precisa y suficiente acerca de la conducta o del

comportamiento ilícito, así como de los efectos que se derivan de estos, o sean las sanciones. (Corte Constitucional de Colombia, C-769, 1998).

Lo anterior significa que la tipicidad tiene el fin de garantizar la libertad y seguridad individuales, para lo cual establece anticipadamente y de manera clara e inequívoca cuáles comportamientos se deben sancionar. De esta manera, la tipicidad también opera como un mecanismo que protege la seguridad jurídica (Corte Constitucional de Colombia, C-769 de 1998).

De acuerdo con la Sentencia C-2465 de 1993, el principio de legalidad penal representa una de las conquistas del constitucionalismo (Corte Constitucional de Colombia, C-2465 de 1993), La razón de ello es que opera como salvaguarda de la seguridad jurídica de los ciudadanos al permitir que se conozcan de manera previa las condiciones y los motivos que pueden ser generadores de penas. De esa manera se evitan situaciones de arbitrariedad o indebida intervención de las autoridades penales.

Ahora bien, en primer lugar, el principio de legalidad se puede entender como una garantía al debido proceso, por lo que establece los distintos tipos de faltas disciplinarias y las prohibiciones que deben ser aplicables a las autoridades públicas, los servidores y particulares en ejercicio de la función pública, siempre y cuando estén regulados y citados previamente en la Constitución o las leyes. Como ya se mencionó, así se gesta una garantía procedimental prevalente para el sujeto disciplinado al ponérsele límite discrecional a la autoridad disciplinaria respecto de la adecuación del proceder que realizó con la conducta sancionatoria.

Por lo tanto, la tipicidad está intrínsecamente relacionada con un juicio de adecuación del comportamiento, previamente realizado por el agente estatal o el particular en ejercicio de funciones públicas. Al respecto, se ha dicho que la acción disciplinaria es consecuencia de las relaciones especiales de sujeción como resultado del incumplimiento de un deber, de la incursión en una prohibición, de una extralimitación o de la violación del régimen de inhabilidades, impedimentos y conflictos de intereses (Ordóñez, 2009). Yendo más allá, la Corte Constitucional ha buscado la garantía del debido proceso al decir que, al momento de juzgar la tipicidad, el operador disciplinario debe delimitar de manera concreta la conducta reprochable en que incurrió el funcionario, antes de definir la sanción aplicable.

El principio de tipicidad exige la delimitación concreta de las conductas reprochables a efectos de su sanción. De conformidad con esta garantía del debido proceso disciplinario, la norma creadora de las infracciones y de las sanciones debe describir clara, expresa e inequívocamente las conductas que pueden ser sancionadas, el contenido material de las infracciones, así como la correlación entre unas y otras. La abstracta descripción de la conducta que tipifica el legislador como falta disciplinaria con su correspondiente sanción debe ser de tal claridad que permita que su destinatario conozca exactamente la conducta punitiva. Este principio proscribela indeterminación en la tipificación de la conducta y la sanción en razón a que ello propicia decisiones subjetivas y arbitrarias (Corte Constitucional de Colombia, C-530 del 2003).

Estos pronunciamientos indican que existe margen relativamente amplio al interpretar el alcance de los hechos frente a los tipos de faltas. La misma Corte ha expresado al respecto que

El grado de indeterminación de los conceptos acusados en un contexto sancionatorio ofrece un amplio margen de discrecionalidad a la autoridad encargada de establecer si un servidor incurrió o no en tal prohibición, de suerte que las personas no cuentan con un criterio que les permita prever con certeza si una determinada actuación atenta o no contra tales conceptos. La penumbra que deben enfrentar los ciudadanos en estos casos es constitucionalmente inadmisibile. Representa un desconocimiento claro del principio de legalidad y tipicidad en materia sancionatoria, suscitando una inseguridad jurídica tal que los ciudadanos carecen de referentes para saber cuál es la conducta que de ellos se demanda, o cuál la que se les permite. La indeterminación de estos conceptos y la incertidumbre que pueden generar han sido resaltadas por la doctrina, incluso en otras áreas del derecho diversas al derecho penal o sancionatorio. (Corte Constitucional de Colombia, C-350 de 2009).

En este contexto, la imprecisión señalada no solamente se observa en el derecho disciplinario, sino también en otras ramas del derecho.

El *ius puniendi* se define como el instrumento que configura el monopolio de la fuerza en cabeza de un Estado. Otra definición factible es que es el poder que ostentan las autoridades, no solo penales, sino también administrativas, para el adecuado funcionamiento del aparato estatal (Ramírez-Torrado, M. L., & Aníbal-Bendek, H. V., 2015). Siendo así, se hace necesario aclarar que el Derecho administrativo sancionador se divide en derecho correccional y disciplinario, el primero “va dirigido a un grupo determinado de personas y está orientado a sancionar el incumplimiento de determinadas reglas preestablecidas dirigidas a mantener condiciones que

hacen efectivo el servicio, en cuanto a las sanciones por lo general son multas, suspensiones y restricciones “operativas o de utilización de bienes y servicios” (Corte Constitucional, C-853 del 2005) el poder sancionatorio correccional está en cabeza de las superintendencias y algunas comisiones de regulación mientras que por su parte, la sanción disciplinaria busca corregir las conductas de los funcionarios públicos o particulares en ejercicio de función pública en relación con su deber de actuar observando los principios de moralidad, eficiencia, eficacia, celeridad y como ya se estudió está en cabeza del Ministerio Público.

De esta manera, el *Ius puniendi* es un instrumento, un poder y una atribución estatal, pero en últimas y concretamente es el poder sancionatorio del Estado, es un elemento de género que tiene seis especies que son el derecho penal delictivo, el derecho contravencional, el derecho disciplinario, el derecho correccional, el derecho de punición por indignidad política (impeachment) y el régimen jurídico especial ético - disciplinario aplicable a ciertos servidores públicos (pérdida de investidura de los Congresistas). (Corte Constitucional, C-554 del 2001).

Frente al derecho administrativo sancionador que como ya se dijo está compuesto por el derecho disciplinario y el derecho correccional, la tipicidad hace parte del debido proceso, pese a que no es tan exigible en el campo del derecho administrativo como del derecho penal. Como quiera que sea, si una circunstancia confusa en el derecho penal no es flexible, el derecho disciplinario es mucho más amplio, lo que quiere decir que la administración ejerce una potestad sancionatoria propia. Así mismo, si bien en el derecho administrativo sancionador hay tipos determinables ello no quiere decir que el responsable se pueda inventar los preceptos legales.

Al respecto, en la Sentencia C/530/2003 (Corte Constitucional de Colombia, C-530 del 2003) se describe la flexibilidad tanto de la conducta como de la sanción. En el fallo la Corte

dice que las infracciones de tránsito son de derecho administrativo sancionador y el uso de conceptos indeterminados es flexible cuando sean determinables en formas razonables, es decir, que sea posible determinar su alcance .

En el mismo sentido, en el libro *El derecho administrativo sancionador en Colombia* de Restrepo y Nieto se sostiene que estos conceptos pueden ser utilizados siempre que sean determinables en forma razonable. Por el contrario, si el concepto es abierto y no puede ser concretado de esta forma, desconociéndose el principio de legalidad, la definición del comportamiento prohibido queda abandonada a discrecionalidad de las autoridades administrativas, las cuales valoran y sancionan libremente la conducta sin referentes normativos precisos (Restrepo y Nieto, 2017). Así pues, en Colombia el derecho disciplinario se entiende como una de las especies del derecho sancionador, considerándose su independencia y autonomía respecto de las demás especies.

La diferencia, autonomía e independencia del derecho disciplinario respecto de las otras ramas se puede ver reflejada en distintas normativas, principal y actualmente en la Ley 734 de 2002 (Ley 734, 2002, 5 de febrero), por la cual se expide el Código Disciplinario Único, y desde el año 2022 en la Ley 1952 de 2019 (Ley 1952, 2019, 28 de enero), por medio de la cual se expide el Código General Disciplinario y se deroga la Ley 734 de 2002 (Ley 734, 2002, 5 de febrero). En dichos códigos se fijan todos los elementos que guían el correcto actuar de los servidores públicos y los particulares que ejercen funciones públicas. Además, entre los elementos guía están los deberes, las obligaciones, inhabilidades, incompatibilidades, etc.

Sin embargo, no siempre el derecho disciplinario ha sido considerado una rama independiente, razón por la cual se estudiarán los precedentes antes de que se lograra la

mencionada autonomía. Al respecto, Fernández (2009) se refirió a la configuración del derecho disciplinario como vertiente del derecho penal. Con todo y esto, el disciplinario

debe tener la finalidad de salvaguardar bienes jurídicos, entendidos como circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social estructurado sobre la base de esa concepción o para asegurar el funcionamiento del mismo. (Roxin, 1997, p. 40)

Por otro lado, de manera concreta la Corte (citada en Fernández, 2009) señala que,

a partir de 1991, cuando entró a regir una nueva Constitución, la jurisprudencia ha expresado que por lo general la sanción disciplinaria no es incompatible con lo penal propiamente dicho, salvo cuando la deslealtad o deshonestidad del funcionario o empleado público es elemento del tipo penal, pues entonces se violará el postulado *non bis in idem*. (p. 95)

Lo expresado por la Corte evidencia la autonomía y separación del derecho administrativo sancionador respecto del derecho penal, pues “tanto la potestad punitiva penal como la sancionadora administrativa son manifestaciones del *ius puniendi* genérico del Estado” (Mestre, 1991, p. 2497). Al respecto, conviene recordar que para Arenas (2014) la verificación de la causalidad es una cuestión de carácter eminentemente jurídico.

Lo mencionado hasta acá significa que, en un principio, al derecho disciplinario se le encargó la salvaguarda de bienes jurídicos. Esto se hizo basándose en que eran también aplicables algunos elementos propios del derecho penal, como lo podían ser algunas causales de

justificación o la misma tipicidad. Derivado de lo anterior, se pudo establecer que el bien último que persigue el derecho disciplinario es la correcta organización administrativa.

Por mencionar un antecedente normativo concreto, se puede hablar de la Ley 200 de 1995 (Ley 200, 1995, 28 de julio) por la cual se expidió el Código Disciplinario Único ya derogado. Al respecto, en el artículo 18 señalaba que en la interpretación y aplicación del régimen disciplinario deben prevalecer los principios que determina el Código Penal y de Procedimiento Penal. No obstante, este postulado contrariaba lo escrito previamente por la Corte Constitucional en la Sentencia T-413 de 1992 (Corte Constitucional de Colombia, T-413 de 1992).

El juez disciplinario evalúa el comportamiento del acusado en relación con normas de carácter ético, contenidas principalmente en el Estatuto de la Abogacía. Por su parte, el juez penal hace la confrontación de la misma conducta contra tipos penales específicos que tienen un contenido de protección de bienes jurídicamente tutelados en aras del interés social. Así, tanto la norma aplicable como el interés que se protege son de naturaleza distinta en cada una de las dos jurisdicciones (Corte Constitucional de Colombia, T-413 de 1992).

Por otro lado, el Consejo de Estado (1991, 8 de abril) señaló al respecto que “las categorías sustantivas del derecho disciplinario exhiben un contenido y un sentido diferente a las del derecho penal” (Daza, 2009, p. 58). Ello muestra sin dubitaciones que tanto el ilícito penal como el disciplinario son totalmente diferentes.

De hecho, la Sentencia C-028 de 2006 (Corte Constitucional de Colombia, C-028 de 2006) es otro soporte de la autonomía del derecho disciplinario, señalando que existe un elemento distintivo que es el ejercicio de las funciones públicas.

En pos de que la función pública cumpliera su objetivo, la misma Constitución Política se encargó de estipular expresamente en su artículo 209 unos principios a los cuales debe sujetarse el ejercicio de la actividad administrativa. Si bien dicha norma hace referencia específica a la función administrativa y la ubica dentro del capítulo concerniente a la rama ejecutiva, es pertinente señalar que dichas directrices orientan toda la actividad estatal, razón por la cual en caso de no ser cumplidos dan lugar inequívocamente a la realización de un correspondiente control disciplinario. De allí que garantizar la aplicación de los mismos sea una de las prioridades de la potestad disciplinaria. (Corte Constitucional de Colombia, C-028 de 2006).

Desde la posición de Villamil (2017) y a pesar de lo ya expresado anteriormente, no se puede decir que la antijuridicidad pueda ser reducida un simple juicio de adecuación del comportamiento solamente con base en la tipicidad, es decir, que sea suficiente la confrontación de la conducta del servidor público con la falta por la que se le va a juzgar. Al hacerlo se daría por sentada la antijuridicidad y eso conduciría a un modelo de responsabilidad objetiva (Villamil, 2017).

En cuanto a la antijuridicidad, según la Sentencia C-070 (Corte Constitucional de Colombia, C-070 de 1996) no se trata de un principio con expresa regulación constitucional. Sin embargo,

esta Corporación ha establecido que guarda una íntima conexión con el principio de proporcionalidad o “prohibición de exceso”, el cual se deduce jurisprudencialmente de los postulados de Estado social de derecho, la dignidad humana, la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, los derechos inalienables de la persona prohibición de la pena de muerte y de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, el principio de igualdad y de la proporcionalidad de las medidas excepcionales. (Corte Constitucional de Colombia, C-070 de 1996).

Por un lado, la antijuridicidad del derecho penal tiene como función la protección de conductas que ocasionan un resultado. En esta perspectiva, no tendría sentido salvaguardar conductas que no deriven en un resultado, de modo que no es suficiente con la violación al deber funcional, pues se debe producir un resultado.

Por otro lado, como lo expresó la Procuraduría General de la Nación a propósito de la antijuridicidad en materia disciplinaria, dados los intereses o bienes jurídicos protegidos y su naturaleza no se exige un daño material. Entre otras razones, lo anterior obedece a que protege principios como la moralidad, la igualdad, la transparencia y la publicidad, los cuales pueden verse afectados o, incluso, sin un perjuicio material (PGN, 2014).

Por lo tanto, si bien se pueden equiparar la antijuridicidad en materia tanto penal como disciplinaria, con los postulados anteriores queda demostrado que en el derecho disciplinario la antijuridicidad es una categoría totalmente diferente a la del derecho penal. La razón de ello es que no deriva ni siquiera de un juicio de tipicidad.

4.1.2 LA CATEGORÍA DOGMÁTICA DE LA CULPABILIDAD EN MATERIA DISCIPLINARIA

Es conocido que la antijuricidad implica una acción contraria al derecho y corresponde a comportamientos contrarios al deber de hacer o dejar de hacer establecido por la norma, independientemente de las motivaciones del sujeto activo (Hincapié y García, 2016). Así mismo, dado que en el derecho penal “solamente el delito doloso de daño es injusto típicamente adecuado” (Welzel, 1956, p. 34), resulta válido cuestionar si la acción de incumplir o modificar una orden corresponde a una conducta dolosa del actor cuya consecuencia es dañosa al Estado o sobre el funcionario que emitió la orden.

Sobre dichos criterios la Corte Constitucional señaló lo siguiente:

el investigador disciplinario dispone de un campo amplio para determinar si la conducta investigada se subsume o no en los supuestos de hecho de los tipos legales correspondientes, y si fue cometida con dolo o con culpa, es decir, en forma consciente y voluntaria, o con violación de un deber de cuidado, lo mismo que su mayor o menor grado de gravedad, con base en los criterios señalados en el art. 43 de la misma Ley, lo cual obviamente no significa que aquel cree normas y que asuma por consiguiente el papel de legislador, ya que solo aplican en el sentido propio del término las creadas por este último con las mencionadas características. (Corte Constitucional de Colombia, C-124 del 2003)

La tendencia de tipificación de causales de justificación que exonera de sanción al agente se ha presentado en las diferentes vertientes del derecho sancionatorio, propiamente en el derecho disciplinario y el derecho penal. Dichas causales inhiben de responsabilidad a quien la

cometiere. Al respecto, en el caso del derecho disciplinario ello se puede observar en el Código en el Código General Disciplinario (Ley 1952, 2019, 28 de enero), como se observa a continuación:

Artículo 26. Constituye falta disciplinaria y, por lo tanto, da lugar a la imposición de la sanción disciplinaria correspondiente la incursión en cualquiera de las conductas previstas en este Código que conlleven incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad contempladas en esta Ley. (Ley 1952, 2019, 28 de enero, art. 26)

Artículo 31. No habrá lugar a responsabilidad disciplinaria cuando la conducta se realice 1) por fuerza mayor; 2) en caso fortuito; 3) en estricto cumplimiento de un deber constitucional o legal de mayor importancia que el sacrificado; 4) en cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales; 5) para salvar un derecho propio o ajeno al cual deba ceder el cumplimiento del deber, en razón de la necesidad, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad; 6) por insuperable coacción ajena; 7) por miedo insuperable; 8) con la convicción errada e invencible de que su conducta no constituye falta disciplinaria. Si el error fuere de hecho vencible se sancionará la conducta a título de culpa, siempre que la falta admita tal modalidad. De ser vencible el error de derecho se impondrá, cuando sea procedente, la sanción de destitución y las demás sanciones graduables se reducirán en la mitad. En los eventos de error

acerca de los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad disciplinaria se aplicarán, según el caso, los mismos efectos del error de hecho.

Para estimar cumplida la conciencia de la ilicitud basta que el disciplinable haya tenido la oportunidad, en términos razonables, de actualizar el conocimiento de lo ilícito de su conducta; 9) en situación de inimputabilidad. En tales eventos se informará a la dependencia administrativa correspondiente. No habrá lugar al reconocimiento de inimputabilidad cuando el sujeto disciplinable hubiere preordenado su comportamiento. (Ley 1952, 2019, 28 de enero, art. 31)

De las causales de justificación, también llamadas «objetivas» por un sector de la doctrina, puede afirmarse que convierten la conducta «antijurídica» en jurídica. Ahora bien, lo propio de las causales de inculpabilidad es que la conducta conserve su carácter típico y antijurídico, pero se hace «inculpable» y, por ende, se exonera a su autor de responsabilidad (Ordóñez, 2009).

Otra diferencia frente a la legislación penal se refiere a que las causales de exclusión descritas tienen un carácter enunciativo y no taxativo. Lo anterior implica que se pueden aplicar también otras no contempladas en la ley, siempre que conduzcan a concluir que al autor del comportamiento reprochable no le era exigible la realización de una conducta distinta. Adicionalmente, estas causales pueden tener origen constitucional o legal, de modo que la determinación de la naturaleza de una causal le corresponde al titular de la facultad disciplinaria.

Efectivamente, la potestad sancionadora de la administración es un complemento de la potestad de mando y tiene como propósito imponer sanciones o castigos correctivos. La

intención es asegurar el cumplimiento de las decisiones administrativas en beneficio del interés general (Restrepo y Nieto, 2017).

No obstante, es probable que el hecho de que el legislador no determinara un listado de cláusulas cerradas o taxativas sobre las causales de justificación de las conductas, a pesar de ser un asunto concerniente a la potestad que tiene el Estado para sancionar dentro de los límites del principio de legalidad, se deba a un interés de elaborar un derecho sancionatorio que esté más orientado a la realidad que a la aplicación estricta o a la rigurosa de la ley (Guzmán, 2017). Esta facultad de ampliar la lista de posibles causales de justificación contempladas en la ley puede ocasionar beneficios para los sujetos de la normatividad disciplinaria. Por ello, “constituye un derecho dúctil en favor de la persona que está siendo acusada de haber cometido una falta” (Villamil, 2017, p. 20).

A pesar de esa diferencia, existe un punto de concordancia en lo relacionado con la necesidad de establecer sanciones a conductas humanas, que se cumple con apego al principio de justicia, es decir, de imponer esas sanciones tanto al infractor de normas penales como al infractor de las disciplinarias. Así, mientras el derecho disciplinario se caracteriza por la rigurosidad en la aplicación de sanciones por faltas disciplinables, inclusive ante la simple omisión o extralimitación en el ejercicio del deber funcional público, el derecho penal exige que, además de haberse extralimitado y vulnerado una norma, para que haya lugar a la aplicación de sanciones, deben haberse afectado o puesto en peligro los derechos individuales o colectivos. Desde esta óptica, en el derecho penal se deben demostrar tanto la antijuridicidad formal como la material.

Esa distinción entre los requisitos que deben darse en una y otra jurisdicción permite concluir que los funcionarios públicos deben cumplir con exigencias más estrictas que las personas que no cumplen esa función para el Estado. Sin embargo, las sanciones también son diferentes dado que, mientras que en el régimen disciplinario se establecen como sanciones la destitución del cargo, la inhabilidad, la suspensión, la multa, etc., en el derecho penal se puede llegar a la imposición de la pena de privación de la libertad o la multa. Por otra parte, mientras que las sanciones disciplinarias buscan corregir las conductas de los funcionarios públicos en relación con su deber de actuar, observando los principios de moralidad, eficiencia, eficacia, celeridad, etc., lo que busca la sanción penal es la prevención de la comisión de delitos, la retribución por la conducta del ciudadano infractor, su reinserción y protección.

Sin embargo, como lo afirman Rubio y Andrea (2015), esa mayor rigurosidad del derecho disciplinario no implica la imposibilidad de ejercer el derecho a la defensa por parte del funcionario que sea juzgado por el eventual incumplimiento de sus funciones.

Debe añadirse que la ilicitud sustancial, definida en el derecho disciplinario como la afectación del deber funcional, se debe entender como el incumplimiento de funciones encomendadas. Lo mencionado puede afectar el buen funcionamiento del Estado, debido al incumplimiento de los principios de la función administrativa.

Como se ha mencionado, la posición dogmática que se sigue en el actual documento apuesta a señalar que en la comprensión del dolo en materia disciplinar es necesario no solo encontrar que existe un conocimiento de la infracción pura a un deber, sino también la voluntad en la que, sea por acción u omisión, el infractor quiera, aun con conocimiento, faltar a su deber delegado por la administración e, indirectamente, por los administrados. Dicho argumento se

encuentra plasmado en la jurisprudencia más reciente que se ha elaborado al respecto (Díaz, 2017).

Hay que entender además que, tanto en el código disciplinario vigente hasta marzo de 2022 como en el anterior, el legislador hace una remisión expresa al derecho penal para extraer la definición de *dolo*, lo que ha sido considerado como técnicamente inapropiado. No obstante, esa falencia es subsanada en la Ley 1952 de 2019 (Ley 1952, 2019, 28 de enero) en los artículos 28 y 29, en los cuales se definen el dolo y la culpa. Esto se constituye en un aporte al operador disciplinario para que tenga en cuenta dichas definiciones al momento de calificar la gravedad de la falta.

Debe añadirse que los hechos punibles, llamados conductas punibles en sus distintas modalidades, consideran la posibilidad de cometer de forma culposa, preterintencional o dolosa, según su tipicidad misma. Para el caso del derecho disciplinario, solo se han establecido la culpa y el dolo como formas de culpabilidad, en consonancia con lo establecido en el artículo 13 de la Ley 734 de 2002 (Ley 734, 2002, 5 de febrero) y con los artículos 10, 28 y 29 del Código General Disciplinario (Ley 1952, 2019, 28 de enero).

A este respecto, es pertinente decir que Von Liszt define el dolo desde el conocimiento, Carrara lo aprecia desde la voluntad y lo sugiere como la intención más o menos perfecta de ejecutar un acto que se sabe contrario a la ley, y Welzel y Maurach lo ubican en lo injusto como subjetivo de la acción (Crespo, 2018). El dolo ubicado en el derecho penal es distinto al del derecho disciplinario, tanto por su enfoque como por sus implicaciones y vicisitudes. De hecho, a pesar de que *mutatis mutandis* el derecho disciplinario haya tomado sus elementos, no se puede decir lo mismo en relación con sus efectos y motivos (Crespo, 2018).

Después de todo, la culpabilidad se debe entender como principio y también como categoría dogmática. A este respecto, la Corte Constitucional determinó la responsabilidad objetiva en la Sentencia C-626 de 1996 (Corte Constitucional de Colombia, C-626 de 1996).

La culpabilidad es supuesto ineludible y necesario de la responsabilidad y de la imposición de la pena, lo que significa que la actividad punitiva del Estado tiene lugar tan solo sobre la base de la responsabilidad subjetiva de aquellos sobre quienes recaiga. Dolo y culpa son, en consecuencia, expresiones del principio de culpabilidad. (Corte Constitucional de Colombia, C-626 de 1996).

Debe agregarse que la culpabilidad como categoría dogmática se entiende como un juicio de reproche, es decir, como la simple reconvención que se le expresa al sujeto disciplinado una vez se establece que actuó de manera típica y antijurídica, en lugar de haberlo hecho con apego a los principios propios de su función pública. Como ya se había señalado antes, a diferencia de lo que sucede con la tipicidad en materia penal, en materia disciplinaria se basa en el sistema *numerus apertus*. Así, por tratarse de una garantía material se aplica a las diferentes ramas del poder público, con lo cual se busca la consolidación de la seguridad jurídica (Salcedo, 2016).

Concretamente, el soporte jurídico del elemento de culpabilidad en responsabilidad disciplinaria se puede encontrar en el artículo 90 de la Constitución Política (Const., 1991). Derivado de los postulados del artículo en mención, se han desarrollado tanto regímenes de responsabilidades subjetivos (“falla en el servicio”) como objetivos (“funcionamiento normal del Estado”). En este sentido, “de la evolución del dolo en materia civil, administrativa, penal y ahora disciplinaria, se puede concluir que es básicamente la misma y que las diferencias están en el sentido iuspunitivista del cómo se sanciona” (Crespo, 2018, p. 35).

Por otro lado, la culpabilidad dentro del *Código General del Proceso* (Ley 1564, 2012, 12 de julio) se muestra como principio, mas no como categoría dogmática. En efecto, el artículo 10 de la citada norma establece que “en materia disciplinaria solo se podrá imponer sanción por conductas realizadas con culpabilidad” (Ley 1564, 2012, 12 de julio, art. 10), lo que no estaba previsto en el estatuto anterior. Así se podría entender que el principio de culpabilidad es la eliminación de la responsabilidad objetiva y no es una innovación de la Ley 734 (Ley 734, 2002, 5 de febrero), como quiera que también aparece en la Ley 200 de 1995 (Ley 200, 1995, 28 de julio).

Ahora bien, en la culpabilidad disciplinaria recae, por una parte, el juicio de reproche que se presenta por la exigibilidad de comportamiento diverso en que podía y debía actuar el agente; por otra, la accesibilidad normativa que el disciplinado tenía al momento de cometer el hecho o la posibilidad de conocer la prohibición en el dolo y la culpa” (Sánchez, 2017, p. 72).

Por su parte, la Sala Plena del Consejo de Estado (Consejo de Estado, 2015) señaló que, en materia disciplinaria, la responsabilidad va desde el análisis de la tipicidad y la ilicitud sustancial hasta la culpabilidad. Esta última se encuentra descrita en el artículo 13 y el numeral 1 del artículo 43 del Código Disciplinario Único (Ley 734, 2002, 5 de febrero). Para la definición de dolo se retoma el concepto descrito en el Código Penal, por remisión expresa del artículo 21 del Código Único Disciplinario. Sin embargo, el Código General Disciplinario (Ley 1952, 2019, 28 de enero) sí cuenta con una definición propia del dolo, enmarcado en su artículo 28.

Para la definición de la culpa se acude al carácter prevenible de las consecuencias de los actos y se entiende como la omisión voluntaria de la diligencia; y de la violación del deber de atención o falta al objetivo de cuidado que toda persona debe tener y que le resulta exigible. Con

estos elementos, la definición se asimila a la establecida en la Ley 599 de 2000 (Ley 599, 2000, 24 de julio). Así, la conducta es culposa cuando el sujeto disciplinable incurre en los hechos constitutivos de falta disciplinaria por la infracción al deber objetivo de cuidado funcionalmente exigible y cuando el sujeto disciplinable debió haberla previsto por ser previsible, o cuando habiéndola previsto confió en poder evitarla.

Por el contrario, para que se configure el dolo quien cometa la infracción debe tener conocimiento de su infracción y saber que dicha acción va más allá de sus deberes funcionales.

Al respecto la Procuraduría Regional del Magdalena expresó lo siguiente:

En lo que hace referencia a la culpa, esta solo es sancionable si es gravísima o grave. En consecuencia, la culpabilidad, entendida como la obligación de atribuir dolo o culpa en el proceder del sujeto pasivo de la acción disciplinaria, debe tener como punto de referencia el deber funcional propio del servidor cuestionado.

(PGN, 2015)

Con todo y esto, según la teoría de la culpabilidad, tanto para la culpa como para el dolo disciplinario se debe evidenciar que el agente actuó con ausencia de cuidado. En palabras de Jakobs (1995),

no es admisible la comisión de ninguna imprudencia consciente (luxuria) con una arista intelectual que sea idéntica al aspecto intelectual del dolo, por tanto, la culpa

siempre se reducirá a culpa inconsciente, pues la culpa consciente, de por sí, ya configuraría dolo. (p. 382)

Vistas las posiciones descritas a lo largo de este acápite, se puede concluir que existe confusión respecto de la naturaleza del principio de culpabilidad. Esa conclusión conlleva también a establecer que las dos hipótesis planteadas al principio del trabajo no pueden resolverse de manera absoluta, teniendo en cuenta que existen argumentos que permiten sustentar la validez de ambas. En últimas, se trata de opiniones que no han sido plenamente resueltas por el legislativo, por las cortes o los tribunales administrativos.

b. DE LA ILICITUD SUSTANCIAL

Culminado lo anterior, se procede a analizar el principio de ilicitud sustancial se había establecido de manera expresa en el artículo 5° de la ya derogada Ley 734 (Ley 734, 2002, 5 de febrero), por la cual se expide el Código Disciplinario Único. Este señalaba que “la falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna” (Ley 734, 2002, 5 de febrero, art. 5). Por su parte, el artículo 4° de la Ley 1015 (Ley 1015, 2006, 7 de febrero) establece el Régimen Disciplinario para la Policía Nacional e indica que “la conducta de la persona destinataria de esta Ley será contraria a derecho cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna” (Ley 1015, 2006, 7 de febrero, art. 4). Finalmente, deben mencionarse el nuevo Código General Disciplinario (Ley 1952, 2019, 28 de enero), la Ley 1952 de 2019 (Ley 1952, 2019, 28 de enero) y modificada parcialmente por la Ley 2094 de 2021, en cuyo artículo 9° se reza lo siguiente: “La conducta del disciplinable será ilícita cuando afecte sustancialmente el deber funcional sin justificación alguna”. (Ley 2094, 2021, 29 de junio, art. 9)

En otras palabras, este principio aplica en relación con la trasgresión de disposiciones normativas que hagan parte del sistema disciplinario con el propósito de establecer sanciones cuando se presente inobservancia del deber funcional. En palabras de la Corte Constitucional, el principio se refiere al “desconocimiento de la función social que le incumbe al servidor público o al particular que cumple funciones públicas” (Corte Constitucional de Colombia, C-948 de 2002) Al respecto, resulta relevante el artículo sexto de la Constitución en el que se establece que los funcionarios públicos serán responsables ante las autoridades cuando infrinjan la Constitución y las leyes, así como por omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones que les sean propias (Const., 1991).

Desde la perspectiva de la doctrina, existen posiciones que defienden la hipótesis según la cual el principio de ilicitud sustancial se debe aplicar en relación con la antijuridicidad material. Esta conjetura se fundamenta en el razonamiento que plantea que la determinación del comportamiento se debe realizar a partir de la lesión o puesta en peligro de la administración pública. Otra postura plantea que el principio de ilicitud sustancial debe ir más allá de la simple antijuridicidad, de modo que se debe realizar el examen del deber funcional y la forma en que se presenta la transgresión (Crespo, 2018).

Mejía y Quiñones (2014) defienden la hipótesis de la antijuridicidad material cuando plantean que la ilicitud sustancial es aplicable desde el punto de vista de la antijuridicidad material. Esto obedece a que la valoración de la conducta debe ser observada como tal en la efectividad de la lesión o puesta en peligro de la administración pública, para que el comportamiento sea típicamente antijurídico. De no ser así, no habría determinación en las faltas disciplinarias, pues estas muchas veces no guardan relación con el deber funcional. Lo anterior

implica que el elemento material es al que apunta dicha postura, puesto que la afectación al deber funcional no es formal.

Como se observa, este planteamiento se sustenta en que es el elemento material y no el formal el que determina que exista ilicitud sustancial. Autores como Gómez Pavajeau y Navas consideran que “basta la sola infracción de los deberes contentivos en la carta política, las leyes, los reglamentos, los contratos de trabajo, los manuales de funciones, entre otros para que se configure el injusto disciplinario” (Navas, 2014, p. 42). Así mismo, argumentan que si el deber ha sido quebrantado se requiere que la conducta juzgada implique el desconocimiento tanto del “ropaje jurídico del deber” como de la razón de ser que ese deber posee en un Estado social y democrático de derecho” (Gómez, 2017, p. 54).

De acuerdo con Rangel y Polanía (2015), de las anteriores posturas la segunda es la que mejor se adecúa a la concepción de autonomía e independencia que debe caracterizar al derecho disciplinario. Además, ello permite inferir que su alcance involucra el principio de ilicitud sustancial como una categoría autónoma, cuyo origen proviene de las relaciones de sujeción. Adicionalmente, esta hipótesis se aplica en virtud de la interferencia que se pueda presentar entre la actuación o conducta del servidor público y lo establecido como su deber funcional. Lo anterior involucra la condición diferencial de esta frente a la antijuridicidad material que se aplica en el terreno del régimen penal en virtud del principio de lesividad, pues es en el sistema penal en donde los procesos se basan en determinar la existencia de un daño ocasionado a un bien jurídico objeto de tutela.

De otra parte, Villegas (2015) analizó también el alcance del principio de ilicitud sustancial y planteó que su origen radica en “el exceso, en el ejercicio de los derechos, el

incumplimiento de los deberes, el irrespeto de las prohibiciones y el no sometimiento al régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses” (p. 37). El anterior precepto se vincula a uno de los principales principios del derecho que rige en Colombia que es el de legalidad e, intrínsecamente, con el de la salvaguarda de la seguridad jurídica de la justicia colombiana. La razón de esto es que hace referencia al obligatorio cumplimiento de los deberes, al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, a las prohibiciones y a los demás impedimentos que se encuentren establecidos en el ordenamiento jurídico colombiano.

Al respecto, Sánchez (2017) argumenta que el aspecto sustancial se considera un concepto típico del derecho disciplinario. Ello implica que

la infracción del deber haya supuesto el quebrantamiento de la norma subjetiva de determinación [...] Hay ilicitud sustancial cuando el servidor público se aparta del cumplimiento de aquellas obligaciones que devienen de la función que se cumple. Esa categoría se presenta cuando se quebranta el sustento de racionalidad en que se soporta el deber desde el punto de vista constitucional, y de la forma de Estado social y democrático de derecho en ella contenido. (Sánchez, 2017, p. 487)

De acuerdo con esos argumentos, el principio de ilicitud sustancial en el ordenamiento jurídico nacional es interpretado con base en el criterio de la afectación de deberes y no de bienes jurídicos. La razón es que se trata de un aspecto sobre el cual se fundamenta la diferenciación existente entre el derecho disciplinario y el derecho penal. Es así como aquel principio se aplica con base en el incumplimiento o en la inobservancia de los deberes propios del cargo del funcionario al cual se juzga, así como en la contravención de los principios consagrados en la Constitución Política (Const., 1991) en lo relacionado con el desempeño de la función pública.

También se observa que la determinación de esta ilicitud sustancial parte de la premisa según la cual el objetivo principal del régimen disciplinario y sus normas derivadas es llevar una efectiva, transparente y ejemplar administración pública. De esta manera, la ilicitud sustancial se aplica en los procesos disciplinarios para determinar si la conducta desplegada por los servidores públicos va en contra de sus deberes. Sin embargo, para lograr ello se requiere de una evaluación por parte de quien actúe como operador jurídico, en la cual se identifique cuál es la correcta actuación según el cargo desempeñado, en contraposición con las actuaciones tipificadas como faltas disciplinarias.

La aplicación de este principio conlleva a que el ejercicio de los cargos por parte de los servidores públicos esté orientado al logro del objetivo principal para el que ellos hayan sido designados, incluyendo el de servir tanto al Estado como a la comunidad con observancia de postulados y principios definidos en la Constitución, la ley y los reglamentos. En caso contrario, los servidores públicos podrían quedar expuestos a una investigación de carácter disciplinario en la que entraría a operar el principio de ilicitud sustancial. Precisamente, por tener el carácter de principio este opera de manera general como un mandato que aplica en relación con normas que orientan el correcto actuar de los funcionarios públicos en el marco de la función pública. Con lo anterior se pretende alcanzar disciplina, eficacia, eficiencia, obediencia, rectitud y demás deberes derivados de los fundamentos dogmáticos de la responsabilidad en materia disciplinaria.

En cuanto a las posiciones descritas a lo largo del capítulo, se puede concluir que existe un debate sólido sobre diferentes conceptos como los de antijuridicidad, juicio de tipicidad, naturaleza del principio de culpabilidad. Lo mismo sucede en relación con los encuentros y

desencuentros existentes entre el derecho administrativo sancionador, concretamente el disciplinario, respecto de las otras ramas del *ius puniendi* y las consecuencias que ello acarrea.

También se evidenció que, a pesar de las diversas posturas sobre la ilicitud sustancial, (principio encargado de establecer sanciones frente a la inobservancia del deber funcional de los servidores públicos), esta se asume como una norma orientadora fundamental para alcanzar los fines y elementos esenciales de un Estado social de derecho. En el caso colombiano, el control de los cargos ejercidos por los agentes estatales es uno de los pilares para alcanzar el correcto funcionamiento estatal.

5. DESCRIPCIÓN DEL PROCESO EN CONTRA DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA GOBERNACIÓN DEL TOLIMA FRENTE A LAS IRREGULARIDADES EN LA LICITACIÓN PÚBLICA 011 DE 2009.

En este capítulo se describen los hechos más relevantes del proceso objeto del presente trabajo y que se siguió contra el exgobernador del Tolima, Óscar Barreto Quiroga, por irregularidades en la licitación pública para seleccionar al contratista que adelantaría obras en la vía entre Líbano y Villahermosa.

5.1 FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El 20 de septiembre de 2013 la Procuraduría Segunda delegada para la Contratación Estatal profirió fallo de primera instancia. La queja correspondiente había sido presentada el 24 de

septiembre de 2010, es decir, tres años antes, y el caso tuvo radicación IUS:2010-337933- IUC: D-2010-652-317763 (Procuraduría General de la Nación, 2013).

De acuerdo con ese documento, la queja se originó en la compulsa que realizó la Procuraduría del Tolima a través de auto de junio de 2009. Por medio de ella se formuló cargo disciplinario a funcionario de la gobernación de ese departamento por posibles irregularidades detectadas en la etapa precontractual de la *Licitación 011 de 2009*.

La investigación disciplinaria se ordenó por las posibles irregularidades por falta de vigilancia y control de la mencionada licitación. En agosto de 2011 el Procurador General de la Nación asignó competencia a la Procuraduría Segunda delegada para la contratación estatal, lo que indica que transcurrieron más de dos años desde que se presentó la compulsa hasta que se asignó esta competencia.

En octubre de 2012, trece meses más tarde, ese despacho formuló pliego por cargos al exgobernador Óscar Barreto Quiroga. Esto se materializó al considerar que el funcionario incumplió su deber de dirigir la administración departamental a su cargo, al no ejercer adecuadamente el control jerárquico que tenía sobre la actuación de la exsecretaria departamental de hacienda como delegataria y de otros funcionarios a su cargo, en relación con el curso y la definición de la licitación.

La Procuraduría delegada consideró que el exgobernador no adoptó ninguna acción o medida concreta frente a su delegataria en relación con presuntas anomalías que afectaban ese trámite y que favorecían de forma presuntamente irregular a la Unión Temporal Cesva, lo que conllevó a que desconociera normas que regulan la contratación estatal, de acuerdo con las

competencias de la delegación correspondiente a su cargo como gobernador. Lo anterior se materializó en la ausencia de control jerárquico y en la violación del principio de responsabilidad en el proceso de contratación estatal, establecido en el artículo 26 de la Ley 80 (Ley 80, 1993, 28 de octubre). Para la Procuraduría, se trató de una falta gravísima y a título de culpa gravísima, tal como se establece en el numeral 31, artículo 48 de la Ley 734 de 2002 (Ley 734, 2002, 5 de febrero).

La defensa del exgobernador, a cargo del abogado Nances Lozano Hernández, argumentó que, en el correcto ejercicio de la función pública que protege el derecho disciplinario no ocurre en la posición de garante, que se refiere a la protección frente a ciertos riesgos, para luego evaluar si el suceso era evitable o cognoscible.

Además, alegó que la *Licitación 011* y el *Contrato 1183 de 2009* tienen unidad de objeto y unidad de sujeto activo delegante. En estas pudo presentarse una comisión de faltas disciplinarias que debían fallarse en un solo proceso disciplinario, considerando el supuesto de acumulación de la misma naturaleza para evitar la afectación al derecho fundamental del debido proceso y el principio de proporcionalidad. Además, agregó que en el pliego de cargos se omitió señalar las normas presuntamente violadas y que el hecho de apartarse del control de advertencia de la Procuraduría Regional del Tolima no se puede calificar como tipificadora de falla disciplinaria. Adicionalmente, planteó que la conducta reprochada no coincide con su descripción típica, que los testigos declararon que no hubo favoritismo y que la adenda estuvo ausente de cualquier propósito de parcialidad o que limitara el número de oferentes.

A pesar de los alegatos de la defensa, la Procuraduría delegada señaló que se trató de una omisión del disciplinado, a quien le correspondía el control jerárquico como jefe de los

funcionarios directamente encargados del proceso contractual. El hecho de que existiera delegación mantenía en cabeza del gobernador su deber de dirigir y vigilar que el proceso se cumpliera con apego a la legislación. En este sentido, delegar implica también direccionar, dar instrucciones y orientar el proceso, tal como lo señala la jurisprudencia constitucional.

En síntesis, la Procuraduría delegada reconoció en ese fallo que la figura de delegación implica que el título de la imputación sea de comisión por omisión por no haber ejercido de manera correcta el control jerárquico. La delegación no exime necesariamente la responsabilidad del delegante, dado que la vinculación de control disciplinario obliga inclusive cuando se trata de desconcentración de funciones.

Al delegar se establece un vínculo funcional especial y permanente entre el delegante y el delegatario, en donde el delegante conserva el deber de dirección, instrucción y orientación que corresponde al jefe de la entidad estatal. De esta forma, la delegación no justifica desatenderse del cumplimiento de las funciones, para lo cual cita la Sentencia C-372 de 2002 (Corte Constitucional, C-372 de 2002)

Si existe acuerdo entre delegante y delegado para realizar conductas reprochables materializadas por el segundo, o cuando se da el fenómeno de la determinación, el delegante será determinador y el delegado será el determinado o autor material. Así mismo, si el delegado realiza de manera autónoma las conductas reprochables y el delegado omite el debido control, ya sea por dolo o por culpa, al delegado se le debe imputar la autoría material y al delegante comisión por omisión en modalidad de autoría, de acuerdo con el inciso 2° del artículo 27 del Código Disciplinario Único (el mismo artículo 27 del CGD) (Ley 734, 2002, 5 de febrero).

Adicionalmente, en el fallo de primera instancia la Procuraduría delegada (2013) citó el numeral 5° del artículo 26 de la Ley 80 (Ley 80, 1993, 28 de octubre). En este se establece que la responsabilidad de la dirección y el manejo de la actividad contractual y de los procesos de selección será del jefe o representante de la entidad estatal. De la misma manera, en ningún caso los jefes y representantes legales de las entidades estatales quedarán exonerados en virtud de la delegación de sus deberes de control y vigilancia precontractual y contractual, tal como se desprende del 2° inciso del artículo 12 de la misma Ley.

En cuanto al tema de la unidad procesal alegada por la defensa, la Procuraduría delegada argumentó que no se presentó ruptura procesal dado que inicialmente se identificó como posibles responsables de las faltas disciplinarias a la entonces secretaria de hacienda y a los miembros del comité evaluador, más no al gobernador del departamento de entonces. Esto sucedió posteriormente, cuando la Procuraduría Regional encontró posible imputar faltas disciplinarias al señor Barreto y decidió compulsar copias a quien tiene competencia para investigarlo. Lo anterior dado que la guía del proceso disciplinario adoptada por el Procurador General de la Nación establece que la acumulación no procede respecto de expedientes en los que se haya formulado pliego de cargos.

Respecto de los hechos concretos objeto de la investigación, los pliegos de condiciones de la licitación otorgaban un puntaje de calidad por el hecho de contar con la propiedad de un sitio para la extracción de materiales destinados para la obra. Este estaba ubicado en un perímetro no mayor o igual a 35 km a partir de la cabecera municipal, con lo cual se vulneró el principio de transparencia y equidad al incluirse una regla que no era objetiva ni justa. Este beneficio lo que hizo fue privilegiar a algunos pocos sin una verdadera justificación que pudiera

redundar en beneficios concretos y tangibles para la entidad contratante, especialmente en un proceso contractual que fue adjudicado por la suma de cerca de nueve mil millones de pesos.

La Procuraduría agregó que el factor determinante que le permitió a la unión temporal Cesva hacerse ganadora del proceso licitatorio fue el de los cincuenta (50) puntos adicionales. Estos se obtuvieron por el hecho de que uno de los integrantes que tenía una participación de 0,5% en la unión temporal era el propietario de la mina que iba a suministrar el material para la obra. Con esta cláusula se limitó la participación de oferentes en igualdad de condiciones y se benefició directamente a la unión temporal que resultó adjudicataria del contrato.

Para la Procuraduría, ese puntaje adicional otorgado no tenía ninguna justificación ni generaba ningún beneficio concreto o tangible para la entidad contratante, y en cambio le representó al contratista un considerable beneficio económico.

La responsabilidad del exgobernador se vio agravada por el hecho de que la Procuraduría regional realizó advertencias a la gobernación originadas en las reclamaciones de los demás interesados en participar en esta licitación. En estas ellos manifestaron su inconformidad con la cláusula de los términos de referencia en la que se estableció el puntaje adicional de calidad para el oferente que contara con una mina a la distancia arriba señalada para el suministro del material necesario para la obra.

La Procuraduría delegada consideró que no es posible que, pese a las advertencias realizadas por la Procuraduría regional a los insistentes reclamos de los posibles oferentes y de un proponente en principio habilitado para participar en la licitación, pese a las denuncias realizadas en medios de comunicación, un día antes de la adjudicación del proceso, simplemente

el Gobernador de la época hubiera guardado silencio y permitido la adjudicación de esa licitación, sin ninguna verificación de su parte. La Procuraduría delegada también mostró en el fallo de primera instancia-y sustentó en esa oportunidad la tipicidad del cargo único formulado al investigado. Además, sustentó las razones para establecer el grado de culpabilidad en el cual se cometió la conducta y determinó la sanción a imponer, esto es, la destitución del cargo e inhabilidad general, de conformidad con el artículo 44 de la Ley 734 de 2002 (Ley 734, 2002, 5 de febrero).

Dicha medida, además, se adoptó dado que la Procuraduría encontró que se produjo un quebrantamiento de los deberes funcionales como gobernador por la omisión en el cumplimiento de las normas establecidas de la contratación estatal, específicamente en lo relacionado con la dirección, vigilancia y orientación del proceso de contratación.

5.2 FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA

Para el 21 de octubre de 2013 la Sala Disciplinaria de la Procuraduría recibió el recurso de apelación presentado por el defensor del exgobernador Óscar Barreto Quiroga, El fallo de segunda instancia fue proferido el veintisiete (27) de noviembre de 2014 con radicación nro. IUS: 2010-337933- IUC: D-2010-650-317765 (Procuraduría General de la Nación, 2014).

Con el fin de revisar solamente los aspectos impugnados, a continuación, se señalan los argumentos que presenta este recurso.

– Repetición del principio constitucional acerca de la inaplicación de la posición de garante en asuntos disciplinarios. Bajo este argumento el defensor estima que la Procuraduría delegada no tuvo en cuenta la doctrina estipulada por la Corte Constitucional, además de que

reiteró que la postura de garante no es aplicable en el derecho disciplinario. La razón es que este se encarga de amparar la función pública, puesto que todo servidor público debe cumplir con cierta conducta para alcanzar los objetivos del Estado, para lo cual hace mención a lo estipulado en la Sentencia C-948 (Corte Constitucional de Colombia, C-948 de 2002).

– Ausencia de los componentes representativos que factiblemente se transgredieron por parte del investigado. Según el defensor, al utilizar la posición de garante dentro del derecho disciplinario se infringió el debido proceso estipulado en la Constitución Política (Const., 1991). La razón de ello es que se hicieron extensivos principios que son constitutivos del derecho penal al derecho disciplinario, a través de lo cual se cambió la organización del proceso disciplinario y se transformó en proceso discrecional.

– Listado de transgresiones al debido proceso. Señala que en el fallo se adicionaron hechos nuevos sin tener oportunidad de ejercer derecho de contradicción, sucesos dentro de los cuales se encuentran los que se señalan a continuación.

- Manifiesta que en el fallo se adicionó el hecho de haber estipulado requisitos que fueran favorables para los proponentes.

- Hace énfasis en que no existe apoyo constitucional para aplicar el principio de garante dentro del derecho disciplinario.

- La adición del inciso 2° del artículo 27 de la Ley 734 de 2002 (Ley 734, 2002, 5 de febrero) dentro del pliego de cargos, modificando la acusación inicial, manifestando que se hace un uso ilegal del principio de garante. Este no está de acuerdo con lo reglamentado por el Código Penal.

– Atipicidad de los comportamientos reprochados. El defensor establece que no se puntualizó la modalidad de la conducta ni tampoco se adecúa la conducta reprochada, porque este comportamiento se realizó en la etapa precontractual y no en la de ejecución.

Con relación a la culpabilidad, señala que el delegante actuó amparado en el principio de buena fe, además de que no está reglamentada la manera en que esta debe instruirse acerca de su función como delegado.

En relación con el control de advertencia realizado por la Procuraduría regional, no se puede señalar haber transgredido la norma ni tampoco haber dejado a un lado sus funciones de control jerárquico. La razón es que estas observaciones no son requisito primordial para que el contrato fuese legal, especialmente cuando el oferente que fue vencido no presentó demandas frente al acto de adjudicación.

Según la doctrina asumida por la Sala Disciplinaria, así como no hubo demostración ninguna acerca de un actuar irregular por parte de la delegada en dicha licitación, de acuerdo con la determinación adoptada en noviembre de 2014 tampoco el cargo que le fue imputado al disciplinado tiene sustentación. El motivo es que no hubo demostración ninguna frente al desconocimiento del principio de transparencia de la contratación estatal, ni tampoco un actuar irregular por parte del delegado. Por ello, tampoco debe ser el disciplinado el garante responsable de dicha delegación por comisión u omisión impropia.

Esta actuación se explica con base en dos situaciones específicas que se señalan a continuación.

– Delegación en materia contractual y responsabilidad del delegante. En relación con la delegación de la actividad contractual, la Sala Disciplinaria señala que la labor de vigilancia y control sobreviene por la posición de garante al ser el jefe o representante legal de la entidad pública conforme al principio de responsabilidad en la contratación estatal, lo que implica ejercer el control jerárquico sobre el delegatario.

En relación con el entorno de responsabilidad que tiene el delegante en materia contractual por sus deberes de vigilancia y el control de la actividad que delegó en unión con el control jerárquico sobre el delegatario, asumiendo la posición de garante en el caso del señor Barreto, lo señalado en el fallo impugnado implica la determinación del despacho del Procurador General. Este manifestó que,

si el delegado ejecuta de manera autónoma comportamientos que son reprochables y el delegante no realiza un control debido, tanto porque aun sabiendo acerca de ello no lo hace (dolo), o el no hacerlo es a causa del descuido en el control (culpa), al delegado se le debe atribuir autoría material y al delegante comisión por omisión en dicha autoría. (Procuraduría General de la Nación, 2014).

Igualmente, la Sala Disciplinaria se basa en el pronunciamiento de la Corte Constitucional para explicar lo expuesto. En este marco, el derecho disciplinario tiene soporte en la infracción del deber funcional, de acuerdo con la hipótesis de la relación de obediencia de los servidores públicos con el Estado. Esto se plantea teniendo en cuenta un sistema de responsabilidad subjetiva, fundamentando su antijuridicidad en el nivel de ilicitud sustancial, según lo establecido por el artículo 5° del Código Disciplinario Único (Ley 734, 2002, 5 de

febrero). La intención es direccionar el comportamiento tanto de los servidores públicos como los particulares que realicen funciones públicas.

De esta forma, la falla hace alusión a reglas subjetivas de determinación, por lo cual solamente es necesario confirmar el desvalor de la acción para que se genere esta clase de responsabilidad sin que se requiera un desvalor de resultado.

– Imputación objetiva como fuente de responsabilidad en el derecho disciplinario. La Sala Disciplinaria señaló que tanto el derecho penal como el disciplinario son autónomos, pero en relación con la delegación en materia contractual la imputación objetiva que forma parte del derecho penal se puede aplicar igualmente en el derecho disciplinario. La razón es que se parte del acaecimiento de una consecuencia reprochable que recae en el delegatario, comprendida como incumplimiento de su deber funcional referida a la actividad que ha sido particularmente delegada.

De igual manera, la Sala señala que es el derecho penal el encargado de amparar bienes jurídicos, por lo cual el ilícito disciplinario de forma general es únicamente de conducta.

De la misma forma, la Sala manifiesta que para que pueda presentarse una censura disciplinaria al delegante, a quien se le otorga el deber de vigilancia y control de la actividad delegada, y quien por tanto debe ser el garante de la labor del delegatario, se debe partir de una consecuencia antijurídica por parte del delegatario. De igual forma, este ha debido tener una conducta ilícita según lo establecido en el artículo 5 de la Ley 734 (Ley 734, 2002, 5 de febrero), conducta de la cual se puede imputar al delegante, desde que se pueda comprobar que no satisfizo íntegramente con sus deberes de vigilancia y control exigidos.

Con base en este desenlace, la Sala plantea que su postura no va en contra de la *ratio decidendi* de la sentencia de unificación, sino que la adopta, utilizándola dentro del derecho disciplinario. Por lo tanto, se resuelve de forma negativa lo señalado por la defensa en relación con la inviabilidad de utilizar la figura de garante en el derecho disciplinario. Por ello, no existe ninguna violación al debido proceso y, según la revisión efectuada por la Sala a propósito de la actuación procesal, no existió vicio que lo perjudique.

De tal forma, la Sala concluye que el señor Barreto fue absuelto de toda responsabilidad, tomando en cuenta que el reproche disciplinario que se le imputó a la exsecretaria de hacienda como delegada del acto no se pudo demostrar. Por lo tanto, no hubo incumplimiento del deber funcional o resultado antijurídico imputable al disciplinado, con base en lo establecido en el inciso segundo del artículo 27 de la Ley 734 (Ley 734, 2002, 5 de febrero).

La Sala Disciplinaria se encargó de esclarecer los comportamientos que no tuvieron sustento dentro de la actuación disciplinaria que adoptó la entonces secretaria de hacienda y que encajan con la censura aplicada al señor Barreto en calidad de comisión por omisión u omisión propia. Inicialmente, señala que la referencia que tuvo en cuenta el juez bajo el primer cargo formulado en relación con “otros funcionarios” no evolucionó ni a nivel fáctico ni jurídico tanto en el pliego de cargos como en el fallo. Sin embargo, esto no deja sin base la enunciación de manera técnica a la delegataria.

Dentro del fallo adelantado en contra de la exsecretaria de hacienda no se tuvo en cuenta como objeto de censura el porcentaje mínimo aportado por el propietario de la mina. Por lo tanto, no se puede partir de un hecho cierto irregular o de una situación demostrada bajo el mismo calificativo para censurar esa misma conducta en el delegante. De igual manera, se absolvió en

las dos instancias la actuación de la directora financiera de tesorería, quien también conformaba el comité evaluador de la licitación y se encargó de valorar la parte financiera del proponente, estando su comportamiento totalmente ajustado a lo exigido en el pliego de condiciones.

De esta forma, en relación con la exsecretaria de hacienda en lo concerniente al primer cargo enunciado y con los fundamentos de los hechos sobre los cargos al señor Barreto, la Sala determinó que el reproche no cobró sustento. Por lo tanto, la Sala se remite a las estimaciones tenidas en cuenta en el expediente IUS 2009-372574 (PGN, 2014). En él se demostró que el favorecimiento denunciado no tiene sustento, con base en lo cual tampoco existe ningún comportamiento que pueda ser reprochado en la actuación del señor Barreto como garante de dicha función.

La determinación adoptada por la Sala Disciplinaria se fundamentó en que no se pudo demostrar incumplimiento en el deber funcional por parte de la delegataria de la entonces secretaria de hacienda. Por ende, tampoco debe responder el exgobernador del departamento como delegante y garante. En este sentido, la Sala determinó la absolución del disciplinado dado que el delegante como superior jerárquico y garante no debía tomar ninguna acción específica frente a su delegataria. La razón es que no existió ninguna clase de favorecimiento en relación con el adjudicatario final.

De tal manera, la Sala resolvió revocar el fallo de primera instancia y absolvió al disciplinado de toda responsabilidad disciplinaria surgida por el cargo único planteado en su contra.

TABLA 1 RESUMEN DE LOS FALLOS EN EL CASO

Fallo	Hechos	Problema jurídico de la decisión	Decisión	Argumentos de la decisión
Primera instancia	Compulsa efectuada por la Procuraduría Segunda Delegada formulando cargo disciplinario al gobernador del departamento del Tolima. Esto se hizo por posibles irregularidades en la etapa precontractual de la licitación pública 011 de 2009, por falta de vigilancia y control jerárquico.	Imputación por responsabilidad del delegante al señor Óscar Barreto Quiroga, gobernador del Tolima, quien omite el debido control y la vigilancia. Por ello, el investigado habría incurrido en la figura de comisión por omisión, cometiendo falta disciplinaria conforme a lo establecido en el inciso 2° del artículo 27 del CDU.	La sanción impuesta fue la destitución del cargo de gobernador e inhabilidad general al señor Óscar Barreto Quiroga, de acuerdo con el artículo 44 de la Ley 734 (Ley 734, 2002, 5 de febrero).	<ul style="list-style-type: none"> - Quebrantamiento de los deberes funcionales como gobernador, puesto que debía hacer cumplir las normas establecidas de la contratación estatal, omitiendo el deber de dirigir, controlar, vigilar y orientar la contratación. - Omisión en el ejercicio de sus funciones, transgrediendo determinaciones como. <ul style="list-style-type: none"> - Desconocimiento de las normas que regulan la contratación estatal tales como el adecuado ejercicio de la función pública y los alcances de la delegación en administración pública. - No ejercer el control jerárquico como delegante por las actividades de su delegataria. - Violación del principio de responsabilidad en la contratación estatal según el art. 26 de la Ley 80 (Ley 80, 1993, 28 de octubre), con tipicidad de falta gravísima según el numeral 31, art. 48, Ley 734 (Ley 734, 2002, 5 de febrero)
Segunda instancia	<p>Recurso de apelación al fallo de primera instancia, con base en los argumentos que se señalan a continuación.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Inaplicación de la posición de garante en temas disciplinarios. - Ausencia de componentes que posiblemente representan la transgresión por parte del investigado. La razón es que se infringe el debido proceso porque se usa la postura de garante en el derecho disciplinario siendo constitutivo del derecho penal, modificándose el proceso disciplinario y transformándose en discrecional. 	<ul style="list-style-type: none"> - Delegación en la contratación estatal y la responsabilidad del delegante. Esta delegación se fundamenta en el artículo 26 de la Ley 80 (Ley 80, 1993, 28 de octubre). - Relación de obediencia de servidores públicos con el Estado, de acuerdo con el sistema de responsabilidad subjetiva y fundamentando su antijuridicidad en el nivel de ilicitud sustancial, conforme al artículo 5° del CDU. La intención es direccionar el comportamiento tanto de servidores públicos como de particulares que efectúen funciones públicas, con base en que la falta se refiere a normas subjetivas de determinación. - En cuanto a la delegación en materia contractual, la imputación objetiva forma parte tanto del derecho penal como del disciplinario, puesto que 	Revocar el fallo de primera instancia y absolución al disciplinado de toda responsabilidad disciplinaria por el cargo único formulado en su contra.	<p>Dentro de los argumentos que tuvo en cuenta la Sala Disciplinaria para tomar la decisión están los comportamientos que no tuvieron sustento en la actuación disciplinaria adoptada por la secretaria de hacienda y que encaja al reproche aplicado al disciplinado. Dichos comportamientos son los que se señalan a continuación.</p> <ul style="list-style-type: none"> - En fallo contra la secretaria de hacienda no fue objeto de reproche el porcentaje mínimo que fue aportado por el propietario de la mina. De esta forma, no se puede partir de un hecho cierto irregular para censurar una misma conducta en el delegante. - Como en el caso de la secretaria de hacienda referente al cargo enunciado, este encaja con las bases de los hechos acerca de los cargos del delegante porque el reproche no cobró sustento. De igual forma, la Sala se remite a las consideraciones que se tuvieron en cuenta

Fallo	Hechos	Problema jurídico de la decisión	Decisión	Argumentos de la decisión
	<ul style="list-style-type: none"> - Transgresiones al debido proceso formulando nuevos hechos, sin poder ejercer el derecho de contradicción. - Atipicidad de comportamientos reprochados porque no se puntualiza la modalidad de la conducta. 	<p>surge del suceso reprochable que recae en delegatario. Para que pueda surgir reproche disciplinario en el delegante, encargado del control y de la vigilancia de la actividad de la delegada, se debe partir de la consecuencia antijurídica por parte de delegatario, quien ha debido tener conducta ilícita según lo establecido en art. 5 de la Ley 734 (Ley 734, 2002, 5 de febrero). Dicha conducta es imputable también al delegante al comprobar que no cumplió con los deberes de control y vigilancia.</p>		<ul style="list-style-type: none"> - en dicho proceso para determinar que tampoco existe ningún comportamiento de reproche en la actuación del disciplinado como garante en dicha función. - No se pudo demostrar incumplimiento en el deber funcional por parte de la delegataria. Por lo tanto, tampoco existe incumplimiento por parte del gobernador como delegante.

Fuente: elaboración propia

6. VALORACION DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL CASO INVESTIGADO

El análisis de los fallos de primera y segunda instancia que se produjeron durante este proceso contra el entonces gobernador del Tolima frente a las irregularidades en la licitación pública 011 de 2009 muestran como conclusión general que el exgobernador finalmente fue exonerado de responsabilidad. Esto obedece a que los responsables directos de adelantar el proceso contractual dentro de la gobernación fueron también encontrados libres de culpa. De hecho, dentro de la legislación disciplinaria no existe tipificación suficiente que se pueda aplicar a la conducta que se presentó.

En este marco, la inclusión dentro de los pliegos licitatorios de una cláusula que le otorgó puntaje a un proponente por el hecho de contar con un accionista minoritario dueño de un

predio en el que se encontraban materiales a ser empleados para la construcción de la vía y que estaba ubicado a una determinada distancia del sitio de la obra no fue considerada por la Procuraduría como un hecho o una conducta reprochable o tipificada por la legislación disciplinaria.

Antes de entrar de lleno en el asunto, se traerán a colación algunas precisiones acerca de que los pliegos o las contrataciones de las entidades deben ser neutrales, puesto que los aspectos que puedan favorecer a algún proponente podrían viciar el proceso de selección y el principio de la libre competencia.

Por libre competencia entiéndase el principio económico más importante. De la misma forma, está definido como una regla, una pauta de conducta y un derecho colectivo cuyo objetivo se desarrolla en la medida en que haya pluralidad de oferentes que compitan entre sí, para que optimicen sus productos y servicios. Por el contrario, en el ordenamiento jurídico también se contemplan las conductas anticompetitivas y las barreras de entrada.

- Conductas anticompetitivas: son las que buscan distorsionar el mercado, de modo que refieren al abuso de la posición de dominio o de acuerdos anticompetitivos (colusión).

En dicha situación una serie de empresas acuerdan no competir entre ellas con el objetivo de incrementar beneficios conjuntos de todo el grupo. Se produce cuando los oferentes comparten información para elevar los precios o disminuir la calidad de los productos o servicios a ser proveídos. También puede presentarse por la rotación de las ofertas, de manera que una vez gane uno luego pueda hacerlo otro.

- Barreras de entrada: son dificultades que existen para entrar en ese negocio. Pueden ser derivadas del tamaño que se debe tener, es decir, por una inversión al alcance de pocos, o por el acceso a los canales de distribución de ese producto, de la legislación o de la especialización de la persona. En un principio estas barreras de entrada son ilegales, pues son una obstrucción a la libre competencia. Además, el exceso de proteccionismo trae un error peor, de modo que entre más se mantenga el proteccionismo de algunas empresas es peor, puesto que no se innovarán ni mejorarán precios. Nada mejor para el mercado que encontrar lo que se quiere.

Por lo tanto, además del Estatuto Anticorrupción promulgado en el año 2011 (Ley 1474, 2011, 12 de julio) y que incluyó como delito de la conducta anticompetitiva la colusión, se hará referencia a los siguientes mecanismos de prevención:

1. Análisis del sector económico y estudios precios.
2. Evitar las barreras de entrada también respecto de los procesos de subsanabilidad.
3. Evaluar mejor, más allá del precio.
4. Incertidumbre a la forma de evaluar.
5. Opacidad antes del cierre, puesto que se debería mantener opaco el proceso para que los proponentes no se pongan en contacto.
6. Multiplicidad de participantes.

7. Duración de los contratos, dado que ganarse el ciento por ciento de los contratos o que un contrato que se suscriba hoy vaya con vigencias futuras hace que no se vuelva a licitar, lo cual puede afectar.

8. Hacer compromisos de información de las sanciones, de manera que los proponentes definan qué conocen sobre las normas de colusión.

9. Declaratoria desierta de la licitación, dado que no se cumple y muchas veces se hace selección abreviada, lo cual perjudica la libre competencia.

10. Nuevas inhabilidades por cometer actos anticompetitivos, lo cual afecta también el libre mercado. Esto obedece a que no hay norma más anticompetitiva que sacar la misma competencia, puesto que si se presenta la delación lo que se hace es confesar la participación en un delito.

11. Suspensión de los procesos, toda vez que muchos problemas se presentan en la suspensión de los procesos. Esto se hace para cumplir con su deber de adjudicar bien.

12. Régimen de colusión: no obstante, si lo que ha ocurrido es una violación por parte de la entidad, es una violación al régimen general de la competencia.

13. Mecanismo para modificar las condiciones inicialmente pactadas: adición de contrato, modificación de plazo, reconocimiento de desequilibrio económico del contrato, cláusulas de indexación.

De acuerdo con la Corte Constitucional (Corte Constitucional de Colombia, C-887 de 2002), el reconocimiento del principio superior de la igualdad de oportunidades implica que el

legislador, al configurar el régimen de contratación estatal (Const., 1991, art.150) establezca procedimientos o mecanismos que le permitan a la administración seleccionar de forma objetiva y libre a quien haya hecho la oferta más favorable. Esto se hace mediante la fijación de reglas generales e impersonales que presidan la evaluación de las propuestas, para evitar incluir cláusulas subjetivas que reflejen motivaciones de afecto o interés hacia cualquier proponente. La intención es evitar predeterminar al sujeto —persona natural o jurídica— con quien ha de celebrarse el correspondiente contrato (Corte Constitucional de Colombia, C-887 de 2002).

Con el propósito de prevenir ese tipo de conductas, la presidencia de la república firmó en marzo de 2019 un decreto por medio del cual se buscó eliminar los denominados “pliegos sastre” (Presidencia de la República, 2019) y el Congreso de la República expidió la Ley 1882 (Ley 1882, 2018, 15 de enero). Ahora bien, de conformidad con el artículo 4° de esa Ley, se modificó el artículo 2° de la Ley 1150 (Ley 1150, 2007, 16 de julio) de la siguiente forma:

Parágrafo 7°. El Gobierno nacional adoptará documentos tipo para los pliegos de condiciones de los procesos de selección de obras públicas, interventoría para las obras públicas, interventoría para consultoría de estudios y diseños para obras públicas, consultoría en ingeniería para obras, los cuales deberán ser utilizados por todas las entidades sometidas al Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública en los procesos de selección que adelanten. (Ley 1150, 2007, 16 de julio, art. 2°)

Ahora bien, podría alegarse que estas medidas fueron posteriores al proceso que se adelantó por parte de la Procuraduría en contra del exgobernador, lo cual es cierto. Sin embargo, el artículo 29 de la Ley 80 de 1993 (Ley 80, 1993, 28 de octubre) establece que la selección del

contratista debe ser objetiva. De manera más específica, el artículo 30 de la misma Ley establece las reglas aplicables a las licitaciones o concursos y en el párrafo señala lo siguiente:

Parágrafo. Para los efectos de la presente Ley, se entiende por licitación pública el procedimiento mediante el cual la entidad estatal formula públicamente una convocatoria para que, en igualdad de oportunidades, los interesados presenten sus ofertas y seleccione entre ellas la más favorable. Cuando el objeto del contrato consista en estudios o trabajos técnicos, intelectuales o especializados, el proceso de selección se llamará concurso y se efectuará también mediante invitación pública. (Ley 80, 1993, 28 de octubre)

Como se observa, ese párrafo establece que la convocatoria se debe dar en igualdad de oportunidades para todos los proponentes, situación que no sucedió en el caso que es objeto de estudio en el presente trabajo.

En la práctica existen multitud de mecanismos a través de los cuales una entidad contratante puede generar condiciones específicas que favorezcan a un proponente. Así como puede hacerse referencia a la distancia entre la obra y un sitio para el suministro de materiales, pueden buscarse en otros casos otros aspectos que solo uno de los oferentes pueda cumplir, a pesar de que esos aspectos no redunden realmente en un beneficio para la entidad contratante. En este sentido, en la práctica resulta imposible que la legislación pueda tipificar todas y cada una de esas condiciones sujetas a la posibilidad de ser alteradas para favorecer a un determinado proponente.

Así mismo, resulta muy difícil que se pruebe en un proceso disciplinario o administrativo que una determinada cláusula se incluyó con el propósito premeditado de favorecer a un

determinado proponente. Sin embargo, sí existe en la legislación, concretamente en el régimen de contratación (Ley 80, 1993, 28 de octubre), una indicación específica y expresa sobre la obligación de que los procesos de contratación se adelanten garantizando igualdad de condiciones para todos los oferentes.

El hecho de que esta consideración no se haya incluido en los fallos de segunda instancia absolutorios tanto de la exsecretaria de hacienda como del exgobernador genera interrogantes sobre la adecuada aplicación del principio de proporcionalidad en este caso. Junto con los demás establecidos dentro del ordenamiento jurídico colombiano, este principio hace parte de un conjunto de valores que poseen un uso jurídico directo y que deben ser comprendidos como enunciados de índole normativo. Además, dichos principios poseen un contenido material que debe ser usado de manera inmediata dentro de cualquier actuación que realice la administración e irradian todo el ordenamiento nacional de forma eficaz, reglamentando todas las actuaciones administrativas.

Cabe señalar que la armonización concreta conlleva la recíproca limitación de los bienes que están en contraposición, a través de la concordancia práctica de las correspondientes normas establecidas en la Constitución. La intención es que se respalde su total efectividad. Dentro de ese proceso de armonización de los derechos el principio de proporcionalidad se infiere del deber de respetar los derechos ajenos. En el caso de estudio, hace alusión al hecho de respetar la rehabilitación, la recuperación y el mejoramiento de la vía secundaria entre Villahermosa y Líbano, a través del proceso de contratación realizado para alcanzar este propósito. La pretensión es no abusar de los derechos propios, es decir, de los derechos con los que contaba el entonces gobernador del departamento.

Estos aspectos tienen un papel fundamental dado que los límites que se tengan en la práctica de los derechos deben ser proporcionales, es decir, que no deben sobrepasar lo necesario para respaldar la máxima efectividad de los derechos que se encuentran en conflicto. Así mismo, en la delimitación proporcional de los bienes jurídicos que se encuentran en conflicto se hace indispensable cuando es real el objetivo social del Estado de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes que están estipulados en la Constitución. Con esto se busca evitar que, a través de la restricción sin justificación de los derechos, se llegue a debilitar el contenido de uno o varios de estos derechos.

Para proceder con el análisis de la Aplicación del principio de proporcionalidad, en las medidas de control disciplinario al Ex Gobernador del Tolima, además de tener en cuenta lo señalado hasta este punto, es necesario estudiar y analizar el proceso disciplinario respecto de los cargos endilgados por parte de la Procuraduría a Olga Lucía Alfonso Lannini, secretaria de hacienda del departamento y delegada para la contratación de la licitación, para el periodo de gobierno 2008-2011:

Para el fallo de primera instancia proferido por la Procuraduría primera delegada para la contratación estatal con radicación IUS 2009-372574 / IUC-D-2009-86-205975 frente a esta funcionaria, en el análisis realizado por la Procuraduría primera delegada se mostró que la funcionaria introdujo dentro del pliego de condiciones de la licitación una regla que le permitió el reconocimiento de una calificación superior al proponente, de modo que acreditara una determinada condición geográfica respecto de una propiedad minera sin importar que el porcentaje de participación en la propiedad de dicha mina fuera inferior al 50%.

En cuanto a la posición adoptada por la Sala que tuvo a su cargo la resolución de la primera instancia, se observa la falta de legalidad y transparencia puesto que la norma de calificación establecida no correspondía a una norma ni objetiva ni justa. La razón es que se le otorgaba mayor puntaje a quienes demostraran un porcentaje de propiedad sobre la fuente de materiales. En la adenda que ajustó el pliego de condiciones se instauró un método de calificación de calidad que le brindaba prelación a la propiedad de la fuente material. Sin embargo, no se tuvo en cuenta cuál debía ser el porcentaje mínimo de participación del proponente en la propiedad de la mina.

Frente a las posturas adoptadas por el despacho de la Sala Disciplinaria, en esta instancia se denota el posicionamiento adoptado por el delegado de la Sala con relación a la falta de consideración de principios tales como imparcialidad, buena fe e igualdad en los señalamientos hechos sobre la forma discriminatoria del empleo de los porcentajes de la propiedad para el manejo de los materiales. De hecho, la adenda estableció una ventaja de cincuenta puntos a quienes contaran con participación accionaria y les negó la posibilidad a los demás proponentes de acceder a esos mismos puntos si pudieran demostrar el acceso a esos mismos materiales por medio de otras modalidades contractuales. Ello sucedió sin que existiera dentro de los estudios previos una justificación válida para esa decisión.

Debe reiterarse que la calidad de propietarios no genera ventajas a un oferente frente a la calidad de la construcción, dado que solamente puede incidir en la disponibilidad permanente de los materiales. Adicionalmente, el hecho de no ser propietarios de la mina no necesariamente implica que los demás oferentes no pudieran acceder a los mismos materiales, como quiera que se trata de una mina que vende sus productos a quienes deseen adquirirlos.

Para esa Sala la cláusula de puntuación dentro del pliego de condiciones tuvo un manejo limitante y no objetivo, puesto que les otorgó 50 puntos a los oferentes frente a aquellos que no contaban con un socio directo que conformara el grupo de ofertantes. Por lo tanto, ello afectó la libre concurrencia del proceso. Debido a la forma como se estructuró la norma de puntuación, no se posibilitó que participaran más oferentes. Según las normas establecidas, no existen elementos de razonabilidad y proporcionalidad para que esta puntuación se estructurara de esa manera, como mecanismo de calificación.

Frente a estos hechos, también el despacho consideró que la señora Alfonso no tendría por qué conocer nada sobre la parte técnica; sin embargo, sí es imputable su responsabilidad puesto que ella conocía de las quejas que realizaron los proponentes acerca de la forma como se realizó la calificación. Adicionalmente, la Procuraduría regional del Tolima le había realizado observaciones en relación con este aspecto y fue ella misma la encargada de firmar los estudios previos dando aprobación.

De esa manera, el comportamiento que adopta la señora Alfonso en este cargo, según lo señala la Sala, no puede considerarse pasivo, puesto que transgrede el liderazgo y la dirección establecida por la Constitución Política (Const., 1991) acerca de los servidores públicos durante los procesos de contratación.

En relación con lo establecido por la Sala en el fallo de primera instancia, con base en el comportamiento adoptado por Olga Lucía Alfonso y después de efectuar la valoración de la conducta, se concluyó que dicha conducta estaba enmarcada como falta disciplinaria gravísima, estipulada en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 (Ley 734, 2002, 5 de febrero). Por esa razón, se declaró probado el primer cargo imputado por participar en actividad

precontractual con desconocimiento del principio de transparencia como secretaria de hacienda con funciones de ordenadora del gasto como delegada. Por ello, se le sancionó con suspensión del cargo por seis meses.

Frente a los cargos endilgados a Olga Lucía Alfonso Lannini, exsecretaria de hacienda del departamento como delegada para la contratación en el proceso de segunda instancia de la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación por el recurso de apelación del fallo en primera instancia con radicación IUS 2009-372574 (161-6014).

Se presentaron los planteamientos señalados como recurso de apelación que fueron interpuestos por el apoderado de la disciplinada Olga Lucía Alfonso Lannini. Así, se plantearon los puntos señalados en la impugnación presentada por su apoderado, planteamientos con los cuales se solicitó que se revocara el fallo sancionatorio de primera instancia en contra de la sanción impuesta por el primer cargo formulado. Esto se hizo con base en los juicios de responsabilidad señalados y en relación con las alegaciones que se presentaron por parte de la defensa.

En esa instancia la Sala presentó sus apreciaciones acerca del manejo dado sobre el requerimiento del primer cargo endilgado a la señora Alfonso Lannini y aportó la sustentación otorgada por el Comité Técnico de la Secretaría de Desarrollo Físico. Bajo esa sustentación argumentó los motivos por los cuales se debería modificar el punto 2.3 del pliego de condiciones, argumentos que fueron transcritos en la adenda nro. 3 de 2009. La intención fue brindar mayor garantía a la licitación en relación con los principios de transparencia y proporcionalidad, sin dejar de lado la responsabilidad que tiene la administración departamental de instaurar las condiciones requeridas para la correcta ejecución de sus recursos.

La Sala señaló que se debían tener en cuenta las declaraciones que rindieron ante la Procuraduría Regional del Tolima tres funcionarios que para la época de los hechos trabajaban en la Secretaría de Desarrollo Físico de la Gobernación de Tolima. Estos funcionarios señalaron la trascendencia que tenía para la realización de este proyecto contar con una fuente de materiales concreta y la incidencia de su ubicación en los costos de las obras.

Según las declaraciones de estos funcionarios, la Sala señaló que las pruebas analizadas fueron la base suficiente para que se generara la adenda nro. 3 a la licitación. Así, no se debía señalar que se tratara de argumentos no válidos, porque para demostrar lo contrario se requería que en el proceso disciplinario se hubiese ordenado un peritaje relacionado con el tema de debate, peritaje que no se llevó a cabo.

De esta forma, se sugirió que el material probatorio que se empleó frente a la actuación endilgada se debería evaluar a favor de la señora Alfonso Lannini. La razón es que no se debía sustraer la suscripción de un documento cuyas condiciones fueron concertadas por ingenieros que estimaron por escrito que resultaría provechoso para la entidad darle un plus al participante que demostrara propiedad de la fuente de materiales a una distancia no mayor a 35 km desde la cabecera del municipio de Villahermosa.

De igual manera, la Sala señaló que no se podía cuestionar que con la expedición de la adenda se restringiera la participación de los oferentes. Esto se debe a que el examen que efectuó la subdirectora de contratación y titulación minera del Servicio Ecológico de Colombia indicó que en esos municipios existen tres canteras de explotación de asfalto dentro del radio requerido de los 35 km. De lo anterior se infiere que podían haber existido seis proponentes, bien fuera a través de consorcio o unión temporal. Igualmente, se consignaron otros aspectos que permitieron

determinar que podían estar presentes otros posibles participantes y no existió soporte en la actuación que denotara que con la estipulación de una calificación mayor se buscó beneficiar al proponente, a quien finalmente se le adjudicó la licitación.

A través de esta valoración fáctica la Sala determinó que no existió irregularidad en la expedición de la adenda por parte de Olga Lucía Alfonso Lannini. Además, no desconoció el principio de transparencia, por lo cual tampoco incurrió en la falta gravísima descrita en el artículo 48 numeral 31 de la Ley 734 de 2002 (Ley 734, 2002, 5 de febrero), normatividad bajo la cual se sustentó el primer cargo formulado. Con base en este fundamento, el despacho revocó la decisión de primera instancia en relación con el cargo reprochado a esta disciplinada y la absolvió de responsabilidad disciplinaria.

Con todo y esto, cabe señalar que, para la aplicación del principio de proporcionalidad en el desarrollo y manejo que se dio a este dentro del fallo de segunda instancia, la Sala consideró que había desarrollado pleno conocimiento de todos los aspectos que constituyeran el reprochable actuar de la administración.

En este punto del escrito, es muy necesario precisar, que la valoración que se hace para la aplicación del principio de Proporcionalidad, gira entorno a la actuación de la administración en el proceso licitatorio como criterio principal para la motivación de la decisión por parte de la procuraduría, es decir, si las actuaciones del disciplinado satisficieron o no los elementos del test de proporcionalidad y ello conllevo a que, en los fallos, se tomara una decisión correcta o no.

Ahora bien, al estudiar los fallos que se generaron en el caso en cuestión, se observa que en el fallo de primera instancia del exgobernador Óscar Barreto Quiroga para decidir la medida

sancionatoria, se consideraron correctamente los componentes fundamentales que integran el principio de proporcionalidad sobre la actuación administrativa. En efecto, al momento de conformar la licitación pública y posteriormente durante la adjudicación se debió contar con elementos ajustados al objetivo que se buscaba, que era la recuperación y el mantenimiento de la vía Líbano-Villahermosa.

Vale la pena desarrollar elementos que conforman el test de proporcionalidad, expuestos por la doctrina y la Jurisprudencia comparada, como lo son la adecuación, necesidad y proporcionalidad *sensu stricto*.

En relación con el componente de la adecuación del principio de proporcionalidad, se considera que este componente sí fue correctamente evaluado como criterio para determinar la sanción. Efectivamente, no existió un vínculo causal entre las actuaciones desplegadas por la administración y el objetivo que se buscaba satisfacer con el transparente y objetivo desarrollo de la *Licitación 011 de 2009* para la consecución del fin perseguido.

En cuanto al criterio de necesidad, este también fue estimado para tomar la decisión de instancia y se pudo considerar que de la actuación desplegada por los servidores de la gobernación, no se configuran los supuestos de un transparente proceso para escoger un ejecutor de un contrato estatal, es decir las medidas adoptadas no fueron las más aptas para las finalidades perseguidas por un proceso licitatorio. De hecho, en la licitación sí existían los requerimientos de la población para que dicha vía tuviera mejora como consecuencia de la recuperación y del mantenimiento. Además, se puede determinar que dentro del pliego licitatorio existía una cláusula referente a las opciones que tenían los oferentes para competir a través de unos puntajes que les permitieran conseguir la adjudicación a su favor. Lo anterior indica que no se justificó el

favorecimiento mediante una cláusula adicional que reconociera un puntaje adicional que solamente uno de los oferentes podía cumplir.

Ahora bien, los términos licitatorios fueron configurados de manera tal que se asumió por parte de la administración del departamento de Tolima que la obra, la entidad contratante o los usuarios de la vía recibirían algún beneficio por el hecho de que la mina de donde se tomaría el material necesario para el mantenimiento de la vía se localizaba a una determinada distancia del sitio de intervención. Sin embargo, no se demostró que ese beneficio existiera realmente, por lo que el puntaje que recibió el oferente beneficiado no tenía ninguna justificación técnica o económica que le diera validez.

Lo anterior quiere decir que para determinar la decisión del fallo, implícitamente, la Procuraduría, consideró que no se hizo un apropiado uso del principio de proporcionalidad *sensu stricto*, puesto que el mismo implica que el deber ser del proceso licitatorio fuera equivalente y acorde a las actuaciones desplegadas por el disciplinado. En este caso, cada reglamentación que se hubiera incorporado dentro del contrato licitatorio debió haber tenido una valoración confiable e integral de todos los beneficios y costos que tuvieran que ver con la reglamentación instaurada. El hecho de que no se justificara el puntaje adicional concedido al oferente fue la razón para considerar necesaria la medida disciplinaria impuesta por la Procuraduría.

Por otro lado, en cuanto a la correcta evaluación del principio de proporcionalidad, como eje y criterio para tomar la decisión final en el fallo de segunda instancia, existen ciertas dudas, aclarando que, según los objetivos del trabajo, la aplicación del principio es con respecto a los componentes, que sirvieron como criterios de valoración, para aplicar la decisión que se tomó.

Para llegar a la afirmación anterior, y en aras de no confundir el principio de proporcionalidad con otros principios dentro del ordenamiento jurídico, se requiere precisar en diferentes aristas, que han sido desarrolladas a lo largo del escrito haciendo hincapié y empezando por los cuatro elementos o subprincipios, conformadores del principio objeto de estudio.

En primer lugar, con respecto al elemento de **Finalidad**, según el cual, se debe verificar que la medida que se está evaluando está orientada a la satisfacción de bienes jurídicos relevantes, o si, por el contrario, genera restricciones o mermas en la satisfacción de otros intereses o derechos.

En el caso de estudio, puntualmente en la segunda instancia, no se consideró el criterio de finalidad del principio, como factor para adoptar la disposición de control disciplinaria tomada como quiera que las medidas adoptadas por parte del disciplinable durante el proceso licitatorio 011 del 2009, no estuvo enfocado en proteger los bienes jurídicos de la entidad contratante o de la ciudadanía, para evitar limitaciones o disminuciones en la satisfacción de otros intereses, sino que por el contrario se generaron restricciones, tanto para los oferentes como para la ciudadanía.

Y como muestra de lo anteriormente expuesto, es que, en los fallos de segunda instancia absolutorios tanto de la exsecretaria de hacienda como del exgobernador, no se haya considerado la obligación de que los procesos de contratación se adelanten garantizando igualdad de condiciones para todos los oferentes.

En segundo lugar, en referencia con la **Idoneidad**, que es el subprincipio, que determina si el reglamento propuesto es un instrumento adecuado que conduce al logro del objetivo previsto.

En un principio por objetivo previsto, debía entenderse, la selección objetiva de un contratista para que ejecutara la recuperación y el mantenimiento de la vía. En este sentido, existía un suficiente grado de probabilidad de que se pudiesen alcanzar los objetivos mediante la materialización de un correcto actuar de la administración, pero como no fue así, pues ni hubo selección objetiva, ni sanción por ese incumplimiento.

Seguidamente, en cuanto a la **Necesidad**, como tercer elemento o criterio para evaluar si la proporcionalidad de la actuación administrativa fue considerada dentro del fallo de segunda instancia, se debe precisar que este subprincipio, lo que exige es que el objetivo de la regulación, en este caso del actuar administrativo, no pueda alcanzarse con otras soluciones menos onerosas.

Es necesario mencionar que, en efecto, la legislación obliga a realizar la selección objetiva, imparcial y transparente del contratista mediante concurso de licitación pública. En el caso de la adecuación y del mejoramiento de la vía Líbano-Villahermosa, este supuesto no se cumplió. La razón es que la imparcialidad se violó en el momento en que se reconoció de manera injustificada un puntaje adicional a uno solo de los oferentes que tenía una condición que no redundaba en ningún beneficio técnico o económico para el Estado y lo que demuestra es que el camino por el que optó la administración del Tolima en el trámite de selección del constructor, fue el camino más oneroso y por supuesto sin ningún beneficio para la comunidad por parte de la Gobernación, el hecho de que no se aplicara una correcta evaluación de la necesidad como ítem del principio de proporcionalidad, fue gravísimo, pues ello conlleva a la inaplicación de

una pena o castigo a aquellos que quebraron el equilibrio, la transparencia y la imparcialidad en la selección del contratista.

Finalmente, el cuarto elemento o subprincipio, que es **la Proporcionalidad Sensu Stricto**, que, en resumen, requiere el equilibrio adecuado entre los costos incurridos por los destinatarios de la regulación y el beneficio obtenido por la sociedad, lo que, para el caso, quiere decir que la actuación del disciplinado tenía que haber sido equivalente y justa, con respecto a las necesidades y requerimientos de las comunidades principalmente de los municipios del Líbano y Villa Hermosa.:

A diferencia de lo argumentado por la Procuraduría en segunda instancia en el proceso de la exsecretaria Olga Lucia Alfonso que termino con su absolución y por consecuencia también con la absolución de su delegante ; lo cierto es que el concepto del Comité Técnico de la Secretaría de Desarrollo Físico que esgrimió la defensa de la entonces secretaria de hacienda ante la Procuraduría no sustenta ninguna ventaja técnica real que pudiera tener el material de la mina que sirvió de base para otorgarle al proponente ganador 50 puntos de ventaja sobre los demás oferentes. Así mismo, tampoco se asoció ese puntaje al hecho de que el material de esa mina, en el caso de que otorgara alguna ventaja técnica, fuera efectivamente empleado en la realización de las obras objeto de la licitación. Esto obedece a que el puntaje se otorgó por el solo hecho de acreditar su condición de accionista de la mina, más no porque el material fuera efectivamente utilizado.

Lo que quiere decir, es que, la propiedad en sí misma, no aporta ningún elemento adicional a la calidad de la construcción más allá de la disponibilidad permanente y absoluta de los materiales, hecho que también era susceptible de garantizarse, siempre que existiera de por

medio un contrato de arrendamiento o suministro con reglas claras y cláusulas de explotación y uso que facilitaran la utilización de los recursos que de ella emanaban.

Si lo que se buscaba era compensar con puntos el ahorro en los costos de la obra, el puntaje adicional no debería haberse asignado por el hecho de que el proponente fuera accionista de una mina, sino por un menor precio en el valor de la obra. Por el contrario, la forma como se diseñó la adenda condujo a que se incentivara el empleo de unos materiales más económicos, es decir, una mayor utilidad para el contratista, a quien, adicionalmente a ese beneficio, se les otorgó una ventaja frente a los demás proponentes.

De otra parte, es importante anotar que las explicaciones dadas por las personas que rindieron testimonio en este proceso no resultan oportunas para descreditar la falta de objetividad de la puntuación relacionada con la exigida propiedad de la fuente de materiales, pues además de no aludir a ella en ningún escrito de la licitación, tampoco se encuentra sustento a sus aseveraciones en los documentos que soportan el proceso contractual, entre ellos el concepto de 28 de septiembre de 2009¹⁰⁵ suscrito por el Comité Técnico de la Secretaría de Desarrollo Físico de la Gobernación del Tolima que los testigos hacían parte y en el que sólo se habló de la distancia-; por lo tanto, en este momento procesal, tales explicaciones resultan extemporáneas y no susceptibles de hacer invencible el error de la ordenadora del gasto.

En el mismo sentido, el argumento de que los demás proponentes de la licitación también podrían haber accedido a otras minas localizadas dentro del mismo radio de los 35 kilómetros de distancia con la intención de obtener los 50 puntos previstos en la adenda, parte del supuesto de que los propietarios de esas otras minas estuvieran dispuestos a ceder un porcentaje de su

propiedad. Ese supuesto no necesariamente es real, por lo cual no puede utilizarse como argumento para descartar el favorecimiento que se hizo en favor de uno de los oferentes.

Sumado a lo anterior, si el beneficio del puntaje adicional se podía obtener por el hecho de que la mina se localizara dentro de un radio de 35 kilómetros medidos desde el municipio, ello implica que realmente no se trataba de un incentivo para premiar la calidad del material dado que no necesariamente todas las minas dentro de ese radio tienen la misma calidad de material. Esto muestra que la intención que se tuvo al crear esa adenda no fue realmente la de incentivar el empleo de una mejor calidad del material. Tampoco se podría argumentar que se intentara beneficiar la velocidad en ejecución de la obra, puesto que la diferencia entre las diferentes minas de la región respecto de esta variable seguramente sería mínima. Igual podría predicarse del precio.

Aunque, en el hipotético caso de que el puntaje adicional se derivara de la economía que el contratista pudiera obtener en la realización de la obra como consecuencia de utilizar materiales provenientes de una mina de la cual fuera accionista, esa sería una ventaja para el proponente que no generaba ningún beneficio al Estado, ni sus administrados, por lo cual es preciso y concluyente que no se estudió la aplicación del subprincipio de la **proporcionalidad en sentido estricto**

Otros componentes, que permiten valorar que la actuación de la administración como un estándar de racionalidad que pondera la optimalidad de la decisión de control disciplinario que fue adoptada por la Procuraduría General de la Nación, en segunda instancia, no cumplió, con lo estipulado por el principio de proporcionalidad, es el estudio en conjunto de este principio, junto con los otros principios de configuración de la responsabilidad disciplinaria; y es que como ya se

observó, teniendo en cuenta lo señalado en la Sentencia C-796 de 2004, a través de la cual la Corte Constitucional reiteró la necesidad de que, en el derecho disciplinario, al momento de definir la aplicación de sanciones, se dé cumplimiento a los principios rectores del debido proceso (Corte Constitucional de Colombia, C-796 de 2004) Con ello se refirió la Corte **a los principios de legalidad, tipicidad y proporcionalidad** como método de control a la potestad de sanción con la que cuenta el Estado en esa área de la función pública, y como respaldo frente al respeto a los derechos esenciales de la persona investigada.

Por lo cual es evidente que existe una intrínseca relación entre los principios de proporcionalidad, legalidad y tipicidad como límite o control a la potestad sancionadora del Estado, no obstante no se pueden confundir tales principios entre sí.

Prueba de la interconexión, entre el principio de proporcionalidad y los principios de legalidad y tipicidad con sus respectivos componentes de configuración de responsabilidad disciplinaria, es el hecho de que el principio de proporcionalidad debe conformarse como rector del proceso, por lo cual, la sanción debe estar directamente vinculada con la gravedad de la falta, según como esta se haya cometido y muy importante, debe operar también, como un límite al margen de discrecionalidad que detenta la Administración Pública al momento de establecer el quantum de la sanción aplicable, de tal suerte que sea visto como garantía reconocida a la luz del debido proceso en el ámbito del derecho sancionador que debe operar también, a favor del investigado, por lo tanto implica que, los hechos imputados I) se encuentren previamente calificados como faltas en la norma aplicable, II) que el hecho sancionado se encuentre plenamente probado, y III) que se ponderen las circunstancias concurrentes con el propósito de

alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida.

Pues bien, el numeral primero, referente a que los hechos imputados se encuentren previamente calificados como faltas en la norma aplicable, es una clara manifestación del principio de tipicidad, el cual implica que el actuar del disciplinado, se debe ajustar a los presupuestos detalladamente establecidos como conducta sancionable, elementos objetivos (definición clara y precisa de la conducta y subjetivos (dolo, culpa) y que tiene el fin de garantizar la libertad y seguridad individuales, para lo cual establece anticipadamente y de manera clara e inequívoca cuáles comportamientos se deben sancionar.

En síntesis, el principio de Proporcionalidad como test de los factores que permitan llegar a la sanción o a nivel de esta, debe ser visto como una garantía reconocida a la luz del debido proceso, que implica que los hechos imputados entre otros cumplan con el principio de Tipicidad, para a su vez, ser visto como una manifestación del principio de legalidad de conformidad al artículo 29 de la Constitución.

Entendiéndose el principio de legalidad, como aquel que circunscribe el ejercicio del poder público al ordenamiento jurídico que lo rige, “de manera que los actos de las autoridades, las decisiones que profieran y las gestiones que realicen, estén en todo momento subordinadas a lo preceptuado y regulado previamente en la Constitución y las leyes.”

En el mismo sentido, la Corte también se ha referido al derecho al debido proceso consagrado por el artículo 29 de la Constitución Política (Const., 1991), lo cual implica garantías tanto sustanciales como procesales. En virtud del principio de legalidad, la Corte reconoce que le

corresponde al legislativo determinar cuáles son las conductas o comportamientos que se deben considerar reprochables y merecedoras de sanción, en la medida en que atenten contra bienes jurídicos que merecen protección.

De manera, que se puede concluir que en el fallo de segunda instancia, aunque la determinación operó a favor del investigado, lo hizo sin cumplir los requisitos anteriormente expuestos y además, el principio de proporcionalidad no obró como rector del proceso porque la decisión fue proferida, en primer lugar sin aplicar el test de proporcionalidad para evaluar la conducta reprochable y también sin cumplir ni adecuarse a la debida discrecionalidad que detenta la Administración Pública al momento de establecer el quantum de la sanción aplicable.

Por demás, la aplicación de los componentes que conforman la prueba de proporcionalidad se realiza cuando se trata de ejercer control e interpretación constitucional, violación o enfrentamiento de derechos fundamentales. En el caso objeto de estudio se ha debido utilizar un juicio de proporcionalidad debidamente sustentado que permitiera verificar la aplicación del principio de proporcionalidad con base en la situación estudiada para establecer la primacía de este en relación con las determinaciones que se fueran a adoptar. De esta forma se hubiera generado certeza de no sacrificar o desproteger derechos, principios o bienes jurídicos de todos los oferentes o del Estado, así como de los usuarios de la vía.

Este principio de proporcionalidad debe ser utilizado tanto por el servidor público disciplinado, como por el operador de justicia, en mayor medida en casos en los que se busque instaurar un límite a la libertad, comprendida también como principio. Ese límite se debe fundamentar en un test de proporcionalidad, con lo que se puede determinar que la decisión se justifica para el propósito que se persigue.

De esa forma, se busca garantizar una justicia que actúe en beneficio del ciudadano, que las instituciones sean transparentes y que todos incluyendo a los demás proponentes cuenten con las garantías que deben existir en un Estado social de derecho.

En la actualidad, ha sido tan sólida la conformación del principio de proporcionalidad como rector del proceso que en la Ley 1952 de 2019 (Ley 1952, 2019, 28 de enero), por la cual se expide el Código General Disciplinario, además de fijarse en su artículo 6 que la imposición de la sanción disciplinaria deberá responder a los principios de proporcionalidad y razonabilidad, en el artículo 238 estipula que la violación al principio de proporcionalidad es una causa directa para el recurso extraordinario de revisión. Este procede ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa contra las decisiones sancionatorias ejecutoriadas dictadas por la Procuraduría General de la Nación en ejercicio de la potestad disciplinaria jurisdiccional.

Por todo lo anterior, en particular considerando la aplicación del test proporcionalidad sobre la actuación de la administración en el proceso licitatorio, como criterio de valoración para llegar a la sanción disciplinaria, sobre el cual, lógicamente se evaluaron tanto los subprincipios del principio de proporcionalidad, como los elementos de configuración de responsabilidad disciplinaria; permitió que se demostrara amplia y suficientemente la inaplicación del principio de Proporcionalidad en el fallo de segunda instancia del Ex Gobernador de Tolima.

CONCLUSIONES

En el análisis del caso concreto de la licitación de las obras para el mantenimiento de la vía en inmediaciones del municipio de Villahermosa se demostró que la Procuraduría se acogió al principio de proporcionalidad al estudiar la actuación de la administración como un estándar de racionalidad cuando profirió el fallo de primera instancia descrito en el numeral 1 del capítulo 5 (Fallo de Primera instancia) y analizado en el capítulo 6 (Valoración de la aplicación del principio de proporcionalidad en el caso investigado). En efecto, la aplicación del test de proporcionalidad permitió evidenciar que existieron razones legalmente válidas y sustentadas para imponer las sanciones definidas en esa instancia.

Caso contrario se presentó en la segunda instancia dado que en esa ocasión la Procuraduría presentó unos argumentos, en los que se evidenció que no se valoraron los preceptos de los subprincipios de finalidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad sensu estricto; sobre el actuar de la Administración Pública del Tolima como un patrón evaluativo que pondera la optimalidad de la decisión, actuación que además carece de solidez técnica, jurídica y económica. Conclusión soportada en la descripción desarrollada en el numeral 2 del capítulo 5., (Fallo de Segunda instancia) y analizada en el numeral 6 (Valoración de la aplicación del principio de proporcionalidad en el caso investigado) De ahí se afirma que, en este caso, el fallo de segunda instancia se apartó notoriamente del principio de proporcionalidad.

De esta manera, como se ha mostrado a lo largo de la investigación, el objeto de esta tesis es mostrar el grado de eficacia del principio de proporcionalidad dentro de los fallos disciplinarios contra el exgobernador y contra la exsecretaria de Hacienda, valorando

componentes que configuran la responsabilidad disciplinaria y no únicamente el quantum de la sanción aplicable.

Ello aconteció pese a que se configuraron todos los supuestos del principio desarrollados en esta investigación en su numeral 3 (del principio de proporcionalidad y la trascendencia en su adopción), del cual además se reflejó en la introducción, que la proporcionalidad se ha usado en otros procesos similares a este. A raíz de ello, se puede afirmar que el caso objeto de estudio se convirtió en una rareza y un problema dentro del ordenamiento jurídico colombiano. La razón de ello es que en segunda instancia: ni el actuar del disciplinado ni las sanciones fueron equivalentes a los deberes y obligaciones estatales, de tal manera, no se cumplió la finalidad de función pública, generando consecuencias negativas.

De lo anterior es necesario precisar que en el estudio de los fallos de primera y segunda instancia, se podía estudiar la aplicación del principio de proporcionalidad desde dos ópticas que aunque relacionan, son diferentes, la primera el juicio de proporcionalidad sobre la actuación administrativa por parte de la parte disciplinada como parámetro optimizador de la decisión y la segunda, netamente del juicio de proporcionalidad sobre la sanción disciplinaria, es decir valorar la proporcionalidad de la graduación de la falta según el comportamiento del disciplinado, pero sin inmiscuirse en más asuntos como el análisis del actuar. En el presente escrito académico, se optó por profundizar en la primera óptica.

En la segunda instancia, del caso objeto de estudio, se vieron limitados y vulnerados muchos principios, y postulados del ordenamiento jurídico colombiano, pero concretamente de la contratación estatal por lo cual, es menester recordar que conforme al, numeral 1 del capítulo 4 del Estado del arte (entre el dolo y la culpa en el derecho disciplinario), únicamente se puede

justificar la limitación de derechos y libertades cuando se busca el amparo de bienes jurídicos que se ven realmente amenazados.

Sin olvidar, que en el ordenamiento jurídico disciplinario es determinante manifestar que el uso de la pena estipulada en la norma se debe realizar conforme al grado de culpabilidad del sujeto, De tal forma, el juicio de proporcionalidad es individual para llegar correctamente al castigo que se debe implantar y que debe guardar simetría con el comportamiento (al que para optimizar la decisión se le debería aplicar un test de proporcionalidad), así como la culpabilidad al sujeto al que se le imputa.

De tal modo, se puede señalar que el principio de proporcionalidad no se encuentra explícito en la Constitución Política (Const., 1991), pero sí se encuentra implícito y surge del artículo 12 superior. En este se señala que nadie será sometido a penas crueles, interpretándose a través del derecho disciplinario el parámetro que elude tanto al actuar de los servidores públicos como la imposición de sanciones crueles. Además, se encuentra una relación con el artículo 13 de la Constitución Política (Const., 1991) que señala el trato igualitario a las personas con base en el criterio de diversidad. Así se pudo ver en el análisis que se hizo en el numeral 1.1 de capítulo 4 (La categoría dogmática de la tipicidad en materia disciplinaria), cuando se estudió la jurisprudencia de la Corte Constitucional en relación con la antijuricidad.

Lo mencionado hasta acá significa que las autoridades del Estado deberán, de igual forma, brindar un trato igualitario y con garantías para cada caso en particular. Como se sabe, no todos los casos son semejantes, por lo que surge la proporción fundamentándose en las particularidades de cada caso. Con base en ello es que se deberá proceder.

Este principio aplicable en la sanción a impartir se ubica como un mecanismo esencial para ser utilizado por los jueces en el control y enjuiciamiento de toda intervención pública sobre derechos y libertades. De igual manera, se utiliza para componer la parte administrativa en el exceso de sus poderes y alcanzar un equilibrio con el ejercicio de las libertades esenciales. Dicho principio en el derecho disciplinario corresponde a la manifestación de legalidad, que es un límite a la arbitrariedad en la potestad sancionadora del Estado.

En concordancia con lo anterior, es válido mencionar que la Corte Constitucional, se ha referido a la interconexión de los principios de legalidad, tipicidad y proporcionalidad, en razón a que operan como método de control a la potestad de sanción con la que cuenta el Estado en esa área de la función pública, y como respaldo frente al respeto a los derechos esenciales de la persona investigada, lo que les permite ser vistos como garantías reconocidas a la luz del debido proceso en el ámbito del derecho sancionador que deben operar en gracia del investigado.

De igual manera, se debe señalar que la dogmática que se aplica al derecho disciplinario conforma una disciplina que se usa en el contexto jurídico del país, primordialmente por los juristas y operadores judiciales. En este marco, los postulados teóricos brindados por la doctrina que se considera como fuente primaria en el proceso investigativo son usados para aplicar el derecho disciplinario. El fin es establecer y resolver las dificultades que proyecta la práctica jurídica.

En esta clase de derecho el entorno u objeto de protección lo conforman las disposiciones normativas que se crearon con el fin de regular el ejercicio de la función pública. Por lo tanto, el fin que tiene la sanción es respaldar la vigencia de la norma y el resultado se comprende como el quebrantamiento de esta. Este asunto fue reiteradamente señalado a lo largo del trabajo,

especialmente durante el desarrollo del estado del arte que se presenta en los diferentes puntos del numeral noveno.

Debe añadirse la importancia de la revisión que se le realice a la aplicabilidad del principio de proporcionalidad en el manejo de los diversos casos que se presenten a nivel sancionatorio en el país. Esto es relevante si se tiene en cuenta que este principio no se encuentra taxativo dentro de las normas, porque estas responden a lineamientos fácticos, sociales, filosóficos, éticos y políticos de los Estados, básicamente en los regímenes constitucionales.

De este modo, no es factible establecer un catálogo de aplicabilidad de este principio de proporcionalidad. La razón es que ello depende de los casos específicos donde se desarrollen y para los cuales se requiere la aclaración del concepto en la determinación del caso para el cual se aplica. Así, tanto los principios como las reglas se estiman como normas jurídicas puesto que instauran un deber ser y demandan un determinado comportamiento.

Siendo así, se concluye que la discrecionalidad con la que logre contar la administración en determinados casos no puede ser absoluta. Por el contrario, se fundamenta en relación con los fines concretos y la proporcionalidad entre la determinación de la administración y los sucesos que son la base de esta. De tal forma, la decisión que adopta la parte administrativa se debe basar en motivos ciertos y suficientes que posibiliten distinguir la actuación administrativa discrecional de la arbitraria, así como un factible abuso a causa de las facultades otorgadas a los administradores de justicia.

De lo anterior, se puede concluir que, con casos como el mencionado, en donde no se da una correcta aplicación del principio de proporcionalidad respecto a la evaluación de

componentes para considerar la sanción de funcionarios públicos que incurrieron en conductas reprochables; se ve materializada la frustración de muchos de los ciudadanos de un país dado que, de alguna manera, surgen interrogantes y desconfianza hacia las instituciones públicas, los dirigentes políticos e, incluso, la soberanía de la voluntad y la democracia. Por ejemplo, actualmente los dos protagonistas de los procesos disciplinarios en los cuales no se aplicó el principio de proporcionalidad en segunda instancia se encuentran vigentes y con gran auge en el departamento. Así las cosas, Olga Lucia Alfonso es actual directora de Cortolima, la corporación autónoma regional y de desarrollo sostenible en el Tolima, y el señor Barreto Quiroga además de ser actualmente Senador electo, abiertamente apoyó al actual Gobernador del Tolima y a un gran número de alcaldes, incluido el de Ibagué, dentro del departamento.

Es así como muchos de los procesos contra los políticos son dilatados, fallados contrario a derecho y, sobre todo, permeados por la corrupción. Dicha permeabilización se extiende en el tiempo y en el manejo institucional porque cada vez se rinden menos cuentas y se dan menos resultados justos, lo que deriva en una disminución en la participación política.

Sin perjuicio, de que subsiste una percepción generalizada, de que Colombia es un país que funciona con corrupción, tal como se reflejó en la parte introductoria del trabajo materializada en el capítulo primero denominado Categorías relevantes para el entendimiento el principio de proporcionalidad, especialmente lo concerniente al apartado de la función administrativa y el buen gobierno; que resumen lleva al entendimiento de que los ciudadanos incurren en actuaciones reprochables para obtener un beneficio individual.

Ello se traduce en un aumento de la degradación moral de la sociedad dado que a los ciudadanos no les parece mal realizar actos reprochables. Es cierto que en la teoría y en la

normatividad el país debería funcionar correctamente. No obstante, la inoperatividad de las normas formales y el correcto funcionamiento de las instituciones públicas arroja como resultado indiferencia y tolerancia frente a los comportamientos ilegítimos de los líderes y, en general, el Estado.

Otro aspecto y consecuencia importante a tener en cuenta es la economía. Es que, indeleblemente los costos económicos de una mala administración son millonarios, lo que genera pérdidas económicas difíciles de recuperar, ineficacia económica y competencia desleal. Más allá de perjudicar a sus competidores, aquellos que ofrecen sobornos o favores la mayoría de las veces no realizan un buen trabajo ni desempeñan una buena labor para poder cumplir con lo prometido.

Como puede colegirse, la inversión estatal se reduce como quiera que los recursos se desvían de su verdadero destino. La causa es que existen compromisos privados dentro de la administración pública. La financiación de la educación, la vivienda y las inversiones en salud e infraestructura se vuelven recursos privados de la burocracia, mientras que los ciudadanos se polarizan apoyando supuestos regímenes o posturas políticas bien sea por convicción, desinformación o interés particular.

Esta brevísima exposición basta para comprender que los flagelos ya descritos generan pérdida de la legitimidad del Estado, provocando sensación de atraso o subdesarrollo en vertientes sociales, culturales y económicas. Incluso, cada vez son más evidentes la violencia, la desigualdad, y el clientelismo, aspectos que, junto con la pérdida de los valores éticos, son los móviles para alcanzar propios y egoístas intereses de algunos pocos, sacrificando el desarrollo y los objetivos del interés general.

REFERENCIAS

Bibliografía.

- Alexi, R. (2002). *Theory of constitutional rights*. Oxford University.
- Alexy, R. (1997). *El concepto y la validez del derecho*. Gedisa.
- Arenas, H. (2014). *El régimen de responsabilidad subjetiva*. Editorial Legis.
- Andrés, M. (2008). *El principio de proporcionalidad en el procedimiento administrativo sancionador*. Editorial Bosch.
- Aristóteles. (2017). *La Política*. Editorial Biblioteca Nueva..
- Benito, B., Guillamón, M., Ríos, A y Bastida, F. (2018). Can salaries and re-election prevent political corruption? An empirical evidence. *Revista de Contabilidad*, 21(1), 19-27.
- Bernal, C. (2014). El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculantes para el legislador. Universidad Externado.
- Botero, J., Marín, J. y Maury, J. (2015). Alcances y límites al control de los actos administrativos de carácter disciplinario ejercido por el Consejo de Estado de Colombia. *Nuevo Derecho*, 153-174.
- Control Disciplinario. (2017). Faceta Jurídica

Comella, V. (2020). Más allá del principio de proporcionalidad. *Revista Derecho del Estado*, (46), 161-188.

Corbetta, P. (2007). *Metodología y técnicas de investigación social*. McGraw Hill.

Cordero Quinzacara, E. (2014). Los principios que rigen la potestad sancionadora de la Administración en el derecho chileno. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLII*, 399-439.

Covarrubias, I. (2018). El Principio de Proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán: más allá de Alexy. *Ius et Praxis*, 24(3), 477-524.

Crespo, A. (2018). El dolo y sus implicaciones en el derecho disciplinario. *Vis Iuris. Revista de derecho y ciencias sociales*.

Daza, F. (2009). *La naturaleza jurídica del derecho disciplinario, ¿autónoma e independiente?* Actualidad Jurídica.

De la Torre, M. (2018). Optimización de principios frente a limitación del gobierno: dos concepciones doctrinales del análisis de proporcionalidad. *Revista Española de Derecho Constitucional*,(114), 73-102.

Duguit, L. (1924). *Soberanía y Libertad*. Librería española y extranjera.

Instituto de Estudios del Ministerio Público. (2007). *Lecciones de derecho disciplinario. Volumen II, obra colectiva*. Imprenta Nacional.

Fazio, F. (2019). Examen de proporcionalidad y adjudicación judicial de derechos sociales constitucionales. *Isonomía*, (51), 95-115.

Fernández, J. (2009). *Derecho penal fundamental. Introducción a la Teoría del delito*. Editorial Temis.

García de Enterría, E. (2004). Curso de derecho administrativo. (2ª edición, Madrid, Civitas, 1981), II, p. 161.

Gammelgaard, B. (2017). The qualitative case study. *Londres: International Journal of Logistics Management*.

Gómez, C. (2009). *Lecciones de derecho disciplinario*. Instituto de Estudios del Ministerio Público.

Gómez, C. (2017). *Dogmática del derecho disciplinario*. Universidad Externado de Colombia.

Hernández, R., Fernández, C. y Baptista, P. (2017). *Alcance de la Investigación*. McGraw Hill.

Hernández, C. y Jiménez, C. (2017). *Robert Alexy y la ponderación en la Corte Constitucional*. Universidad Libre.

Hernández, R., Fernández, C. y Baptista, P. (2014). *Metodología de la investigación*. McGraw-Hill.

Hincapié, D. y García, L. (2016). Las conductas punibles y faltas contra la disciplina y el servicio en la justicia penal militar y en el reglamento de régimen disciplinario. *Revista Científica General José María Córdova*, 14(18), 49-72.

Huber, P. (2019). 70 años de Ley fundamental-cambio constitucional y federalismo. *Revista Cuadernos Manuel Giménez Abad*, (18), 20-35.

Ibler, M. (2016). *Los nuevos retos y tendencias del derecho administrativo en Alemania*. IUSTA, 2(45).

Jakobs, G. (1995). *Derecho penal. Parte general*. Marcial Pons.

Marín, H. (2007). *Discrecionalidad Administrativa* Universidad externado de Colombia.

Mejía, J. y Quiñones, S. (2014). *Procedimiento Disciplinario*. Doctrina y Ley.

Mestre, J. (1991). *Potestad sancionadora de la administración pública*. Civitas.

Ministerio de Transporte. (6 de marzo de 2019). *Gobierno Nacional acaba con los pliegos sastre en infraestructura de transporte*.

Ocampo, J. (2018). Análisis jurídico penal sobre los tipos penales dirigidos a sancionar el feminicidio dentro de la legislación penal colombiana. *Revista Logos Ciencia & Tecnología*, 43-57.

Ordóñez, A. (2009). *Justicia disciplinaria de la ilicitud sustancial a lo sustancial de la licitud*. Universidad Industrial de Santander.

Pinzón, J. (2016). *La culpabilidad en el derecho disciplinario*. IEMP Ediciones.

Procuraduría General de la Nación. Instituto de Estudios del Ministerio Público (2012), "Procedimiento Ordinario Disciplinario.

Ramírez-Torrado, M. L., & Aníbal-Bendek, H. V. (2015). Sanción Administrativa en Colombia / Administrative Penalty in Colombia. Universitas, 131, 107–148

Restrepo, M. y Nieto, M. (2017). *El derecho administrativo sancionador en Colombia*. Universidad del Rosario.

Roa, D. (2014). El principio de proporcionalidad: cortapisa al abuso de la potestad disciplinaria. *Derecho Penal y Criminología*, 35(99), 139-156.

Roxin, C. (1997). *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Civitas.

Rúa, C. (2013). La legitimidad en el ejercicio del poder político en el Estado Social de derecho: una revisión desde el caso colombiano. *Ius et praxis*, (2).

Salcedo, J. (2016). La protección constitucional de las víctimas en Colombia desde la óptica del derecho disciplinario con énfasis en la garantía consagrada en la Ley 1448 de 2011. *Verba luris*, (35), 85-95.

Sánchez, E. (2017). *Dogmática practicable del derecho disciplinario*. Nueva Jurídica.

Sánchez, M., Rodrigues, A. y Costa, A. (2018). Desde los métodos cualitativos hacia los modelos mixtos: tendencia actual de investigación en ciencias sociales. *RISTI. Revista Ibérica de Sistemas e Tecnologias de Informação*, (28), 28-42.

Schwarz, J. (2015). *Democracy in the dark: the seduction of government secrecy*. The New Press.

Teherani, A. (2015). Choosing a qualitative research approach. *Journal of graduate medical education*, 669-670.

Tirado, J. (2011). Principio de proporcionalidad y sanciones administrativas en la jurisprudencia constitucional. *Revista de Derecho Público*, (67), 457-467.

Tsakyarakis, S. (2009). Proportionality: An assault o human rights. *Revista Internacional de Derecho Constitucional*, 7(3), 468-493.

Universidad del Rosario. (2022). ranking del Índice Departamental de Competitividad 2022. Bogotá: Universidad del Rosario.

Villegas, O. (2015). *El Proceso Disciplinario: Ley 734 de 2002*. Gustavo Ibáñez.

Welzel, H. (1956). *Derecho penal. Parte general. Antijuricidad y adecuación típica*. Roque Depalma Editor.

Yin, R. (2018). *Case study research. Design and methods*. Sage Publications.

Constitución

Constitución Política (Const., 1991). *Asamblea Nacional Constituyente*. Imprenta Nacional.

Pronunciamientos, fallos y jurisprudencia.

Congreso de la República. (2011, 12 de julio). *Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública*. [Ley 1474 de 2011]. DO: 48.128.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. (1991, 8 de abril). *Sentencia del 8 de abril*. [C. P.: Álvaro Lecompte Luna].

Consejo de Estado. (2012). Radicación 15001233100019880843101 (8031.. Bogotá: Consejero Ponente Mauricio Fajardo Gómez.

Consejo de Estado. (2012). Radicación 68001-23-15-000-1997-03572-01(22366). Bogotá: Consejero Ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Consejo de Estado. (2015). Sentencia del 6 de abril. Bogotá: Consejero ponente Palomino Cortes.

Consejo de Estado. (2015). Radicación 25000-23-26-000-2009-01010- 01(53877).. Bogotá: Consejero Ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Consejo de Estado. (2015). Radicación 680012315000199901505 01 (31412). Bogotá: Consejero Ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Procuraduría General de la Nación. (2009). *Radicado nro. 087-003222/05. Fallo de segunda instancia sancionatorio*. Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa.

Procuraduría General de la Nación. (2013). *Radicado nro. IUS:2010-337933- IUC: D-2010-652-317763. Fallo de primera instancia sancionatorio*. Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal.

Procuraduría General de la Nación. (2014). *Radicado nro. IUS 2009-372574 / IUC-D-2009-86-205975, Expediente No. 161-6014. Fallo de primera instancia sancionatorio*. Procuraduría Primera Delegada para la Contratación Estatal.

Procuraduría General de la Nación. (2014). Radicado No. IUC-D 650-322740, Expediente No. 161-5605. Bogotá: Procuraduría General de la Nación.

Procuraduría General de la Nación. (2014). *Radicado nro. IUS:2010-337933- IUC: D-2010-650-317765. Fallo de segunda instancia*. Sala disciplinaria Procuraduría General de la Nación.

Procuraduría General de la Nación. (2014). *Radicado nro. IUS 2009-372574 (161-6014). Fallo de segunda instancia*. Sala disciplinaria Procuraduría General de la Nación.

Procuraduría General de la Nación. (2015, 4 de agosto). *Boletín 777 del 04 de agosto*. PGN.

Procuraduría General de la Nación Regional Magdalena. (2015). Expediente 251888.D-2015-63-783474. Santa Marta.

Procuraduría General de la Nación [PGN]. (2018). *Boletín 481 del 28 de septiembre*. PGN.

Procuraduría General de la Nación [PGN]. (2020). *Boletín 30 del 22 de enero*. PGN

Procuraduría General de la Nación [PGN]. (2020). *Boletín 906 del 10 de noviembre*. PGN.

Procuraduría General de la Nación [PGN]. (2020). *Radicado nro. IUS 2012-332368- IUS D-2012-792-548377. Fallo de primera instancia*. PGN.

Procuraduría General de la Nación. (2021). *Radicado nro. IUS – 2017-54035 – IUCD – 2019 – 1232368. Fallo de primera instancia*. PGN.

Procuraduría General de la Nación. (2017). *Radicado nro. 301-17 IUS 725684-2017. Concepto*. Procuraduría tercera Delegada ante el Consejo de Estado.

Procuraduría General de la Nación. (2019). *Radicado nro. No. 197 E-2019-508745. Concepto*. Procuraduría segunda delegada ante el Consejo de Estado.

Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-028*. [M. P.: Humberto Antonio Sierra Porto: 2006].

Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-070 Sentencia C-070*. [M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz: 1996].

Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-948*. [M. P.: Álvaro Tafur Galvis:2002].

Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-1061*. [M. P.: Rodrigo Escobar Gil:2003].

Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-124*. [M. P.: Jaime Araújo Rentería:2003].

Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-350*. [M. P.: María Victoria Calle Correa: 2009].

Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-371*. [M. P.: Carlos Gaviria Díaz.: 2000].

Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-434*. [M. P.: Alberto Rojas Ríos: 2013].

Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-470*. [M. P.: Nilson Pinilla: 2011].

Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-530*. [M. P.: Eduardo Montealegre Lynett: 2003].

Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-554*. [M. P.: Clara Inés Vargas Hernández: 2001].

Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-626*. [M. P.: José Gregorio Hernández Galindo: 1996].

Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-721*. [M. P.: María Victoria Calle Correa: 2015].

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-769. [M. P.: Antonio Barrera Carbonell: 1998].

Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-796*. [M. P.: Rodrigo Escobar Gil: 2004].

Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-853*. [M. P.: Jaime Córdoba Triviño: 2005].

Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-887*. [M. P.: Clara Inés Vargas Hernández: 1992].

Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia T-413*. [M. P.: Ciro Angarita Barón: 1992].

Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia T-422*. [M. P.: *Gabriel Eduardo Mendoza Martelo*: 2013].

Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-372*. [M. P.: Jaime Córdoba Triviño.: 2002].

Decreto y Leyes

Presidencia de la República. (2000, 14 de septiembre). *Por el cual se modifican las normas de disciplina y ética para la Policía Nacional*. [Decreto 1798 de 2000]. DO: 44161.

Congreso de la República. (2006, 7 de febrero). *Por la cual se expide el Régimen Disciplinario para la Policía Nacional*. [Ley 1015 de 2006]. DO: 46175.

Congreso de la República. (2018, 15 de enero). *Por la cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la contratación pública en Colombia, la ley de infraestructura y se dictan otras disposiciones.* [Ley 1882 de 2018]. DO: 50477.

Congreso de la República. (1995, 28 de julio). *Por la cual se adopta el Código Disciplinario Único.* [Ley 200 de 1995]. DO: 41946.

Congreso de la República. (2000, 24 de julio). *Por la cual se expide el Código Penal.* [Ley 599 de 2000]. DO: 44097.

Congreso de la República. (2007, 16 de julio). *Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos.* [Ley 1150 de 2007]. DO: 46691.

Congreso de la República. (2002, 5 de febrero). *Por la cual se expide el Código Disciplinario Único.* [Ley 734 de 2002]. DO: 44708.

Congreso de la República. (2012, 12 de julio). *Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones.* [Ley 1564 de 2012]. DO: 48489.

Congreso de la República. (1993, 28 de octubre). *Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.* [Ley 80 de 1993]. DO: 41094.

Congreso de la República. (2019, 28 de enero). *Por la cual se expide el Código General Disciplinario.* [Ley 1952 de 2019]. DO: 50850.

Congreso de la República. (2011, 28 de junio). *Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial*. [Ley 1454 de 2011]. DO: 48115.

Congreso de la República. (2021, 29 de junio). *Por medio de la cual se reforma la Ley 1952 de 2019 y se dictan otras disposiciones*. [Ley 2094 de 2021]. DO: 51720.

Tesis de grado y monografías.

Cabrera, D. (2020). *Sistemas de transporte público masivo, posicionamiento geográfico de empresas y empleo en el ámbito urbano: el caso de Transmilenio y la ciudad de Bogotá 2005-2010-2015*. [Tesis de doctorado Universidad del Rosario, Bogotá].

Díaz, L. (2017). *La culpabilidad en materia disciplinaria desde el aspecto del dolo*. [Tesis de grado Universidad Católica de Colombia].

Guzmán, S. (2017). *Eficiencia de la aplicación del principio de proporcionalidad de los derechos fundamentales en el derecho tributario sancionador colombiano*. [Tesis de maestría Universidad Santo Tomás de Aquino, Bogotá].

Llano, H. (2019). *Proceso constituyente, constitución política de 1991 y régimen político electofáctico en Colombia* [Tesis de doctorado, Universidad Complutense de Madrid, Madrid].

Meléndez, E. (2015). *La proporcionalidad de la sanción en el derecho disciplinario*. [Tesis de especialización, Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá].

Muñoz, T. (2019). *Reconfiguración de la jurisprudencia sobre sanciones administrativas. Análisis crítico de la sentencia. Caso Cascadas rol n.º 2922 del Tribunal Constitucional*. [Tesis de grado, Universidad de Chile, Santiago].

Nieto, A. (2012). *Las mujeres en cuerpo ajeno del Congreso de la República 2010-2014* [Tesis de grado, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá].

Rangel, R. y Polanía, S. (2015). *Legalidad de la simultaneidad de la sanción disciplinaria y penal, desde el principio non bis in ídem y el debido proceso*. [Tesis de grado, Universidad Católica de Colombia].

Rubio, R. y Andrea, L. (2015). *La prescripción y caducidad de la acción disciplinaria por parte del Estado como derecho fundamental al debido proceso*. [Tesis de maestría, Universidad Libre, Bogotá].

Serrano, J. (2017). *Análisis dogmático del principio de ilicitud sustancial en el derecho disciplinario colombiano*. [Tesis de grado, Universidad Católica de Colombia, Bogotá].

Soler, A., Peña, C. y Riaño, S. (2019). *La asociatividad como estrategia para el desarrollo económico del sector turístico caso municipio de Falán-Tolima* [Tesis de especialización Universidad Jorge Tadeo Lozano, Bogotá].

Torres, D. y Martínez, G. (2017). *Corrupción en el sistema de contratación y ejecución de obras públicas en Colombia. Estudio de caso: sede de los XX Juegos Nacionales y IV Paranales de Ibagué 2015*. [Tesis de especialización, Universidad Santo Tomás, Bucaramanga].

Villamil, L. (2017). *Aproximaciones teóricas en torno a la naturaleza jurídica de la ilicitud sustancial: una mirada del derecho disciplinario desde el antiformalismo*. [Tesis de grado Universidad Santo Tomás de Aquino, Bogotá].

Zárate L. (1996). *Acción de repetición en la Constitución de 1991*. [Tesis de grado, Universidad Externado de Colombia, Bogotá].