

La idea de patria es también, hoy día, inseparable de la soberanía del pueblo de este modo el patriotismo no adquiere su completo desenvolvimiento y su genuino significado, sino cuando la Nación misma vivifica todas las formas de su Constitución Política, de suerte que cada individuo tenga la conciencia de que es parte integrante de todo colectivo

Mientras más ocasiones dan a los ciudadanos el régimen político para tomar parte en los negocios comunes, más elementos de vida tendrá el patriotismo y más grande y querida será la patria.

Viceversa, el concepto de ésta decae, se confunde y aún se pierde, mientras la menor sea la participación de los ciudadanos en los negocios públicos.

La patria y la Libertad, discurso

Rafael Uribe Uribe *¹

¹*Galindo Hoyos Julio Roberto*, Uribe Uribe, apartes selectos de su obra, Discurso La Patria y La Libertad, Universidad Libre, 1era Edición, Ed., Opciones Gráficas Ltda., Bogotá D.C. 06-2011 pg. 233.

LA FIGURA DE LOS PARTICULARES QUE EJERCEN FUNCIONES PÚBLICAS EN COLOMBIA ATÍPICOS.

ALCANCES MÁS ALLÁ DEL ARTÍCULO 366 CONSTITUCIONAL, DE LA LEY 734 DE 2002 Y DEL NUEVO ESTATUTO ANTICORRUPCIÓN, LEY 1474 DEL 2011.

INTRODUCCION.

Hablar sobre Derecho disciplinario en Colombia, no es tarea fácil, aún hoy en día cuando se han hecho sendos avances sobre este nuevo y autónomo derecho, sigue siendo para muchos una audacia por no decir menos, en cuanto a la funcionalidad y el desarrollo del mismo se refiere.

Pues bien, dado esto, nos proponemos no solo esbozar algunos preceptos y conceptos básicos y ampliamente conocidos por quienes intervienen constantemente en esta materia, sino, presentarlos de manera práctica y pedagógica para quienes no participan de ella constantemente, quizá para quienes no ejercen la profesión de jurisconsultos o abogados, pero que quizás serán quienes se vean inmersos con los resultados de este proyecto.

Este, busca dejar como principal aporte, que aquellos particulares que ejercen funciones públicas en Colombia y que no se encuentran regulados, caso en el cual he decidido denominarlos atípicos, sean incluidos en el ordenamiento jurídico, para que sobre ellos, su actividad y el manejo que estos hagan de recursos y bienes del Estado, tengan un control no solo ex post, sino también ex ante. Esto indiscutiblemente con el fin de salvaguardar los bienes y derechos del Estado, de la Nación y de todos los ciudadanos que somos contribuyentes, así como en beneficio de aquellos que cooperan con el Estado en ejercer y cumplir con sus fines, puesto que esa sujeción pre establecida, les otorga mayor seguridad jurídica en su actuar .

No cabe duda que la ley 200 y la ley 734/02 hicieron aportes descomunales por resolver esta problemática,² por salvaguardar el interés general, pero las relaciones entre los particulares que contratan con el Estado contratante, cada

² Sobre el particular en la Ley 734/02 Cap III, Art 25, Libro III, Tit I, Cap I, Art 53.

vez son más complejas y cada vez , en el día a día, se tornan con matices muy variables incluso de un contrato a otro y no ya en un momento histórico, es por esto la pertinencia de estas consideraciones, esta búsqueda de soluciones para regular y cobijar una serie de particulares que ejercen funciones públicas y que se encuentran en atipicidad.

A renglón seguido debo destacar, que este trabajo, se realiza desde el enfoque de la investigación socio jurídica y política³ utilizando el método indudeductivo⁴ y aplicando claro está el método histórico⁵, porque debemos conocer el desarrollo jurídico de esta materia, para poder construir un aporte concreto y viable a este problema, para esto, la exposición de diferentes sentencias de las cortes serán clave, como sentencias unificadoras de criterios⁶, que generan claridades conceptuales y que nos sirven de paradigmas en la construcción de estas tesis, así como en la devaluación de muchas otras que dan vida y nacimiento a las razones por las cuales creemos que existen estos particulares atípicos.

Presentaremos las consideraciones de los más notables juristas en la materia, sus conceptos y sus apreciaciones sobre este particular, así como las consideraciones y desarrollo jurisprudencial de las cortes.

Se utilizarán fuentes secundarias, doctrina, jurisprudencia, Constitución Política, leyes y reglamentos, todo esto para llegar a demostrar que la problemática no solo existe, sino, que es necesaria la solución que propondremos en su momento y renglón oportuno.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

Hoy en Colombia la jurisdicción disciplinaria se encuentra desbordada en su alcance puesto que la Ley 734/02 y la Ley 1474/11, Estatuto anticorrupción, no son suficientes para cobijar a todos los particulares que ejercen funciones públicas en Colombia, dejando con esto un vacío normativo ante los Particulares que ejercen funciones públicas atípicos que se propondrá corregir.

DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO.

Existen en Colombia particulares que ejercen funciones públicas, a quienes se

³ Así en Guía para la elaboración de proyectos de investigación, 3era edición, Universidad Libre, 2011, pg 42 y S.S.

⁴ Ibídem, pg. 50

⁵ Ibídem, pg. 52

⁶ Para mayor profundidad leer Sentencias C-563 de 1998, C-708 de 1999, C-769 de 1998, entre otras.

les puede denominar como particulares atípicos, toda vez que no se encuentran reconocidos y/o regulados por la ley 734/02 o la Ley 1474 de 2011 estatuto anticorrupción, ¿cuáles son estos particulares atípicos y cuál es el mecanismo para solucionar este problema jurídico?

HIPOTESIS

¿Se encuentran todos los particulares que ejercen funciones públicas reconocidos y cobijados por el artículo 366 de C.P. y la Ley 734 de 2002 o Código Disciplinario Único?, en cuanto a la relación especial de sujeción que deben tener los particulares que ejercen funciones públicas ¿es suficiente la cobertura que presenta en materia disciplinaria el artículo 366 de C.P. y la Ley 734 de 2002 o Código Disciplinario Único o la Ley 1474/11, Estatuto Anticorrupción?

La Constitución Política Colombiana en su artículo 366 establece “El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable. Para tales efectos, en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales, el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación”.⁷ El Código disciplinario único o ley 734 de 2002 traen un número referenciado de particulares que prestan servicios públicos y como tal son por ley reconocidos y sujetos a la normatividad disciplinaria como lo referencia y expresa la sentencia C- 286/96,⁸ y estos podrán ejercer esas funciones encomendadas por el Estado.

Estos son denominados como los particulares típicos que ejercen funciones públicas en el Estado colombiano y que por tanto son aquellos sobre los cuales se materializa y concreta el poder sancionador disciplinario del aparato judicial de la República, es decir, son estos los mojones de la frontera sancionadora del Estado mismo, son la prueba del límite de la aplicación y la cobertura de dichas normas.

De esto nos surgen las preguntas de saber si ¿realmente solo son estos los típicos particulares que ejercen funciones públicas?, ¿existen otros que aún no están cobijados por la norma?, y si esto es así, ¿Cuáles son los que hacen falta? ¿Cuáles son las razones de tipo jurídico para que existan y sea posible incluir particulares que de manera atípica ejercen funciones públicas dentro de los ya

⁷Consultado en Constitución Política De Colombia, anotada, Francisco Gómez Sierra, 2008, ed. Leyer.

⁸ Para mayor profundidad consultar Sentencia - c- 286 de 1996.

mencionados típicos?, finalmente, es necesario indagar que sería mejor para el desarrollo y avance de esta novísima rama del Derecho ¿crear un nuevo código disciplinario, reformarlo o simplemente ampliar vía legal el rango de aplicación del régimen disciplinario hasta aquellos particulares que ejercen funciones públicas pero que no están incluidos aún en estas normas?

Estas son algunas de las preguntas y postulados cuyas respuestas serán nuestro pequeño aporte al estudio y ojalá el fortalecimiento de esta nueva disciplina del Derecho disciplinario en Colombia.

JUSTIFICACIÓN

La tesis que se desarrollará en este trabajo corresponde u obedece al imperante descontento social por las fallas y faltas de conciudadanos que como particulares autorizados por la Constitución y habilitados por la ley contratan y desarrollan obras de impacto social, que si bien son de alta importancia para la sociedad, muchas veces ésta por los incumplimientos y fallas de aquellos, sufre grandes perjuicios, sin poder como cuerpo colectivo obtener soluciones apropiadas y diligentes, puesto que solo pueden recurrir a la administración en conceptualizaciones y reproches políticos que por lo general son esperanzas inocuas, efímeras e inalcanzables⁹.

Ante esto, tenemos que el artículo 366 de la C.P. junto con el legislador, a través de la ley 734 de 2002 y Ley 1474/11 Estatuto Anticorrupción, tipifican de alguna manera a aquellos particulares que prestan o ejercen funciones públicas,¹⁰ pero se quedaron cortos, dejando el espacio para que surja y se materialice una realidad, la cual consiste en la existencia de particulares que ejercen funciones públicas pero que no están incluidos en las precitadas normas, los cuales denominaremos como atípicos, haciéndose necesario incluirlos en el régimen de aplicación de las normas de sujeción especial disciplinaria, por cuanto el impacto nocivo que muchos de estos generan a la sociedad al momento de generar incumplimientos con sus obligaciones no solo con la falla en sí mismo, o con la percepción de corrupción que tiene la sociedad, si no, en concreto con las peculiares circunstancias, siempre novedosas e ingeniosas de corrupción¹¹, mal gobierno desestimulación de la responsabilidad contributiva y participativa de la

⁹Para esto nos referenciamos en Norbey Quevedo H. / María del Rosario Arrázola. <http://www.elespectador.com/noticias/investigacion/articulo-260644-estrategia-secreta-de-los-nule> El espectador.com, 2 de Abril/2011.

¹⁰Así en Código único Disciplinario en Colombia, Ley 734/02 e igualmente en Estatuto Anticorrupción Colombiano; Ley 1474/11.

¹¹ Ver en Dogmática del Derecho Disciplinario, Bogotá D.C. 2da Edición Julio de 2002. Universidad Externado de Colombia, Pg. 125.

vida en sociedad que esto genera en los administrados es supremamente perjudicial para la vida democrática.

Es a sí, como este fenómeno de la corrupción “desestimula el trabajo honesto y el merito, produce distorsiones en el mercado, obstaculiza la prestación de los servicios públicos y los hace más costosos, alterando la equitativa prestación de los mismos y la distribución de los recursos; generando de contera, desigualdades, desgaste administrativo, por el desvío de los dineros públicos hacia fines particulares , no solamente porque se aumentan los costos adicionales, sino porque se debilita el poder del Estado para gobernar, conllevando per se injusticia por la imposibilidad de realizar inversión social; y naturalmente, ilegitimidad de la organización política”¹².

Es por la gravedad de esta realidad que vincula directamente a la generación que pertenezco como ciudadano, que se pretende a través de este trabajo, buscar la forma de ampliar la cobertura de la ley disciplinaria en muchos de los particulares que efectivamente prestan servicios públicos pero que no se encuentran dentro del rango de acción de la ley 734 de 2002 y del artículo 366 de la C.P. o del Estatuto Anticorrupción Ley 1474/11, por lo cual los hemos denominado *atípicos* y con ellos ampliar el marco del conocimiento de esta novísima rama del Derecho, que se justifica en todo momento por mandato soberano constitucional del artículo 2 de la Constitución Política Colombiana al momento de expresar “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”.¹³

Exponer ante la comunidad académica, la sociedad y los órganos de la administración esta realidad que desangra las arcas del Estado, las arcas de la Res-Pública¹⁴ es vital, para crear un ámbito de acción más amplio de la

¹²Así en el artículo Alternativas constitucionales para enfrentar la corrupción administrativa, Universidad Libre, Revista Nueva Época N° 16, de 2002, pág. 122

¹³ Ver en Constitución Política De Colombia, anotada, 2008, ed. Leyer.

¹⁴ Para mayor profundidad consultar, Pobreza, Corrupción y Participación Política: Una Revisión para el Caso Colombiano; Banco De La República; Marzo de 2006.pg 33,34 y S.S. Elisabet Ungar, <http://www.transparenciacolombia.org.co/Publicaciones/PublicacionesTI/tabid/162/Default.aspx>, 2011, la corrupción es grave, pero es peor ignorarla, informe sobre corrupción en Colombia, de igual forma Por El espectador.com, <http://www.elespectador.com/noticias/judicial/articulo-334846-corrupcion-y-burocracia-grandes-fallas-el-sistema-de-salud-colom> judicial, 27 de marzo de 2012, Corrupción y Burocracia: grandes fallas en el sistema de salud en Colombia, finalmente, Redacción El

responsabilidad disciplinaria y con ello mejorar y garantizar la mejor administración pública y el cumplimiento de los fines del Estado.

Esto constituye la principal razón de este trabajo, el hecho de que el Estado, sus órganos de gobierno, el Derecho y la academia vuelquen sus miradas hacia la realidad de cientos de particulares que por su función o por la labor que desempeñan deben ser vinculados a estas reglas de sujeción y aportar a que los recursos públicos, materiales, económicos, técnicos y humanos, sean efectivamente controlados en beneficio y en atención al interés general y que a su vez, le permitan a estos atípicos particulares que ejercen funciones públicas tener mayores garantías en su actividad profesional, laboral y contractual.

Por lo demás, el realizar una investigación siempre debe conllevar a aportar soluciones a problemas de índole académico, jurídico, social, político, etc, razón que la hace justificable, máxime cuando estamos ante tamaña situación de buscar soluciones a una problemática creciente en la vida administrativa del Estado Colombiano y en la juridicidad del mismo, entender, comprender y aportar para que en Colombia exista mayores índices de legalidad y por ende menores índices de corrupción, es una gran justificante para los esfuerzos que desde la academia se hacen y se pueden hacer de manera práctica y palpable a la comunidad y en general al ciudadano del común y corriente que se ve afectado en su día a día por tan particulares circunstancias como las que hemos mencionado.

Buscar ampliar el marco o rango de acción de estas normas y su capacidad de efectividad es mucho más que un propósito académico, es por mucho un propósito de justicia social, es un propósito profesional y generacional.

OBJETIVOS

GENERAL

Establecer cuáles son los particulares que ejercen funciones públicas que nos se encuentran cobijados por el artículo 366 C.P. y por la Ley 734/02 ni por la Ley 1474/11, denominados atípicos y que deberían estar bajo el rango de acción del poder disciplinario sancionador.

ESPECIFICOS

- 1). Analizar el marco legal, constitucional y reglamentario del Derecho disciplinario en Colombia.
- 2). Conocer los conceptos básicos requeridos para el estudio del tema tratado en presente trabajo de investigación.
- 3). Determinar el alcance jurídico de la función pública ejercida por los particulares en Colombia.
- 4). Estudiar el régimen disciplinario de los particulares que ejercen funciones públicas en Colombia y otros países.
- 5). Establecer la necesidad de ampliar el rango de acción del Derecho disciplinario en Colombia.

2.2. MARCO CONCEPTUAL:

Para el desarrollo de este trabajo, haremos especial énfasis en los conceptos claves de estudio como lo son, función pública, empleado público, trabajador oficial, relación especial de sujeción, deber funcional, entre otros conceptos, pero siempre enfocados o dirigidos a demostrar la evolución del Derecho disciplinario en cuanto a lo que tiene que ver con la responsabilidad disciplinaria de los particulares que ejercen funciones públicas, el porqué de la ley 734/02 Artículo 25. *DESTINATARIOS DE LA LEY DISCIPLINARIA*. Son destinatarios de la ley disciplinaria los servidores públicos aunque se encuentren retirados del servicio y los particulares contemplados en el artículo 53 del Libro Tercero de este código¹⁵, así como su actual falencia, que a nuestro juicio es que no ha cobijado a todos los particulares que deben responder disciplinariamente, es decir que aún son atípicos. Artículo 53. *SUJETOS DISCIPLINABLES*.¹⁶ Artículo modificado por el artículo 44 de la Ley 1474 de 2011. Cuyo texto refiere que este *régimen se aplica a los particulares que cumplan labores de interventoría o supervisión en los contratos estatales; también a quienes ejerzan funciones públicas, de manera permanente o transitoria, en lo que tienen que ver con estas, y a quienes administren recursos públicos u oficiales.*

Se entiende que ejerce función pública aquel particular que, por disposición legal, acto administrativo, convenio o contrato, realice funciones administrativas o actividades propias de los órganos del Estado, que permiten el cumplimiento de los cometidos estatales, así como el que ejerce la facultad sancionadora del Estado; lo que se acreditará, entre otras manifestaciones, cada vez que ordene o señale conductas, expida actos unilaterales o ejerza poderes coercitivos.

Administran recursos públicos aquellos particulares que recaudan, custodian, liquidan o disponen el uso de rentas parafiscales, de rentas que hacen parte del

¹⁵ Ver en Código Disciplinario Único, Ley 734/02, Art 25.

¹⁶ Ver en Código Disciplinario Único, Ley 734/02, Art 53.

presupuesto de las entidades públicas o que estas últimas han destinado para su utilización con fines específicos.

No serán disciplinables aquellos particulares que presten servicios públicos, salvo que en ejercicio de dichas actividades desempeñen funciones públicas, evento en el cual resultarán destinatarios de las normas disciplinarias.

Cuando se trate de personas jurídicas la responsabilidad disciplinaria será exigible del representante legal o de los miembros de la Junta Directiva¹⁷.

Hacer esto es determinante para el resultado de este trabajo en lo que respecta a sus objetivos, por cuanto lo que buscamos es precisamente poner en evidencia la evolución de todos estos conceptos y por consiguiente el Derecho disciplinario, debido a la participación de los particulares en la prestación de los servicios a cargo del Estado, autorizados por el artículo 6 de la Constitución política “Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”¹⁸ y por consecuencia de esto, arrojar y demostrar la inferencia que el Derecho disciplinario aún tiene mucho por abarcar, entre esos, muchos otros particulares que aún no se encuentran sujetos a esta rama jurídica y que deben estarlo según los criterios claros expresados por la Corte según la sentencia C-037/03 o 286/96¹⁹.

MARCO TEORICO

En el presente trabajo de investigación abordaremos la teoría de las relaciones espaciales de sujeción como elemento fundante del Derecho disciplinario, entendido este según la definición que nos arroja Gómez Pavajeau quien dice que *“El derecho comparado y la jurisprudencia constitucional han entendido que, entre servidor público y el Estado, con el acto de aceptación del cargo y la toma de posesión, se genera un vínculo especial de particulares connotaciones, a través del cual se imponen cargas superiores a aquéllas a las cuales están sometidas las personas que no tienen vínculo alguno con la Administración Pública, que de alguna manera implican el recorte de ciertas libertades en pos de la neutralidad, objetividad, transparencia, eficiencia, eficacia y moralidad pública”²⁰*, pero enfocado, claro está, a nuestro particular tema, que

¹⁷ Así en estatuto anticorrupción en Colombia, Ley 1474/2011, Art 44.modificatorio Art 53 Ley 734/02, código disciplinario único.

¹⁸ Para profundizar revisar Constitución Política De Colombia, anotada, ed. Leyer, 2008.

¹⁹ Para mayor comprensión examinar Sentencias, C-037/03 y C 286/96

²⁰ Gómez Pavajeau, Carlos Arturo, El Derecho Disciplinario en Colombia o Estado del Arte, “las relaciones especiales de sujeción, pág. 7,

indica la evolución de esta figura a la par de los cambios en las relaciones de administración de este y de donde podremos inferir su actualidad y vigencia en las relaciones Estado y particulares ya que “En su nacimiento, la categoría jurídica de las relaciones especiales de sujeción, se relacionaba solo con los servidores o funcionarios públicos.

“A pesar de los múltiples detractores de la categoría, el alcance de esta tiende a ampliarse, en tanto hoy resulta aplicable no solo a los servidores públicos sino también a los particulares que asumen funciones públicas de manera transitoria, por cualquiera de los medios legales para el efecto o permanente como los servicios públicos”²¹.

Esto se dio, gracias a la evolución del Estado, su administración y quienes participan de ella y que en desarrollo del artículo 6 superior generó un vacío normativo que evitaba que estos particulares respondieran por sus faltas al no ser estos objetos de regulaciones por no ser funcionarios públicos, de manera contundente lo expresa el profesor Mario Roberto Molano López, Según nos lo refiere el ex vice procurador Gómez Pavajeau, donde cita al mencionado profesor “teniendo en cuenta que nuestros gobiernos de turno paulatinamente han ido privatizando amplios sectores de la función y los servicios públicos, lo cual implica que queden inermes y desprotegidos vastos sectores de la población ante la administración por particulares de la cosa pública, lo cual solo podrá ser solventado si se construye un concepto orientado en tal sentido, en aras de recuperar para el Estado y en bien del ciudadano del común el control jurídico sobre áreas claves de la vida cotidiana.

Entonces, aparece la “relación especial de sujeción” como el instrumento jurídico apto para el ejercicio de la intervención estatal, por lo cual debe servir para explicar tanto la responsabilidad disciplinaria de servidores públicos, particulares que ejercen funciones públicas y miembros de profesiones liberales intervenidas, como la contravencional de personas naturales y jurídicas que deriva del ejercicio de la intervención estatal en la economía, el cambio de divisas, la regulación monetaria, la banca y el ahorro público, etc., en fin, de la prestación de los servicios públicos respecto de sus prestadores”²²

Hecho este que nos parece quid del asunto en la demostración del estado actual de esta figura jurídica, es decir, es hoy el instrumento que le permite

²¹ Así en RELACIONES ESPECIALES DE SUJECIÓN. APROXIMACIÓN HISTÓRICA AL CONCEPTO, Revista Prolegómenos - Derechos y Valores , Universidad Militar Nueva ,Bogotá, D.C., Colombia - Volumen XII - N° 23 - Enero - Junio 2009

²² Para mayor comprensión leer en Gómez Pavajeau Carlos Arturo y Sánchez Herrera, Esiquio Manuel, Lecciones de derecho disciplinario volumen III, del Instituto de Estudios del Ministerio Público, pg 30. 2007

al Estado poder mantener el control sobre estos nuevos y atípicos prestadores de servicios públicos, es el hilo conductor, que mantiene sujetos a estos coadyuvantes del Estado al poder disciplinario del mismo, como garantía para el cumplimiento sus fines y de resarcimiento ante faltas a la buena gestión y administración de los recursos públicos como el dinero de los contribuyentes.

MARCO CONSTITUCIONAL

Este parte de la dogmática constitucional, entendida esta como “dogmática axiológica”, esto es, construcción científica de la teoría jurídica a partir de la ley, empero, interpretada a partir de los principios, valores y derechos constitucionales, dado el carácter de norma de normas que tiene la Carta Política”²³ bajo este postulado creemos que este marco tiene como fuente El artículo 6° Constitucional, el cual establece que “los funcionarios públicos son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes, y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones” ²⁴

Es a partir de estas expresiones que podemos entender o avizorar al derecho disciplinante como una rama del derecho, dirigida a regular la actividad de los funcionarios públicos, pero más allá es interesante compartir lo que expresa la Corte Constitucional en su Sentencia C-819 de 2006, esta Corporación ha señalado que esta disposición constitucional *“justifica el establecimiento de un sistema de control legal, propio de un Estado de derecho, en el que las autoridades públicas deben respeto y observancia al ordenamiento jurídico, lo que a su vez genera la correlativa responsabilidad por las acciones u omisiones mediante las cuales infrinjan las normas que regulan el debido desempeño de sus funciones.”*²⁵

Así mismo debemos recalcar dentro de este marco puntualmente los artículos 2, 26, inciso segundo, 48 inciso tercero y cuarto, 49 inciso segundo, 67 inciso primero y segundo, 116 inciso final, 123 inciso tercero, 131,210, 221(adicionado Art 1, acto legislativo 2 de 1995), 246, 267, 277-9, 318 inciso primero, 340 inciso primero, 365 y 366²⁶

²³ De igual forma consultar, Gómez Pavajeau Carlos A. La dogmática como Ciencia del Derecho, Sus especies penal y disciplinaria. semejanzas y diferencias. Bogotá, Instituto Colombiano de Derecho Disciplinario, 2010.

²⁴ Constitución Política De Colombia, anotada, Francisco Gómez Sierra, ed. Leyer, 2008.

²⁵ Sentencia C-819 de 2006

²⁶ Ver en Ejercicio de Funciones Públicas por Particulares, Revista de Empleo Público, Imprenta Nacional de Colombia 2004, pág. 21, 22,23

De igual forma como marco constitucional a esta disciplina jurídica encontramos en el Título X, de LOS ORGANOS DE CONTROL, capítulo II, DEL MINISTERIO PUBLICO, Art 277, FUNCIONES DEL PROCURADOR GENERAL POR SI O POR MEDIO DE SUS AGENTES, numeral 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 Ley²⁷. (Subrayado fuera del texto)

De esta manera, el Derecho disciplinario se configura como el mecanismo para hacer efectivo este sistema de control de los servidores públicos, que se traduce en una de las potestades sancionatorias del Estado. Así, como bien lo ha señalado la jurisprudencia constitucional el Estado puede ejercer el *ius puniendi* por medio de distintas modalidades jurídicas, entre las cuales se cuenta el derecho disciplinario²⁸

“Enderezado a regular el comportamiento disciplinario de su personal, fijando los deberes y obligaciones de quienes lo integran, las faltas, las sanciones correspondientes y los procedimientos para aplicarlas”²⁹.

Y en cuanto a su finalidad , la cual parte también desde este marco teórico, podemos decir refiriéndonos a lo dicho por la Corte Constitucional de igual forma que “ el derecho disciplinario se estructuró con la finalidad de asegurar el eficiente funcionamiento del aparato estatal, situación que justifica la existencia de un sistema de reglas para ejercer la actividad pública que responda a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad consagradas en el artículo 209 Superior” ³⁰

MARCO JURIDICO:

Una vez se da la expedición del nuevo Código Disciplinario Único, ley 734/02, se inicia una adecuación reglamentaria como lo es la Resolución 108 de 2002, se establecieron las competencias al interior de la Procuraduría General para adelantar los procesos disciplinarios contra los particulares que desempeñen

²⁷ De esta forma en Constitución Política De Colombia, anotada, Ed. Leyer, 2008

²⁸ Para ahondar en la temática ver en, El Derecho Disciplinario en Colombia o Estado del Arte, “las relaciones especiales de sujeción, Revista Derecho Penal y Criminología, Bogotá D.C. Universidad Externado de Colombia, pág. 128.

²⁹ *Ibidem*, pág. 128, y de igual forma se sugiere la Sentencia C- 181 de 2002.

³⁰ Consultar la Sentencia C-763 de 2009, M.P. Pretelt Chaljub.

funciones públicas, dada la nueva responsabilidad asignada por el Código Disciplinario Único –Ley 734 de 2002–. Las dependencias a las que se asignó dicha competencia son las Delegadas para la Vigilancia Judicial y la Policía Judicial, para la Moralidad Pública, para la Contratación Estatal, para la Vigilancia Administrativa, para la Economía y Hacienda Pública y en el nivel territorial tienen esa competencia las Procuradurías Regionales, Provinciales y Distritales³¹.

Pero hace parte de este marco conceptual la visión que tienen algunas instituciones y traemos en el presente compromiso académico por considerar que es importante acentuar la vigencia y la utilidad que en nuestro Estado tiene y viene desempeñando la jurisdicción disciplinaria como elemento jurídico garante de la realización de la idea de un Estado de Derecho, al que muchos le adicionan el concepto de “social” ante esto la sala de consulta y del servicio civil del Consejo de Estado se ha pronunciado diciendo que con *“el régimen disciplinario se pretende asegurar la eficiencia en los servicios a cargo del Estado, la moralidad, responsabilidad y la conducta de los servidores públicos, de manera que cumplan sus funciones de la manera prevista en la constitución, la ley y los reglamentos”*, señala además que; *“el derecho disciplinario es consustancial con la existencia del Estado de derecho y está previsto como elemento necesario para garantizar el buen suceso del ejercicio de la función pública y para asegurar el beneficio de la comunidad por la acción de un Estado eficiente”*³²

Por otra parte debemos traer a colación dentro del marco jurídico, las insuperables sentencias, que han ido moldeando los conceptos de esta materia, estas, que en su mayoría se destacan por su concreción sistémica, nacen a la luz jurídica a partir de 1994, tales como la sentencias; “C 308/94, sobre Servicio del Estado/ Descentralización por Colaboración, C- 286 del 27 de Julio de 1996, sobre Código Disciplinario Único, ley 200/94, C-280/96, Sobre Destinatarios de la Ley Disciplinaria, C-091 del 26 de Febrero de 1997 sobre la Función Administrativa Por Particulares, C- 181 del 10 de Abril de 1997, sobre prestación de La Función Pública por particulares, Descentralización Por Colaboración; C-563 del 7 de Octubre de 1998, sobre la noción amplia y restringida ; C-866 del 3 de Noviembre de 1999, sobre las diferencias de la Privatización y el ejercicio de Funciones Públicas por Particulares; C-181 del 12 de Marzo de 2002, sobre la naturaleza de las responsabilidades de los Particulares que Ejercen Funciones Públicas”³³ y la

³¹ Se sugiere en, Periódico Institucional Procuraduría General De La Nación, Procurando N°1, Bogotá D.C. Agosto de 2002, pág. 8.

³² Ver en, concepto del 27 de Agosto de 1996, Consejo de Estado, Rad; 822

³³ Para tales efectos leer en, Ejercicio de Funciones Públicas por Particulares, Revista de Empleo Público, Bogotá D.C. Imprenta Nacional de Colombia 2004, pág. 21, 22,23.

que a nuestro juicio es una sentencia hito la C-037 del 2003, las sentencias C-948/02; 977/02;1076/02 Y 176/02.

De igual forma nos remitimos a los pronunciamientos del Consejo de Estado como “el Rad 726, Sala consulta y del Servicio Civil 12 de Oct. /95; Rad 792, Magistrado Ponente, Roberto Suarez Franco, 8 de Mazo del 96; RAD, 1.190 5 de Mayo de 1999; 1185 de Mayo del 1999; 1308 de Diciembre de 2000; 13123 de 8 Marzo de 2001 y las acciones de cumplimiento; ACU.546 del 21 de Enero del 1999; ACU 615. 10 de Marzo del 1999; ACU 655/99”³⁴ .

MARCO LEGAL:

Este tiene como punto de partida, dentro del marco temporal en que nos encontramos, es decir la Constitución del 1991, el hecho que “con la expedición de La Ley 27 de 1992 se desarrolla el artículo 25 de la Constitución Política, consagra normas sobre administración de personal al servicio del Estado tanto del orden Nacional como del Territorial, para garantizar la eficiencia de la Administración Pública, el acceso a los cargos del Estado a través de concurso público o de ascenso, e incluye la figura de manuales de funciones y requisitos”³⁵ .

De igual forma refiere la mencionada obra, que por medio de “la Ley 190 de 1995 o estatuto anticorrupción se dictaron normas tendientes a preservar la moralidad en la Administración Pública y se fijaron disposiciones con el fin de erradicar la corrupción administrativa, con el propósito de combatir las prácticas inmorales y delictuosas de funcionarios públicos y particulares que buscan dilapidar o apropiarse del erario público. Puso en marcha un sistema de quejas y reclamos, un control sobre el reclutamiento de los empleados públicos, la obligación de todos los colombianos de presentar declaraciones de bienes y rentas, la obligación de las entidades de definir sus estrategias y metas anuales y la presentación de sus resultados, también se establecieron nuevos sistemas para darle transparencia a la contratación administrativa y se modificó el Código Penal en lo referente a los delitos contra la Administración Pública”³⁶

Ahora bien, refiere el Procurador General La Nación, que “la ley 200 de 1995, representó un cambio trascendental en la legislación colombiana, pues constituyó el primer intento de reforma de la normativa disciplinaria que consolidó en un documento el régimen de faltas, sanciones y también los procedimientos, destacándose la finalidad del deber funcional del servidor público en cumplimiento

³⁴Ibidem, pág. 59 y S.S.

³⁵ Ver en Derecho Disciplinario Manual Práctico. Editorial Librería del profesional 2002

³⁶ Ibidem

de los llamados fines esenciales del Estado. A pesar del esfuerzo, en poco tiempo se observaron sus puntos críticos y sus deficiencias, en especial frente a la enumeración escasa y taxativa de las faltas gravísimas, algunas sanciones algo irrisorias y desproporcionadas frente a la gravedad de los daños y poca claridad en torno al procedimiento aplicable, como también se extrañaba la existencia de un régimen especial para los particulares que ejercieran funciones públicas, pues se limitaba a mencionar que dichos particulares eran destinatarios de la ley disciplinaria pero no se regulaba lo relacionado con los deberes y prohibiciones que les resultaban propios y el régimen sancionatorio aplicable³⁷.

En este mismo sentido reseña el Ex Procurador General de la Nación, que esta ley se da como un intento en la búsqueda de unificación de criterios, faltas, sanciones y demás tópicos de los regímenes disciplinarios en Colombia y añade que “representó un hito en la legislación colombiana, por tratarse del primer intento de reforma de la normatividad disciplinaria para conformar un cuerpo único que comprendiera el régimen de faltas, sanciones y procedimientos como medio de corrección en el ejercicio de la función pública del Estado.

El intento legislativo resultó acertado, pero en poco tiempo se observaron sus puntos críticos y sus deficiencias, en puntos tan complejos como un régimen de sanciones condignas a la gravedad de las conductas, la enumeración escasa y taxativa de las faltas gravísimas y la poca claridad en torno al procedimiento aplicable. En este sentido conductas que afectaban de manera verdaderamente grave el correcto funcionamiento de la administración pública no resultaban castigadas o sólo podían serlo de modo irrisorio, con sanciones que no correspondían a la afectación padecida por la administración, como por ejemplo, la imposición de multas en casos de existencia de intereses personales en la celebración de contratos estatales. Así, a más de generar impunidad, la gestión disciplinaria no tenía eficacia y poder de disuasión para evitar la comisión de faltas.

Tampoco se contaba con un régimen especial para los particulares que ejercieran funciones públicas, pues la antigua ley se limitaba a mencionar que dichos particulares eran destinatarios de la ley disciplinaria pero no se regulaba lo relacionado con los deberes y prohibiciones que les resultaban propios, las faltas específicas y las sanciones que deberían imponérseles”³⁸.

³⁷ Así puede ver en Código Disciplinario Único, Notas de Vigencia, 2011, pág. 8

³⁸ Para mayor profundidad consultar, Maya Villazón Edgardo J. www.colegiodederechodisciplinario.com Estado Actual de Derecho Disciplinario En Colombia.

Es por esta falta de herramientas de público conocimiento y de la evolución de las dinámicas de contratación, así como de la especialización que fue surgiendo en el mundo de la contratación, subcontratación y de las formas de delinquir desde estos escenarios que surge la ley 734/02.

Esta ley, que es nuestro Código Disciplinario Único, en sus 224 artículos es en esencia un mecanismo de lucha contra la corrupción, esto es claro al examinarlo y establecer que este contempla 63 faltas gravísimas de las cuales solo 12 están relacionadas con la defensa de los derechos humanos y el buen funcionamiento de la administración, es decir, este código-ley, es un mecanismo de lucha anticorrupción, flagelo que ha permeado diversos niveles, por no decir todos, de la administración pública.

Pero sin lugar a dudas, uno de los principales avances, de esta nueva norma, se da en lo que nos interesa en este trabajo, como queda registrado en el fascículo de la Procuraduría General “procurando” que lo registra de la siguiente forma: “Otra de las innovaciones de la nueva normativa se relaciona con la responsabilidad disciplinaria de particulares que desempeñan funciones públicas, las cuales no estaban señaladas expresamente en las anteriores normas, como los interventores de contratos estatales, los que ejercen funciones públicas, quienes prestan servicios públicos a cargo del Estado o administran recursos públicos, los árbitros y los conciliadores”³⁹.

Sin embargo es propicio complementar este acervo legal con normas igualmente limítrofes en cuanto al tema referido de donde extractamos algunas leyes especiales como la “Ley 489 del 29 de Diciembre de 1998 o Estatuto Básico de Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Art 110 y s.s., Ley 30 de 28 de Diciembre de 1992, que organiza el Servicio Público de la Educación Superior, artículos 96 y 97; Ley 100 de 23 de Dic 1993, sobre el Sistema de Seguridad Social Integral, artículos 156, 171 y 181; Ley 114 de Febrero de 1994 o Ley general de Educación, artículos 138, 140, 142, 196, 197, 198, 201,201 ; Ley 134 de Mayo del 94, sobre los Mecanismos de Participación Ciudadana, artículo 98; Ley 142 de Julio de 94, Régimen de Los Servicios Públicos Domiciliarios, artículos 3, 8, 15, 24 y 41; Ley 388 de Julio 18 de 1997, Ley de Reforma Urbana, artículo 101; Ley 446 de Julio de 1998, Disposiciones sobre Descongestión, Eficiencia y Acceso a la Justicia, artículos 1, 2, 3, 91, 92, ,99,111, 113, Ley 497 del 99, Por la Cual se crean los Jueces de Paz y se reglamenta su Organización y Funcionamiento; Ley 599 de Julio 24 de 2000, Por el cual se crea el Nuevo Código

³⁹ Así se puede consultar en, Periódico Institucional, Procuraduría General De La Nación, Procurando N°1, Bogotá D.C. Agosto de 2002, pág. 4

Penal , artículo 20; Ley 640 de 2001, artículos 5,7, 10 y 11, por la cual se Modifican Normas Relativas a la Conciliación y se dictan otras disposiciones; Ley 610 de Agosto de 2000, por la cual se establece el Trámite de los Procesos de Responsabilidad Fiscal de Competencia de las Contralorías”⁴⁰.

De igual forma están las no menos importantes Ley 678 de Agosto 3 de 2001, sobre la Acción de Repetición o de Llamamiento en Garantía, en especial el parágrafo 1 del artículo 2; la Ley 720 de 2001, por medio de la cual se reconoce, se promueve y regula la Acción Voluntaria de los ciudadanos en Colombia y la Ley 80 del 93 con su consecuente modificación que para nosotros más que modificación es actualización la Ley 1150 de Julio 16 de 2007.⁴¹

METODOLOGÍA:

La metodología que se seguirá para desarrollo de esta investigación corresponderá al análisis del marco constitucional, legal y jurisprudencial del Derecho disciplinario en Colombia, esta se hará haciendo uso de los métodos de investigación histórico –jurídica, así como el método analítico, usando en lo posible el descriptivo conceptual como herramienta facilitadora de la comprensión del texto mismo, que nos conduzca a un mejor entendimiento y difusión de lo que aquí se quiere expresar.

Este será un trabajo que en todo momento hará uso del análisis de líneas y desarrollos jurisprudenciales y legales de la temática del Derecho disciplinario y de las relaciones especiales de sujeción objeto mismo de estudio en este trabajo académico investigativo.

⁴⁰Sobre el particular se recomienda leer en, Ejercicio de Funciones Públicas por Particulares, Revista de Empleo Público, Imprenta Nacional de Colombia 2004, pág. 23 y S.S.

⁴¹ Ibídem.

CAPITULO I

DEL DERECHO DISCIPLINARIO EN COLOMBIA Y LOS PARTICULARES QUE EJERCEN FUNCIONES PUBLICAS

ANTECEDENTES, CONCEPTOS CLAVES Y GENERALIDADES:

Escribir sobre la responsabilidad disciplinaria de los particulares que ejercen funciones públicas, puede tener antecedentes ontológicos, dogmáticos, axiológicos, de Derecho comparado y de jurisprudencia nacional etc., de una extensión prolongada en el tiempo, desde la Ley 4 de 1913, anterior Régimen Político y Municipal, e incluso desde El Decreto 2091 de 1939, sobre aspectos disciplinarios y levantamiento del informativo pendiente.

Pero lo que nos ocupa, no es tratar este tema de manera histórica, sino, su evolución y su estado actual, en lo concerniente a la evolución que esta nueva rama del Derecho ha venido descubriendo en cuanto a la responsabilidad de los particulares que ejercen estas funciones públicas, ya sean de manera permanente o transitoria, sobre todo, por cuanto cada vez el Estado, amparado en la constitución del 91 en su artículo 6,⁴² se vuelve más complejo y asequible a estos particulares que colaboran e integran el aparato estatal, para llevar a cabo el cumplimiento de sus fines y cada vez se vuelven más complejos los mecanismos de defraudación al Estado o como bien lo cita el ex vice procurador, “las peculiares circunstancias, siempre novedosas e ingeniosas de corrupción”⁴³ he aquí uno de los elementos claves en este trabajo, intentar dilucidar, en donde, una vez dado estos procesos jurídicos evolutivos, se encuentra esta herramienta jurídica del Estado, que capacidad tiene y que le hace falta.

De esta forma y en este sentido ya mencionaba el doctor Herman Arias Gaviria quien fuere Personero de Bogotá D.C., en su escrito del prólogo del Código Único Disciplinario ley 200/95 editado por esa entidad lo siguiente: ***“Funciones públicas por particulares. Dentro del marco Constitucional, la construcción y desarrollo de la sociedad, la distribución del ingreso y la formación del capital de los colombianos, se hace a través de la colaboración con los particulares, quienes a través de mecanismos jurídicos, tales como la prestación indirecta de servicios públicos esenciales, la administración y ejecución de la gran cantidad de recursos públicos, contratos de administración de bienes públicos,***

⁴² Así se puede consultar en Constitución Política De Colombia, anotada, 2008, ed. Leyer.

⁴³ Se recomiendo consultar en Dogmática del Derecho Disciplinario, Bogotá D.C. 2da Edición, Universidad Externado de Colombia, 2002. Pág. 125.

*desplazan a los funcionarios públicos, que en cada una de las entidades u organismos públicos venían cumpliendo estos cometidos estatales. Ello trajo como consecuencia, que muchos de los actos de corrupción, deficiencia en la prestación de los servicios públicos, quiebra de los sectores de la salud y seguridad social (ARS) sector solidario, etc., hayan sido inducidos o gestados por administradores o personal de carácter privado, **ante los cuales existía una ausencia total de mecanismos legales que disuadieran o reprimieran tales comportamientos cometidos por particulares.** No obstante la importancia de esta colaboración, se ha evidenciado que **grandes defraudaciones, o atentados contra los bienes y recursos públicos, así como conductas que atentan contra la correcta y eficiente prestación de los servicios públicos, se lleva a cabo por particulares, contra quienes el Estado no tiene un poder correctivo o de disuasión.**⁴⁴(Negrillas mías)*

Es así, como recontando en la evolución de la Ley disciplinaria debemos partir de la Constitución del 1991, pues es ésta la que obliga que surja un giro fundamental en lo específico de la existencia de poder o deber hablar de *RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA DE PARTICULARES*.

Esta discusión se da a través de las leyes y la jurisprudencia que desarrollan esta norma de normas, por eso hacemos referencia a leyes como; **Ley 27 de 1992**, la cual desarrolla el artículo 25 de la Constitución Política, consagra normas sobre administración de personal al servicio del Estado tanto del orden Nacional como del Territorial, para garantizar la eficiencia de la Administración Pública, el acceso a los cargos del Estado a través de concurso público o de ascenso, e incluye la figura de manuales de funciones y requisitos⁴⁵

Ley 190 de 1995 o estatuto anticorrupción por el cual se dictaron normas tendientes a preservar la moralidad en la Administración Pública y se fijaron disposiciones con el fin de erradicar la corrupción administrativa, con el propósito de combatir las prácticas inmorales y delictuosas de funcionarios públicos y particulares que buscan dilapidar o apropiarse del erario público. Puso en marcha un sistema de quejas y reclamos, un control sobre el reclutamiento de los empleados públicos, la obligación de todos los colombianos de presentar declaraciones de bienes y rentas, la obligación de las entidades de definir sus estrategias y metas anuales y la presentación de sus resultados, también se establecieron nuevos sistemas para darle transparencia a la contratación

⁴⁴ Ver en, Código Disciplinario Único Ley 200/95; Personería Distrital, Prologo; 1era Edición; 2002.

⁴⁵ Así pueden observar en, Código Disciplinario Único Ley 734 de 2002, Notas de Vigencia, 2011; Relatoría, Ed IEMP, Pág. 7.

administrativa y se modificó el Código Penal en lo referente a los delitos contra la Administración Pública⁴⁶

Pero dentro de este contexto en el que estamos, el hito en materia de responsabilidad disciplinaria de los particulares según el saber y entender de avezados juristas en la materia, es la **Ley 200/95**, *por cuanto catapulto esta disciplina jurídica al debate en sí y la sustrajo del añejamiento en que se encontraba*,⁴⁷ por esto cabe resaltar los comentarios que sobre el particular expresan personajes como Edgardo Maya Villazón, Ex Procurador General de la Nación, quien afirma que “La ley 200 de 1995 representó un hito en la legislación colombiana, por tratarse del primer intento de reforma de la normatividad disciplinaria para conformar un cuerpo único que comprendiera el régimen de faltas, sanciones y procedimientos como medio de corrección en el ejercicio de la función pública del Estado. El intento legislativo resultó acertado, pero en poco tiempo se observaron sus puntos críticos y sus deficiencias, en puntos tan complejos como un régimen de sanciones condignas a la gravedad de las conductas, la enumeración escasa y taxativa de las faltas gravísimas y la poca claridad en torno al procedimiento aplicable. En este sentido conductas que afectaban de manera verdaderamente grave el correcto funcionamiento de la administración pública no resultaban castigadas o sólo podían serlo de modo irrisorio, con sanciones que no correspondían a la afectación padecida por la administración, como por ejemplo, la imposición de multas en casos de existencia de intereses personales en la celebración de contratos estatales. Así, a más de generar impunidad, la gestión disciplinaria no tenía eficacia y poder de disuasión para evitar la comisión de faltas.

Tampoco se contaba con un régimen especial para los particulares que ejercieran funciones públicas, pues la antigua ley se limitaba a mencionar que dichos particulares eran destinatarios de la ley disciplinaria pero no se regulaba lo relacionado con los deberes y prohibiciones que les resultaban propios, las faltas específicas y las sanciones que deberían imponérseles”.⁴⁸

En el mismo sentido se expresa el Procurador General, Alejandro Ordoñez M. quien opina que la **Ley 200 de 1995** representó un cambio trascendental en la legislación colombiana, pues constituyó el primer intento de reforma de la normativa disciplinaria que consolidó en un documento el régimen de faltas,

⁴⁶Derecho Disciplinario, Manual Práctico. Bogotá D.C. Ed Librería del profesional,2002.

⁴⁷ Para apoyo consultar a, Maya Villazón, Edgardo J, www.colegiodederechodisciplinario.com o en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Publicaciones/Libros2011/memoriaELECTRONICO.pdf> Estado Actual de Derecho Disciplinario En Colombia, memorias del segundo congreso internacional de derecho disciplinario.mexico.2011. pág. 404

⁴⁸ Ibídem.

sanciones y también los procedimientos, destacándose la finalidad del deber funcional del servidor público en cumplimiento de los llamados fines esenciales del Estado. A pesar del esfuerzo, en poco tiempo se observaron sus puntos críticos y sus deficiencias, en especial frente a la enumeración escasa y taxativa de las faltas gravísimas, algunas sanciones algo irrisorias y desproporcionadas frente a la gravedad de los daños y poca claridad en torno al procedimiento aplicable, como también se extrañaba la existencia de un régimen especial para los particulares que ejercieran funciones públicas, pues se limitaba a mencionar que dichos particulares eran destinatarios de la ley disciplinaria pero no se regulaba lo relacionado con los deberes y prohibiciones que les resultaban propios y el régimen sancionatorio aplicable.

Como resultado de la experiencia anterior, la aparición de la **Ley 734 de 2002** implicó la modernización de esta rama del saber legal al lograr finalmente desligarse del derecho penal y el derecho administrativo puro, creando finalmente una disciplina particular.⁴⁹

He aquí uno de los avances y la razón real de ser de esta disciplina, la razón clave de estudio de este trabajo, por cuanto hoy en día este es el estado de esta materia, que le permite avanzar, recurriendo al Derecho administrativo y al penal, pero con voz y vida propia, lo que constituye en sí mismo la posibilidad de encargarse de la responsabilidad disciplinaria de los particulares que prestan servicios públicos típicos y del próximo paso que debe ser el hacerla en recaer en los atípicos.

Por esto, es muy instructivo presentar estas líneas del ex Procurador General de la Nación y el ex Vice Procurador Gómez Pavajeau, cuando desarrollan estas ideas, empezando por las diferencias sobre el derecho disciplinario y el derecho penal y posteriormente con el derecho administrativo, al decir; Constitucionalmente dicha diferencia viene soportada por los fines y objetos de cada especie del Derecho Sancionador, como lo son el derecho penal, el derecho contravencional, el *impeachment*, el derecho correccional y el derecho disciplinario⁵⁰ a partir de lo cual adquiere nuestra disciplina el rango de ciencia autónoma e independiente⁵¹.

⁴⁹ Se recomienda consultar en, Código Disciplinario Único Ley 734 de 2002, Notas de Vigencia, 2011; Relatoría, Ed IEMP, Pg 8.

⁵⁰ Lecciones de Derecho Disciplinario Vol III, Obra Colectiva, Bogotá D.C. Ed. Procuraduría General de la Nación, IEMP, 2007, pg 19. De igual forma se recomienda consultar en Corte Constitucional, sentencias ,C-280 de 1996, C-597 de 1996, T-068 de 2009

⁵¹ Para ahondar en la temática ver en, El Derecho Disciplinario en Colombia o Estado del Arte, "las relaciones especiales de sujeción, Revista Derecho Penal y Criminología, Bogotá D.C. Universidad Externado de Colombia, pág. 128.

Las categorías dogmáticas elaboradas por el Derecho Penal son aplicables al Derecho Disciplinario, obviamente, en cuanto se respete su propia identidad, lo que implica entender que tienen su propio sentido y contenido⁵².

Si bien en un principio se afirmó que las categorías penales se aplicaban también en Derecho Disciplinario⁵³, la evolución de la jurisprudencia ha sido enfática en precisar que tal señalamiento sólo lo es con respecto a su revestimiento, puesto que la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, así como sus respectivas sub categorías dogmáticas, tienen su propio sentido y contenido⁵⁴. En consonancia con lo anterior ha señalado: *“En el ámbito administrativo y, específicamente, en el derecho disciplinario, la jurisprudencia constitucional ha establecido que las garantías constitucionales inherentes al debido proceso, mutatis mutandi, se aplican a los procedimientos disciplinarios, dado que éstos constituyen una manifestación del poder punitivo del Estado⁵⁵. Sin embargo, su aplicación se modula para adecuar el ejercicio del poder disciplinario a la naturaleza y objeto del derecho disciplinario⁵⁶ y, especialmente, al interés público y a los principios de moralidad, eficacia, economía y celeridad que informan la función administrativa⁵⁷”*.

Y en la misma línea expresa el anunciado ex jefe del Ministerio Público, el derecho disciplinario colombiano en estos años si bien no había alcanzado, su mayoría de edad, al menos si su emancipación de los dos cuños titánicos que lo nutrieron. El derecho penal y el derecho administrativo puro⁵⁸.

Para superar las visiones avasalladoras del derecho penal, fue necesario reconocer que el poder disciplinario tenía un ámbito mucho más reducido que el derecho punitivo, pero no por ello menos importante. En efecto, reconocer que el orden protegido por el derecho disciplinario está referido a la organización administrativa, al servicio público y al funcionamiento esencial de un Estado que está al servicio del ciudadano es una conquista que ha avanzado al punto que hoy

⁵²Para ahondar en la temática ver en, El Derecho Disciplinario en Colombia o Estado del Arte, “las relaciones especiales de sujeción, Revista Derecho Penal y Criminología, Bogota D.C. Universidad Externado de Colombia, pág. 125.

⁵³ Para mayor profundidad en el estudio se recomienda leer en Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, sentencias de febrero 10 de 1993 y marzo 7 de 1985, M.P. GAONA CRUZ.

⁵⁴ Se recomienda consultar las Sentencias, C-118 de 1996, C-647 de 2001, C-233 de 2002 y C-242 de 2010

⁵⁵ Para ahondar en la temática ver en, El Derecho Disciplinario en Colombia o Estado del Arte, “las relaciones especiales de sujeción, Revista Derecho Penal y Criminología, Bogota D.C. Universidad Externado de Colombia, pág. 125

⁵⁶ *Ibidem*, pág. 126

⁵⁷ *Ibidem*, pág. 126.

⁵⁸ Para apoyo consultar a, Maya Villazón, Edgardo J, www.colegiodederechodisciplinario.com o en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Publicaciones/Libros2011/memoriaELECTRONICO.pdf> Estado Actual de Derecho Disciplinario En Colombia, memorias del segundo congreso internacional de derecho disciplinario.mexico.2011. pág. 404

puede decirse que frente a un derecho penal que no puede hacer exigencias extremas a los funcionarios y a los administrados so pena de caer en un derecho punitivo autoritario, existe pues, un derecho disciplinario que salvaguarda el prestigio, la dignidad de la administración y el cumplimiento correcto de la función pública⁵⁹.

Hablar de la misma situación frente al derecho administrativo, implica recordar que el derecho disciplinario ha estado y seguirá estando cuando se intente reducir o privatizar las tareas esenciales del Estado. En efecto, cuando se presentó lo que los especialistas llaman la huida del derecho administrativo, el derecho disciplinario presentó respuestas si se quiere novedosas y entre las cuales se cuentan un modelo de faltas y sanciones para particulares que ejercen función pública⁶⁰.

Han sido justamente las categorías del Derecho Administrativo Sancionatorio las que por esta vía sirvieron mejor a la creación de una doctrina propia, como bien lo acreditan la jurisprudencia y la dogmática comparada. A ese esfuerzo de construcción conceptual se proyectó el actual Código Disciplinario Único, de tal manera que hoy podemos decir sin temor a equivocarnos que los cimientos del programa están sentados y sobre ellos se ha levantado la nueva edificación que requería nuestro Estado de Derecho⁶¹.

Finalmente y como documentos constitutivos de la temática, incluimos en el presente la Ley 1474/de 2011, o nuevo estatuto anticorrupción en Colombia, por considerar que esta norma, es modificatoria y complementaria en infinita medida, de la ley 734/02, en especial en lo preestablecido en su artículo 44 y s.s., así como la monografía pre gradual intitulada; RÉGIMEN DISCIPLINARIO DE LOS PARTICULARES QUE CUMPLEN FUNCIONES PÚBLICAS EN COLOMBIA, presentada por las estudiantes, MARIA WILSE SÁENZ ALONSO, ADELA MORALES AGUDELO, JOHANNA ESCORCIA ARCOS, dirigida por el Doctor José R. Forero Salcedo, que fuere presentada a la Facultad de Derecho de nuestra Alma Mater, seccional Bogotá D.C. en el año 2007.

1. ANTECEDENTES HISTORICOS DE LOS PARTICULARES QUE EJERCEN FUNCIONES PÚBLICAS, CONTEXTO INTERNACIONAL Y NACIONAL:

Para referirnos a los antecedentes, o posibles antecedentes de los particulares en la función pública, podríamos hablar de instituciones remotas e históricas incluso

⁵⁹ Ibídem pág. 404

⁶⁰ Ibídem pág. 405

⁶¹ Ibídem pág. 405

anteriores a los conceptos de función pública, pues como veremos más adelante, el origen primigenio de estas figuras como la de nuestro objeto de estudio, provienen del derecho administrativo y este a su vez como concepto de administración “es inseparable, en efecto, de la historia del propio Estado y del poder que este encarna” ⁶²

Podríamos utilizar instituciones como los consejos del Rey de los siglos XIII - XVIII en Francia donde se organizan las incipientes monarquías absolutas ⁶³ o los llamativos y quizás más antiguos particulares que ejercieron funciones públicas como lo fueron los oficiales del Rey ⁶⁴ que aunque ostentaban el distintivo de oficial, no hacían parte del Estado, en el entendido de ente ejecutor, organizador, gobernador y administrativo, por la razón de que en el caso de las monarquías absolutas como la de Luis XIV “El Estado Soy Yo” ⁶⁵ no habían funcionarios más que el mismo Rey, -si seguimos la lógica y el contexto de su predicar y su actuar a través de esta frase, no se podría concluir otra cosa- ya que en él, reposaba toda la autoridad y concentración del poder en todas las expresiones que hoy conocemos.

Tal vez debemos remontarnos mejor a los orígenes del Derecho Administrativo moderno -de donde surge naturalmente los orígenes del Derecho Disciplinario-, y para abordarlo acojamos la recomendación de los estudiosos que plantean que para abordarlo se debe hacer teniendo unos criterios, puntos de partida, o presupuesto básicos, uno de estos afirma, que debe haber “Un sistema de garantías que permita asegurar la primacía de las normas y el respeto de los derechos frente a eventuales extralimitaciones de las autoridades públicas y sus agentes”⁶⁶

Pues bien, es fácil vislumbrar e inferir que desde este punto de vista, del derecho administrativo, ya se veía venir el disgregar a una nueva especie dentro de un género del derecho público, pues se constata que en el naciente derecho administrativo moderno, ya se preveía la necesidad de que existiera un control en caso de posibles extralimitaciones de autoridades públicas y sus agentes, los cuales podemos inferir, no eran las autoridades públicas, (hoy servidores públicos), sino, los particulares.

⁶² Recomendamos consultar en, Bases Jurídico Políticas Del Derecho Administrativo, 2da Edición, Edi. Doctrina y Ley, Bogotá D.C., 2009 pág. 13.

⁶³ *Ibíd.*, pág. 33.

⁶⁴ *Ibíd.*, pág. 41.

⁶⁵ Ver en, Luis XIV, Biblioteca Salvat de grandes Biografías, Salvat Editores, Barcelona 1985

⁶⁶ Para profundizar se puede examinar la temática en Derecho Administrativo Parte General, Segunda Edición. Ed. Tecnos, Madrid, España, 2006 pág. 44.

Ahora, una vez triunfa la Revolución Francesa se presentan hechos de acomodo para enfrentar a las nuevas y radicales circunstancias, apremiantes por lo mucho , de la nueva visión de Estado que se tenía y se debía construir, es por esto que en Francia surgió “una desconfianza de los hombres de la Revolución hacia los *parlamentos* , que eran los organismos encargados de administrar justicia, en la época de la monarquía, en cuya labor no hacían más que defender los intereses de la administración, que no eran otros que los del Rey, por cuanto, toda autoridad emana del Rey.

En los estertores de la monarquía, esos parlamentos se rebelaron en contra de esta a punto tal que en ocasiones no aplicaban las decisiones del Rey, por considerarlas improcedentes. Esta misma desconfianza surgió en los nuevos gobernantes que para obviar esa rebeldía prohibieron a los jueces inmiscuirse en los asuntos de la administración”⁶⁷

Así las cosas, se presenta otro escaño por surtir, al encontrar con esto que se violaba a la mismísima revolución, pues al momento que estos nuevos gobernantes no permitían que las viejas instituciones se inmiscuyeran en los asuntos de la “Nueva Administración”,... “se acude entonces a la creación de la administración juez; es decir, cuando se presentasen reclamaciones en contra de la reclamación esta debía resolverlas”⁶⁸.

Pero no es sino hasta el fallo Blanc, o fallo blanco que en esencia se puede apreciar lo que los doctrinantes llaman el nacimiento formal del derecho administrativo moderno, pues es en este donde se plantea por primer vez -lo que luego se conocería como principios fundantes del Derecho Administrativo- “la autonomía del Derecho Administrativo y la Independencia de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa,”⁶⁹, y en el mismo fallo sostiene que “la responsabilidad del Estado debe estar sometida a un régimen específico, considerando que la responsabilidad del Estado por el servicio público se regirán por los principios establecidos en el Código Civil solo para los informes de los propietarios”⁷⁰, además de la noción de servicio público, alterna a la de poder público y de gestión como identificadoras de la actividad administrativa.

⁶⁷Para estudio se recomienda al lector revisar, Lecciones de derecho disciplinario Vol 6, Bogotá D.C. IEMP, 2007, Pág. 2

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ Ver en, Bases Jurídico Políticas del Derecho Administrativo, 2da edi, edit., doctrina y ley, Bogotá D.C., 2009, pág. 245

⁷⁰Wladimir Martínez Romero, http://wladimirmartinez.blogspot.com/2009/10/el-fallo-en-blanco-de-1873-y-fallo_10.html , 2009, El Derecho: Una manifestación de Poder.

Pero también es claro y por mucho curioso notar como este nacimiento, emana del hecho que quienes causan el accidente al hijo del demandante, señor Blanco, son “de una manufactura de tabacos que tienen gran parecido con una industria privada”⁷¹, quienes producen el accidente por “hechos de imprudencia reprochados a simples obreros que están fuera de la jerarquía administrativa”,⁷² es decir, eran particulares.

Luego de culminada la primera guerra mundial, el estado sigue su evolución y aparecen nuevos “servicios de carácter económico hasta llegar a los servicios denominados servicios industriales y comerciales en cuya prestación participan los particulares, así históricamente surgió el principio de la colaboración de los particulares en las tareas del servicio público, pues el Estado no las podía asumir todas. Y “si estos particulares colaboraban en las actividades del servicio público en alguna medida quedaban sometidos al régimen del derecho público”⁷³

Ahora bien, debemos decir que muchos tratadistas y monografistas, al abordar el estudio de los antecedentes primigenios de la existencia de la figura jurídica de los particulares que ejercen funciones públicas en Colombia, lo abordan haciendo un paralelismo con el origen mismo del Derecho disciplinario en nuestra República, hecho este que nos parece erróneo, por cuanto una cosa es buscar, identificar, desde que momento histórico ésta figura se presenta en nuestra administración, -sea o no sujeta de responsabilidad disciplinaria- y otra cosa muy diferente, es la génesis del Derecho, o instituciones jurídicas que posteriormente la han venido a limitar, juzgar o servir de limitante jurídica dentro del contexto de un Estado constitucional, social de Derecho.

Dicho esto, debemos seguir en la búsqueda del origen, la implementación o el inicio de la usanza de que los particulares ejercieran funciones públicas en Colombia, lo que nos remite inmediatamente a los albores de esta misma figura en el contexto histórico mundial tratado en el anterior acápite, donde claramente queda definido, que esta figura, proviene esencialmente del derecho administrativo moderno, no del Derecho penal, mucho menos del Derecho disciplinario, que como tal está ligada a los devenires del Estado mismo,⁷⁴ y por último, que se da principalmente su entrada luego de la primera guerra mundial, cuando aparecen en el escenario mundial y en los Estados de la Postguerra los derechos sociales y económicos y con estos “servicios de carácter económico hasta llegar a los

⁷¹ Ver en, Bases Jurídico Políticas del Derecho Administrativo, pág. 245

⁷² *Ibidem*.

⁷³ Se recomienda al lector consultar en, Lecciones de derecho disciplinario VOL 6, Bogotá D.C. IEMP, 2007, Pág. 27

⁷⁴ Examinar en, Bases Jurídico Políticas Del Derecho Administrativo, 2da Edición, Edo. Doctrina y Ley, Bogotá D.C., 2009 pg. 13

servicios denominados servicios industriales y comerciales en cuya prestación participan los particulares, así históricamente surgió el *principio de la colaboración de los particulares en las tareas del servicio público*, pues el Estado no las podía asumir todas⁷⁵, por esto, se hace indispensable hacer uso de estos particulares, para poder cumplir con los nuevos fines de estas renovadas figuras Estatales.

Entonces así como ubicamos el origen de la figura de los particulares que ejercen funciones públicas en el inicio o advenimiento del Derecho Administrativo Moderno Francés, luego de la revolución francesa y más exactamente con el fallo blanc, utilizamos este mismo análisis como paradigma, para hallar en la perspectiva Colombiana la génesis de esta figura, es decir nos remontamos al hecho histórico de lo que puede ser denominado, no como el inicio del Derecho Administrativo Colombiano, sino, al de la implementación del *Derecho Administrativo Colombiano Moderno*, esto es “a partir de los decretos 1050 y 3130 de 1968, que contienen —junto con las normas constitucionales existentes o que se incorporaron con la reforma constitucional de 1968— lo que puede denominarse una teoría de la administración pública colombiana, la expedición de esos dos “estatutos básicos” de la organización y funcionamiento de la administración pública nacional tuvieron notables consecuencias en ese campo y en el derecho administrativo colombiano, que ha podido ser llamado “moderno” a partir de esa etapa”⁷⁶.

Pero a su vez como antecedente de esta reforma del 68 y de estos decretos se encuentra la misión Currie⁷⁷, toda vez que el informe de esta misión sirvió de fundamento a la Ley 19 del 58, “ley que tiene un capítulo dedicado al tema de la carrera administrativa y el decreto ley 1732 de 1960 fue el estatuto de la misma y del servicio civil, sobre el cual se expidió el decreto 2400 de 1968.

Además de lo anterior y de la creación del Departamento Administrativo del Servicio Civil, hoy denominado de la Función Pública, en desarrollo de las facultades extraordinarias de la Ley 19 de 1958, se establecieron o reformaron “los

⁷⁵ Se recomienda al lector consultar en, Lecciones de derecho disciplinario VOL 6, Bogotá D.C. IEMP, 2007, Pág. 27

⁷⁶ Consultar en, ANTECEDENTES, TEORÍA DE LA ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO, SUS PRINCIPALES CONSECUENCIAS, REFORMA ADMINISTRATIVA DE 1968: http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documents/8Vidalult..pdf, 2004, pág. 319 y 320

⁷⁷ A mediados de 1948 el Gobierno entregó formalmente al Banco Internacional una serie de proyectos, con el fin de ver cuáles de ellos podrían recibir la asistencia financiera de aquel organismo. Después de realizar análisis preliminares sobre la economía colombiana y de estudiar sobre el terreno, algunos proyectos concretos, el BIRF envió a Colombia una misión de expertos para estudiar las posibilidades de desarrollo del país y elaborar un plan armónico de recomendaciones. dicha misión, fue presidida por el economista profesor Lauchlin Currie y Jorge Enrique Ibáñez Najjar, <http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/economia/banrep1/hbrep65.htm>, la Misión del Banco de Reconstrucción y Fomento de 1949, biblioteca virtual, Banco De La Republica De Colombia

organismos creados para adelantar la reforma, dentro de esos organismos, que operan hoy a veces con nombres distintos, está el Departamento Nacional de Planeación, la Oficina de Organización y Métodos de la Presidencia de la República, la Escuela Superior de Administración Pública, y la Sala de Servicio Civil del Consejo de Estado”⁷⁸

Y es en desarrollo de estas reformas, que se llega ahora sí, a la reforma constitucional de 1968, que tuvo diferentes alcances, pero en lo que nos concierne, tiene un especial interés, por cuanto “determinó la existencia de tres tipos de organismos, (ministerios, departamentos administrativos y establecimientos públicos) sobre los cuales iba a girar la organización administrativa colombiana.

EL Decreto Ley 3130 de 1968, se dedicó a la teoría de las entidades descentralizadas por servicios (establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado, y sociedades de economía mixta), a partir del artículo 25 del decreto 1050 de 1968 se habían sentado las bases que se desarrollaron más tarde.

En el decreto 3130 de 1968 se hicieron distinciones de las *entidades descentralizadas* con los “fondos” como manejo de cuentas, y con las instituciones de utilidad común o fundaciones de los *particulares*, así como se sentaron las bases para la legislación sobre “entidades descentralizadas indirectas”, de que luego se ocupó con más experiencia y espacio el decreto ley 130 de 1976, que también fue derogado por la Ley 489 de 1998”⁷⁹.

Ahora bien, debemos entender que todo este desarrollo histórico - jurídico, es vital, para el entendimiento de la temática y poder establecer el momento en que se empieza a dar un desarrollo normativo sobre la figura de los particulares que prestan funciones públicas, pues de esto depende tener un indicio concreto del cual se pueda inferir coherentemente la aparición de esta figura en el contexto Colombiano, que a nuestro leal entender se da para esta época, ya que es el momento en que se denota claramente que se empieza a dar un desarrollo en el Derecho administrativo Colombiano y un evidente cambio en cuanto a la estructura de nuestro Estado, la modernización y especialización de sus instituciones, el avance de la reestructuración administrativa, la organización

⁷⁸ Consultar en, Perdomo Vidal, Jaime, ANTECEDENTES, TEORÍA DE LA ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO, SUS PRINCIPALES CONSECUENCIAS, REFORMA ADMINISTRATIVA DE 1968: http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documents/8Vidalult..pdf , 2004, pág. 323 y 324.

⁷⁹ Revisar en, ANTECEDENTES, TEORÍA DE LA ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO, SUS PRINCIPALES CONSECUENCIAS, REFORMA ADMINISTRATIVA DE 1968, Bogotá. D.C. http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documents/8Vidalult..pdf , 2004,pg 33 2y 333

funcional y operativa de que dan cuenta la ley 19/58 que introduce el concepto de carrera administrativa y los decretos 1050 y 3031 así lo dejan ver, además que con la entrada en vigencia de estos decretos con fuerza de ley, ya se denota que se empieza a utilizar los conceptos de descentralización por servicios y entidades descentralizadas indirectas, entes autónomos, empresas industriales y comerciales del Estado y fundaciones de particulares, conceptos todos, fuente de lo que hoy conocemos a nivel constitucional de la descentralización por colaboración, principio madre, rector y autorizador de la posibilidad de que se permita en Colombia, el ejercicio de funciones públicas por los particulares

Otro elemento de juicio, para sostener lo anteriormente expuesto acerca de la aparición de la figura de los particulares que ejercen funciones públicas en Colombia para la época en mención, es que según algunos tratadistas “desde 1968 se advertía que no podía aplicarse exclusivamente el criterio orgánico, ni exclusivamente el funcional para construir el régimen de clasificación específica de los servidores públicos, y que bien podía ocurrir que por excepción en un establecimiento público se hiciese necesario atender una actividad como la de construcción y sostenimiento de obras públicas u otras equiparables a ellas con trabajadores oficiales como personal vinculado por contrato de trabajo y que, en veces, en las empresas industriales y comerciales del Estado se hiciese necesario atender determinadas actividades de confianza y dirección con personal de empleados públicos”.⁸⁰

Hecho claro este por cuanto anteriormente a la expedición de estas normas no se había especializado y organizado el Estado y sus estructuras, luego entonces no se presentaba la necesidad de vincular a los particulares a la función pública y solo una vez ésta especialización, restructuración y organización se manifiesta se hacen ellos necesarios, por lo tanto, la normatividad existente queda rebosada de suyo.

Ahora bien, una vez entendido como se dio y se presenta esta figura, es válido decir que la misma se consolida de manera posterior y encuentra su reconocimiento en “La Constitución Política de 1991 en sus artículos 116 numeral 4; 123, numeral 3 y 209, inspirada en el principio de colaboración, les otorgó facultades a los particulares para el desarrollo de funciones públicas”⁸¹.

⁸⁰Edgar E. Martínez C. El Servidor Público,<http://funcionpublicaesap.blogspot.com/p/el-servidor-publico.html>

⁸¹SÁENZ ALONSO, MARIA WILSE. MORALES AGUDELO, ADELA. ESCORCIA ARCOS, JOHANNA. RÉGIMEN DISCIPLINARIO DE LOS PARTICULARES QUE CUMPLEN FUNCIONES PÚBLICAS EN COLOMBIA, MONOGRAFIA, pág. 28 y s.s. Concepto número 2993 del 2 de septiembre de 2002, demanda de inconstitucionalidad número 3954-3955.

Y a su vez dado que ya es una novedosa figura que se presenta en las entrañas del moderno Estado, debe ser regulada consecuentemente y esa regulación se da con la Ley 200/95, de la cual ya hemos hecho varias referencias, para denotar sus avances y sus falencias, uno de ellos era la falta de mecanismos para establecer el tipo de sanción y las tipologías de las faltas, por esto es preciso señalar, “que la inclusión de los particulares que ejercen funciones públicas como destinatarios de la Ley disciplinaria obedece a varios motivos:

Hasta la expedición de la Ley 734 de 2002, no existían mecanismos jurídicos idóneos para sancionar disciplinariamente conductas que atentaban contra la dignidad o el patrimonio público realizados por personas que ostentando la calidad de particulares que ejercían funciones públicas.

Ante las evidentes necesidades normativas en esta materia, la Corte Constitucional en sentencia C-286 de 1996 interpretando el alcance dado por el artículo 6º superior respecto de la responsabilidad de los particulares, señaló “la procedencia constitucional de que aquellos particulares que desempeñen actividades públicas sean destinatarios de un régimen disciplinario especial, debiendo el legislador regular las faltas, el procedimiento y las sanciones aplicables.

Así las cosas, y dado que conforme con el artículo 3º del artículo 123 del texto constitucional, la ley puede determinar el régimen aplicable a los particulares que temporal y permanentemente desempeñan funciones públicas, el legislador previó que dada la naturaleza del encargo estatal, son destinatarios de la Ley disciplinaria los particulares que cumplen labores de interventoría en los contratos estatales”⁸² .

Posteriormente, manifestó el máximo intérprete de la Constitución que “Cuando el particular es titular de funciones públicas, correlativamente asume las consiguientes responsabilidades públicas con todas las consecuencias que ella conlleva, en los aspectos civiles y penales, e incluso disciplinarios, según lo disponga el legislador, La Corte reitera:

El ejercicio de funciones públicas por parte de particulares conlleva un lógico incremento en el nivel de responsabilidades del sujeto a cargo de la prestación que deriva en una intensificación de los compromisos adquiridos para con el Estado”⁸³

⁸²Ibídem

⁸³ Ibídem.

De igual forma se desarrolla el tema, su regulación en sentencias como la Sentencia C-563 de 1998. en la Sentencia C-181 de 2002., la C-037 de 2003 entre otras que desarrollan, amplían y especializan esta figura y esta temática que nos ocupa, que evidentemente a través de la constitución, las leyes y las sentencias en mención ha encontrado asiento, reconocimiento y plena estabilidad para su desarrollo dentro de la vida jurídica, administrativa y política del Estado, sin olvidar que aún presenta falencias y que para su corrección y permanente actualización se presentan trabajos académicos como el presente.

1.1. ANTECEDENTE CONSTITUCIONAL

Hablar de los antecedentes de esta figura en Colombia, es hablar de los antecedentes mismos del Derecho Disciplinario como disciplina jurídica autónoma, desde el punto de vista **constitucional**, sin lugar a dudas el antecedente de esta figura del Derecho sancionador en Colombia es la Constitución del 1991, puesto que la Constitución de 1886 entre otras, no traen o disponían ningún tipo de espacio o referencia al respecto, mientras que con aquella desde el artículo 2°. *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.*

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. (subrayado fuera del texto)

Pero en especial el artículo 6°, con su conocida amplia interpretación, que prescribe que *“Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los funcionarios públicos son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes, y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”*⁸⁴

Esta nueva Carta superior, presenta al Derecho disciplinante, como una rama del derecho viva y con posibilidades de desarrollo en nuestro ámbito social,

⁸⁴ Consultar, Constitución Política De Colombia, anotada, ed. Leyer, 2008.

político y naturalmente jurídico, dirigida a regular la actividad de los funcionarios públicos y de los particulares que ejercen esas funciones, así lo expresa la Corte Constitucional al señalar que esta disposición constitucional *“justifica el establecimiento de un sistema de control legal, propio de un Estado de derecho, en el que las autoridades públicas deben respeto y observancia al ordenamiento jurídico, lo que a su vez genera la correlativa responsabilidad por las acciones u omisiones mediante las cuales infrinjan las normas que regulan el debido desempeño de sus funciones.”*⁸⁵

Así mismo debemos presentar como antecedentes y basándonos en la tesis del bloque de Constitucionalidad⁸⁶ los “artículos 2, 26, inciso segundo, 48 inciso tercero y cuarto, 49 inciso segundo, 67 inciso primero y segundo, 116 inciso final, 123 inciso tercero, 131,210, 221(adicionado Art 1, acto legislativo 2 de 1995), 246, 267, 277-9, 318 inciso primero, 340 inciso primero, 365 y 366”⁸⁷

De esta manera, el derecho disciplinario llega a nuestra cultura jurídica para posicionarse como un mecanismo democrático, con raigambre extendido en el árbol constitucional, capaz de hacer efectivo el sistema de control de los servidores públicos y de los particulares que ejercen funciones públicas, que se traduce en una de las potestades sancionatorias del Estado reconocido por la jurisprudencia constitucional al reconocer que el Estado puede ejercer el *iuspuniendi* por medio de distintas modalidades jurídicas, entre las cuales se cuenta el derecho disciplinario⁸⁸

Más aun al establecer que este, está destinado *“a regular el comportamiento disciplinario de su personal, fijando los deberes y obligaciones de quienes lo integran, las faltas, las sanciones correspondientes y los procedimientos para aplicarlas”*⁸⁹.

Y puntualizando sobre la finalidad que esta nueva materia reguladora, entrelazada con la figura de los particulares, traería consigo por mandato

⁸⁵ Ver en, Sentencia C-819 de 2006

⁸⁶ El bloque de constitucionalidad se refiere a aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución Sentencia C-225-95 MP: Alejandro Martínez Caballero. Posición reiterada en sentencia C-578-95 MP o también se puede entender como un término o concepto que utiliza los valores y principios en el texto constitucional para asegurar la permanencia y obligatoriedad del contenido material del mismo Sentencia C-358-97 MP: Eduardo Cifuentes M

⁸⁷ Para ahondar en la temática consultar, Ejercicio de Funciones Públicas por Particulares, Revista de Empleo Público, , Imprenta Nacional de Colombia 2004, pág. 21, 22 y 23.

⁸⁸ Para ahondar en la temática ver en, El Derecho Disciplinario en Colombia o Estado del Arte, “las relaciones especiales de sujeción, Revista Derecho Penal y Criminología, Bogotá D.C. Universidad Externado de Colombia, pág. 128.

⁸⁹ Ibídem, Pág. 128.

constitucional en el nuevo sistema planteado por la Carta del 91; *“el derecho disciplinario se estructuró con la finalidad de asegurar el eficiente funcionamiento del aparato estatal, situación que justifica la existencia de un sistema de reglas para ejercer la actividad pública que responda a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad consagradas en el artículo 209 Superior”*⁹⁰

1.2. ANTECEDENTE JURISPRUDENCIAL.

Una vez se da la expedición del nuevo Código Disciplinario Único, ley 734/02, se inicia una adecuación reglamentaria como lo es la Resolución 108 de 2002, se establecieron las competencias al interior de la Procuraduría General para adelantar los procesos disciplinarios contra los particulares que desempeñen funciones públicas, dada la nueva responsabilidad asignada por el Código Disciplinario Único –Ley 734 de 2002–. Las dependencias a las que se asignó dicha competencia son las Delegadas para la Vigilancia Judicial y la Policía Judicial, para la Moralidad Pública, para la Contratación Estatal, para la Vigilancia Administrativa, para la Economía y Hacienda Pública y en el nivel territorial tienen esa competencia las Procuradurías Regionales, Provinciales y Distritales⁹¹.

Pero hace parte de este marco conceptual la visión que tienen algunas instituciones y traemos en el presente compromiso académico por considerar que es importante acentuar la vigencia y la utilidad que en nuestro Estado tiene y viene desempeñando la jurisdicción disciplinaria como elemento jurídico garante de la realización de la idea de un Estado de Derecho, al que muchos le adicionan el concepto de “social” ante esto la sala de consulta y del servicio civil del Consejo De Estado se ha pronunciado diciendo que con *“el régimen disciplinario se pretende asegurar la eficiencia en los servicios a cargo del Estado, la moralidad, responsabilidad y la conducta de los servidores públicos, de manera que cumplan sus funciones de la manera prevista en la constitución, la ley y los reglamentos”*, señala además que; *“el derecho disciplinario es consustancial con la existencia del Estado de derecho y está previsto como elemento necesario para garantizar el buen suceso del ejercicio de la función pública y para asegurar el beneficio de la comunidad por la acción de un Estado eficiente”*⁹²

⁹⁰ Se recomienda examinar en, Sentencia C-763 de 2009, M.P. PRETELT CHALJUB

⁹¹ Revisar en, Periódico Institucional Procuraduría General De La Nación, Procurando N°1, Bogotá D.C. Agosto de 2002, pág. 8.

⁹² Consultar en, Consejo de Estado, concepto del 27 de Agosto de 1996, Rad; 822

Por otra parte debemos traer a colación dentro del marco jurídico, las insuperables sentencias, que han ido moldeando los conceptos de esta materia, estas , que en su mayoría se destacan por su concreción sistémica , nacen a la luz jurídica a partir de 1994, tales como la sentencias; “C 308/94, sobre Servicio del Estado/ Descentralización por Colaboración, C- 286 del 27 de Julio de 1996, sobre Código Disciplinario Único, ley 200/94, C-280/96, Sobre Destinatarios de la Ley Disciplinaria, C-091 del 26 de Febrero de 1997 sobre la Función Administrativa Por Particulares, C- 181 del 10 de Abril de 1997, sobre prestación de La Función Pública por particulares, Descentralización Por Colaboración; C-563 del 7 de Octubre de 1998, sobre la noción amplia y restringida ; C-866 del 3 de Noviembre de 1999, sobre las diferencias de la Privatización y el ejercicio de Funciones Públicas por Particulares; C-181 del 12 de Marzo de 2002, sobre la naturaleza de las responsabilidades de los Particulares que Ejercen Funciones Públicas”⁹³ y la que a nuestro juicio es una sentencia hito la C-037 del 2003, las sentencias C-948/02; 977/02;1076/02 Y 176/02.

De igual forma nos remitimos a los pronunciamientos del Consejo de Estado como “el Rad 726, Sala consulta y del Servicio Civil 12 de Oct. /95; Rad 792, Mag Ponente, Roberto Suarez Franco, 8 de Mazo del 96; RAD, 1.190 5 de Mayo de 1999; 1185 de Mayo del 1999; 1308 de Dic. de 2000; 13123 de 8 Marzo de 2001 y las acciones de cumplimiento; ACU.546 del 21 de Enero del 1999; ACU 615. 10 de Marzo del 1999; ACU 655/99”⁹⁴

1.3 ANTECEDENTE LEGAL.

Este tiene como punto de partida, dentro del marco temporal en que nos encontramos, es decir la Constitución del 1991, el hecho que “con la expedición de La Ley 27 de 1992 se desarrolla el artículo 25 de la Constitución Política, consagra normas sobre administración de personal al servicio del Estado tanto del orden Nacional como del Territorial, para garantizar la eficiencia de la Administración Pública, el acceso a los cargos del Estado a través de concurso público o de ascenso, e incluye la figura de manuales de funciones y requisitos”⁹⁵.

De igual forma refiere la mencionada, que por medio de “la Ley 190 de 1995 o estatuto anticorrupción se dictaron normas tendientes a preservar la moralidad en la Administración Pública y se fijaron disposiciones con el fin de erradicar la

⁹³ Revisar en, Periódico Institucional Procuraduría General De La Nación, Procurando N°1, Bogotá D.C. Agosto de 2002, pág. 41 y s.s.

⁹⁴ Ibídem, Pag. 59 y s.s.

⁹⁵ Ver en, Derecho Disciplinario, Manual Práctico. Bogotá D.C. Editorial Librería del profesional, 2002

corrupción administrativa, con el propósito de combatir las prácticas inmorales y delictuosas de funcionarios públicos y particulares que buscan dilapidar o apropiarse del erario. Puso en marcha un sistema de quejas y reclamos, un control sobre el reclutamiento de los empleados públicos, la obligación de todos los colombianos de presentar declaraciones de bienes y rentas, la obligación de las entidades de definir sus estrategias y metas anuales y la presentación de sus resultados, también se establecieron nuevos sistemas para darle transparencia a la contratación administrativa y se modificó el Código Penal en lo referente a los delitos contra la Administración Pública”⁹⁶

Ahora bien, retomamos por su importancia lo que refiere el Procurador General La Nación, que “la ley 200 de 1995, representó un cambio trascendental en la legislación colombiana, pues constituyó el primer intento de reforma de la normativa disciplinaria que consolidó en un documento el régimen de faltas, sanciones y también los procedimientos, destacándose la finalidad del deber funcional del servidor público en cumplimiento de los llamados fines esenciales del Estado. A pesar del esfuerzo, en poco tiempo se observaron sus puntos críticos y sus deficiencias, en especial frente a la enumeración escasa y taxativa de las faltas gravísimas, algunas sanciones algo irrisorias y desproporcionadas frente a la gravedad de los daños y poca claridad en torno al procedimiento aplicable, como también se extrañaba la existencia de un régimen especial para los particulares que ejercieran funciones públicas, pues se limitaba a mencionar que dichos particulares eran destinatarios de la ley disciplinaria pero no se regulaba lo relacionado con los deberes y prohibiciones que les resultaban propios y el régimen sancionatorio aplicable”⁹⁷.

En este mismo sentido refiere el Ex Procurador General de la Nación, Edgardo Maya Villazón, que esta ley se da como un intento en la búsqueda de unificación de criterios, faltas, sanciones y demás tópicos de los regímenes disciplinarios en Colombia y añade que “representó un hito en la legislación colombiana, por tratarse del primer intento de reforma de la normatividad disciplinaria para conformar un cuerpo único que comprendiera el régimen de faltas, sanciones y procedimientos como medio de corrección en el ejercicio de la función pública del Estado.

El intento legislativo resultó acertado, pero en poco tiempo se observaron sus puntos críticos y sus deficiencias, en puntos tan complejos como un régimen de sanciones condignas a la gravedad de las conductas, la enumeración escasa y

⁹⁶ *Ibíd*em

⁹⁷ Código Disciplinario Único, Notas de Vigencia, Bogotá D.C. 2011, pág. 8.

taxativa de las faltas gravísimas y la poca claridad en torno al procedimiento aplicable. En este sentido conductas que afectaban de manera verdaderamente grave el correcto funcionamiento de la administración pública no resultaban castigadas o sólo podían serlo de modo irrisorio, con sanciones que no correspondían a la afectación padecida por la administración, como por ejemplo, la imposición de multas en casos de existencia de intereses personales en la celebración de contratos estatales. Así, a más de generar impunidad, la gestión disciplinaria no tenía eficacia y poder de disuasión para evitar la comisión de faltas.

Tampoco se contaba con un régimen especial para los particulares que ejercieran funciones públicas, pues la antigua ley se limitaba a mencionar que dichos particulares eran destinatarios de la ley disciplinaria pero no se regulaba lo relacionado con los deberes y prohibiciones que les resultaban propios, las faltas específicas y las sanciones que deberían imponérseles”⁹⁸.

Es por esta falta de herramientas de público conocimiento y de la evolución de las dinámicas de contratación, así como de la especialización que fue surgiendo en el mundo de la contratación, subcontratación y de las formas de delinquir desde estos escenarios que surge la ley 734/02.

Esta ley, que es nuestro Código Disciplinario Único, en sus 224 artículos es en esencia un mecanismo de lucha contra la corrupción, esto es claro al examinarlo y establecer que este contempla 63 faltas gravísimas de las cuales solo 12 están relacionadas con la defensa de los derechos humanos y el buen funcionamiento de la administración, es decir, este código-ley, es un mecanismo de lucha anticorrupción, flagelo que ha permeado diversos niveles, por no decir todos, de la administración pública.

Pero sin lugar a dudas, uno de los principales avances, de esta nueva norma, se da en lo que nos interesa en este trabajo, como queda registrado en el fascículo de la procuraduría general “procurando” que lo registra de la siguiente forma “Otra de las innovaciones de la nueva normativa se relaciona con la responsabilidad disciplinaria de particulares que desempeñan funciones públicas, las cuales no estaban señaladas expresamente en las anteriores normas, como los interventores de contratos estatales, los que ejercen funciones públicas,

⁹⁸ Para apoyo consultar a, Maya Villazón, Edgardo J, www.colegiodederechodisciplinario.com o en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Publicaciones/Libros2011/memoriaELECTRONICO.pdf> Estado Actual de Derecho Disciplinario En Colombia, memorias del segundo congreso internacional de derecho disciplinario.mexico.2011. pág. 404

quienes prestan servicios públicos a cargo del Estado o administran recursos públicos, los árbitros y los conciliadores”⁹⁹.

Sin embargo es propicio complementar este acervo legal con normas igualmente limítrofes en cuanto al tema referido de donde extractamos algunas leyes especiales como la “Ley 489 del 29 de Diciembre de 1998 o Estatuto Básico de Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Art 110 y s.s., Ley 30 de 28 de Diciembre de 1992, que organiza el Servicio Público de la Educación Superior, artículos 96 y 97; Ley 100 de 23 de Dic 1993, sobre el Sistema de Seguridad Social Integral, artículos 156, 171 y 181; Ley 114 de Febrero de 1994 o Ley general de Educación, artículos 138, 140, 142, 196, 197, 198, 201,201 ; Ley 134 de Mayo del 94, sobre los Mecanismos de Participación Ciudadana, artículo 98; Ley 142 de Julio de 94, Régimen de Los Servicios Públicos Domiciliarios, artículos 3, 8, 15, 24 y 41; Ley 388 de Julio 18 de 1997,Ley de Reforma Urbana, artículo 101; Ley 446 de Julio de 1998, Disposiciones sobre Descongestión, Eficiencia y Acceso a la Justicia, artículos 1, 2, 3, 91, 92, ,99,111, 113, Ley 497 del 99, por la Cual se crean los Jueces de Paz y se reglamenta su Organización y Funcionamiento; Ley 599 de Julio 24 de 2000, Por el cual se crea el Nuevo Código Penal , artículo 20; Ley 640 de 2001, artículos 5,7, 10 y 11, por la cual se Modifican Normas Relativas a la Conciliación y se dictan otras disposiciones; Ley 610 de Agosto de 2000, por la cual se establece el Trámite de los Procesos de Responsabilidad Fiscal de Competencia de las Contralorías”¹⁰⁰.

De igual forma están las no menos importantes Ley 678 de Agosto 3 de 2001, sobre la Acción de Repetición o de Llamamiento en Garantía, en especial el parágrafo 1 del artículo 2; la Ley 720 de 2001, por medio de la cual se reconoce, se promueve y regula la Acción Voluntaria de los ciudadanos en Colombia y la Ley 80 del 93 con su consecuente modificación que para nosotros más que modificación es actualización la Ley 1150 de Julio 16 de 2007¹⁰¹.

2. CONCEPTOS CLAVES INTRODUCTORIOS AL TEMA:

2.1. FUNCIONPÚBLICA:

Conjunto de las funciones que cumple el Estado a través de los órganos de las ramas del poder público para alcanzar sus fines, estas son actividades y

⁹⁹Se exhorta al lector a consultar Periódico Institucional Procuraduría General De La Nación, Procurando N°1, Bogotá D.C. Agosto de 2002,pág. 4

¹⁰⁰ Se invita a consultar en, Ejercicio de Funciones Públicas por Particulares,Revista de Empleo Público, Bogotá D.C. Imprenta Nacional de Colombia 2004, pág. 23 y S.S.

¹⁰¹ Ibidem.

competencias del Estado y de sus diferentes órganos, por ejemplo; La administración de justicia, el control fiscal.

Es en general lo que ejercen los diferentes servidores públicos, señalamientos de conductas, expedición de actos unilaterales ejercicio de coerción entre otros.

Ahora bien, esta es entendida como “un círculo de asuntos que deben ser regidos por una persona ligada con el Estado por la obligación de Derecho Público de servirle”¹⁰².

Aunque en algunos casos esta persona no esté ligada propiamente como funcionario, sino, que en virtud de “razones administrativas o estructurales se desplaza hacia personas que no se encuentran vinculadas a la administración como servidores propiamente dichos (relación legal y reglamentaria o contrato de trabajo), lo cual bien puede generarse a través de un contrato de prestación de servicios en los términos que lo permiten las normas sobre la materia, artículo 32 de la Ley 80 de 1993, pues aunque mediante este medio no se genera subordinación ni dependencia con la administración, sí es posible que su ejecución conlleve el ejercicio de una actividad netamente administrativa”¹⁰³.

Entonces, por tratarse de un trabajo académico que propende por buscar más allá de lo existente en relación a la responsabilidad de los particulares que ejercen funciones públicas, debemos ahondar en la gramática explicativa y de fondo, de lo que es, se considera y realmente es la Función Pública en Colombia, es por esto que además de las anteriores definiciones traemos estas acepciones que pueden ser concebida en el argot de manera diferente, es decir como La Función Pública y Función Pública, para entender esto con claridad contextualizaremos a continuación.

Una de estas interpretaciones establece que La Función Pública “son actividades o potestades de interés general cuya titularidad corresponde al Estado, como expresión de soberanía y que están directamente relacionados con el cumplimiento de sus fines esenciales como sistema de organización política y democrática”¹⁰⁴.

¹⁰² Se puede encontrar en, CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. Diccionario Jurídico. Pág. 170.

¹⁰³ Consultar concepto de Procuraduría Auxiliar de la Procuraduría General de la Nación. Bogotá, D.C. 27 de noviembre de 2002. PAD- NO 7653. SILVANO GÓMEZ STRAUCH. Procurador Auxiliar para Asuntos Disciplinarios.

¹⁰⁴ Se recomienda al lector consultar en, Lecciones de derecho disciplinario VOL 6, Bogotá D.C. IEMP, 2007, Pág. 28

2.2 CLASIFICACIÓN DE LA FUNCIÓN PÚBLICA:

Esta se puede clasificar, según varios criterios, uno de ellos obedece “al criterio clásico de separación de poderes; entonces tendríamos que esta se divide en función Constitucional, legislativa, administrativa y Judicial.

El otro criterio obedece al papel del Estado frente a la actividad económica, independientemente del modelo económico de Estado tenemos que son funciones públicas; las de planeación de la economía, la dirección general de la economía, la regulación económica o la inspección, vigilancia y control de la actividad económica.”¹⁰⁵.

De manera que tenemos que Función Pública, es entendida mas como las relaciones laborales en el sector público, es así como lo emplea nuestra Constitución para denominar “el conjunto de principios y disposiciones que rigen las relaciones laborales entre el Estado y los servidores públicos, ámbito de aplicación que se encuentra regulado en Capítulo 2 del Título V, cuya denominación constitucional es precisamente esa: DE LA FUNCIÓN PUBLICA”¹⁰⁶.

Esta tiene su origen en el Derecho francés, donde no tienen la misma utilización, en este su acepción es connotada y diferente, puesto que La Función Pública es denotada como “puissance publique”, potestad publica/poder público, mientras que nuestra segunda acepción Función Pública es concebida como “La Fonction Publique”, Función Pública, por consiguiente y a modo de conclusión de esta pequeña alusión de derecho comparado, “cuando en Francia se hace referencia a la FONCTION PUBLIQUE , ella tiene una sola acepción: las relaciones laborales entre la administración y sus funcionarios. En cambio, cuando se hace referencia a las funciones públicas, a los poderes públicos, se alude a La PUISSANCE PUBLIQUE”¹⁰⁷

Por otra parte tenemos la única definición quizá, de carácter u origen jurisprudencial, que es muy oportuna traerla a discusión por lo amplia y actual de su contenido, además por que vincula el elemento de los particulares como agentes que prestan este servicio, esta definición es dada por la Corte Constitucional a través de la sentencia C-037/03, donde se establece que la Función Pública, es “el conjunto de funciones que cumple el Estado, a través de los órganos de las ramas del poder público, de los órganos autónomos e independientes y de las demás entidades o agencias públicas, en orden de

¹⁰⁵ Ibidem, pag. 29

¹⁰⁶ Ibidem, pag. 30

¹⁰⁷ Ibidem, pag. 32

alcanzar sus fines. Funciones que no solamente son predicables de las personas que se vinculan al Estado mediante la elección o nombramiento y la posesión del cargo, sino también de los particulares que, en los casos establecidos en la Constitución y la Ley, pueden investirse de la autoridad del Estado y desempeñar funciones públicas administrativas y judiciales”¹⁰⁸

Pero para cerrar este aparte, es indispensable expresar lo que a nuestro juicio es supremamente revolucionario, de avanzada en cuanto a la definición de este concepto clave, pues sobre si, genera un desarrollo, un impulso como ningún otro a la ampliación de la comprensión y dimensión de este tema en la actualidad jurídica y social colombiana.

Es así, como a través de la Ley 412 del 1997, -Ley que aprueba la Convención Interamericana Contra la Corrupción-, se da la siguiente definición de función pública, aquí se establece; que es “Toda actividad temporal o permanente, remunerada u horaria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio de este o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos”¹⁰⁹, nótese que utiliza la expresión “en nombre del Estado o al servicio de este”, es decir, da un tratamiento amplio o más bien amplia el espectro a las posibilidades de cobertura que tiene el Estado, para cumplir con sus fines, pues ya no solo es a través de sus funcionarios, o de los particulares que ejerzan funciones públicas permanente o temporalmente, sino, a quienes actúen en nombre del Estado o a su servicio.

Según esto serían responsables disciplinariamente unos particulares que por ejemplo, tienen una asociación autónoma de veedores ciudadanos, que en ejercicio de esa actividad y con la creencia que son agentes integrales del Estado como ciudadanos, recopilan información técnica y contractual sobre adjudicación de predios por parte de una alcaldía municipal, para ser utilizados como relleno sanitarios de disposición de basuras y con estos documentos deciden imputar cargos ante la jurisdicción por violación a las leyes de contratación estatal, violación del régimen de incompatibilidades e inhabilidades, interés indebido de contratos y violación a las normas medioambientales, pero en el proceso de su actividad investigativa hurtan información de los archivos de la alcaldía?, estarían estas personas sujetas a un eventual juicio disciplinario por cuanto estaban ejerciendo una labor de control correspondiente al Estado y en su labor lo hacían como particulares en representación del Estado ausente?

¹⁰⁸ Se invita a examinar la Sentencia. C-037/03

¹⁰⁹ Se recomienda al lector consultar en, Lecciones de derecho disciplinario VOL 6, Bogotá D.C. IEMP, 2007, Pag. 41 o inciso 2do Ley 412/97.

O que diríamos de las otrora legales autodefensas o convivir, cuerpos legales de defensa armada privada, serían ellos sujetos de responsabilidad disciplinaria, toda vez que ejercieron una labor correspondiente al Estado, como lo es la defensa de los bienes y honra, así como de la propiedad privada, la vida y la integridad ciudadana de quienes no tenían otra defensa contra la subversión que el Estado era incapaz de controlar?

2.3. FUNCION ADMINISTRATIVA

Esta es la especie dentro del género que es la función pública, es decir, se infiere con esto que es, el conjunto de funciones que cumple el Estado dentro del ramo administrativo. ¿Pero por quien o quienes puede ser ejercida? , pues por “los órganos del Estado, inclusive los particulares, siempre y cuando estén en cumplimiento de tal función”¹¹⁰.

De esta manera se expresó la Corte Constitucional al decir que “la función que se califica expresamente como funciones públicas está la de administración de justicia (art 228 C.P.) y el Control Fiscal (art 267 C.P.) y a lo que el art 209 superior se refiere es a la función administrativa, especie del género función pública”¹¹¹.

Ahora bien desde el punto de vista “material o funcional, la administración debe diferenciarse de las otras actividades públicas, como lo son la legislativa y la jurisdiccional. Por este aspecto puede decirse que legislar consiste en expedir las reglas generales que rigen la comunidad que conforma un Estado determinado en aplicación de los principios constitucionales. Esta actividad es principalmente teórica y no requiere una acción continua y cotidiana, ya que puede ejercerse esporádicamente.

Por su parte administrar consiste en tomar las medidas y ejercer las acciones necesarias para manejar en la practica el Estado y lograr los fines por el perseguidos, con fundamento en las reglas generales expedidas por el legislador.”¹¹²

¹¹⁰ Se puede encontrar en, Tratado de Derecho Administrativo, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria. 2002, pág. 57.

¹¹¹ Consultar en, Estructura de tipo Disciplinario 1era edi, Bogotá D.C. Grupo ECOMEDIOS, 2005, pag. 54

¹¹² -Se recomienda al lector consultar en, Lecciones de derecho disciplinario VOL 6, Bogotá D.C. IEMP, 2007, Pág. 29 y 30.

2.4. SERVIDOR PÚBLICO:

Es toda persona que ejerce a cualquier título una función pública, por ejemplo, los empleados y trabajadores del Estado, ya sean por entidades descentralizadas o por servicios, así como lo son también los miembros de corporaciones públicas, entre estos tenemos los enunciados por artículo 123 de la Constitución, los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado, de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios¹¹³

2.5. SERVICIOS PÚBLICOS:

Son aquellos servicios que contribuyen a cumplir los fines del Estado, que pueden ser prestados por particulares.

Esta a su vez es aceptada por nuestra jurisprudencia como aquella que se “manifiesta esencialmente en prestaciones a los particulares”¹¹⁴

3. RELEVANCIA DEL DEBATE SOBRE LA DIFERENCIA ENTRE LAS NOCIONES DE FUNCIÓN PÚBLICA Y SERVICIO PÚBLICO EN CONTEXTO.

3.1. BREVE ANTECEDENTE DEL PROBLEMA:

La ley disciplinaria en Colombia para instaurar un régimen de control disciplinario eficaz, eficiente y oportuno ha venido evolucionando sistemáticamente a fin de especializarse y estar a la altura de los retos de las nuevas tendencias y constantes transformaciones que sufre el Estado y los sistemas de gobierno y administración dentro del mismo, es así como hasta el art 20 de la Ley 200/95 primer Código Disciplinario Único en Colombia, se presenta ante la Nación la figura de la responsabilidad disciplinaria de los particulares que ejercen funciones públicas, es decir, a partir de este momento se hacen sujetos disciplinables esta nueva modalidad de colaboradores estatales y quedan tipificados como tal en este código, sin embargo, estos nunca fueron sujetos de ningún tipo de responsabilidad concreta, puesto que la norma en mención, nunca dispuso de un régimen de aplicación propio, es decir; primero, nunca trajo consigo, a quienes específicamente se les debería aplicar, segundo, nunca estableció las razones por

¹¹³ Se invita a explorar en Sentencia C-417 de 1993. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

¹¹⁴ Se recomienda al lector consultar en, Lecciones de derecho disciplinario VOL 6, Bogotá D.C. IEMP, 2007, Pág.28

las cuales se les tenía que aplicar y tercero, no era posible establecer el vínculo con el Estado con estos particulares puesto que se utilizaba la teoría formal o subjetiva que requería la demostración de un vínculo formal laboral y de subordinación con la administración (léase Estado), que naturalmente no se cumplía y que de llegarse a dar violentaría consustancialmente el principio de legalidad y debido proceso constitucional toda vez que no se había preestablecido la norma.

Esta circunstancia problemática halla su resolución en la sentencia C- 286/96, donde la Corte “advirtió tal situación, invocando el principio de legalidad que surge claramente del art 6° de la Constitución”¹¹⁵, es decir que la Corte a través de ésta sentencia preceptúa que someter a los particulares a esta normatividad sería una flagrante violación a los derechos fundamentales de legalidad, defensa y debido proceso toda vez que se les sometería a un proceso sin norma preestablecida, debido a que el artículo 20 de la Ley 200/95 , “fijó apenas el ámbito de aplicación de la normatividad disciplinaria e incluye allí a los particulares que ejerzan funciones públicas, lo cual no implica que el mismo precepto se haya ocupado en la definición íntegra del régimen disciplinario que el Estado puede aplicar a tales personas”¹¹⁶, por lo tanto concluye que sería tarea del legislador y por mandato constitucional le correspondería a este cuerpo colegiado “establecer ese régimen, consagrar las faltas que pueden imputarse a las personas en dicha situación, estatuir las reglas procesales aplicables y las pertinentes sanciones sin que pueda entenderse que se les traslada en bloque el régimen consagrado para los servidores públicos”¹¹⁷

Este inconveniente, encuentra su resolución con el acaecimiento de la Ley 734/02 ya que en ésta “se fijó un régimen especial, que se acerca más a la naturaleza de las funciones que los mismos desempeñan”¹¹⁸, pero persistía el problema de la teoría formal o subjetiva, que consistía en que para saber si eran o no sujetos disciplinables, esto es, que para saber si se les podía o no aplicar un proceso disciplinario y su consecuente posible sanción se les debía establecer su vinculación, si era o no servidor, que realmente tenían un vínculo o estar subordinado a la administración o el Estado como tal, es decir lo subjetivo, cosa que no sucedía con los sujetos en cuestión, es decir con los particulares que ejercían funciones públicas toda vez que estos no son servidores públicos y se encontraban en situación de subordinación con el Estado.

¹¹⁵ Ver en, sentencia C- 286/96

¹¹⁶Ver en, La responsabilidad Disciplinaria De Los Particulares Que Ejercen Funciones Públicas, Lecciones de Derecho Disciplinario Vol 5, Bogotá D.C. Edi, Instituto de Estudios del Ministerio Publico (IEMP), 2007, Pág. 115

¹¹⁷ Ibídem.

¹¹⁸ Ibídem.

Si bien es cierto que la Sentencia C- 286/96 sentó las bases para dirimir este conflicto ya que estableció que cuando se tratara de los servidores públicos el criterio a aplicar si era el subjetivo, por cuanto claramente se cumplen los parámetros de estar subordinado por ser servidor público como tal, pero para el caso de los particulares esta dice que *“ el particular que se halla en cualquiera de las situaciones en que el orden jurídico lo faculta para cumplir papeles que en principio corresponderían a organismos y funcionarios estatales, no puede ser mirado de modo absoluto bajo la óptica de una responsabilidad igual a la de los demás particulares, circunstancia apenas a su condición privada, ya que por razón de la tarea que efectivamente desarrolla, en la medida de esta y cuanto toca con el interés colectivo, es públicamente responsable por su actividad, sin que llegue por eso a convertirse-se repite- en servidor del Estado desde el punto de vista subjetivo”*¹¹⁹, es hasta la llegada de la “sentencia C 037/2003 que se consolida lo que se viene a denominar el criterio objetivo , que consiste en que para establecer si un particular puede o no ser sujeto disciplinable, se observa el hecho de que cumpla o no funciones públicas”¹²⁰, es por esto que esta sentencia entra a definir que es función pública y servicio público para “concluir que solamente el ejercicio de una función pública da lugar a la acción de la potestad disciplinaria en contra de los particulares, es decir que por el solo hecho de que un particular esté a cargo de la prestación de un servicio público no lo hace sujeto del derecho disciplinario”¹²¹.

Es propicio entonces decir que la “constitución utiliza el término función para identificar las actividades del Estado, (art 113 C.P.) así como para determinar las competencias de los diferentes órganos del Estado (art 150, 241, 277 C.P.) en tanto que el artículo 122 superior expresa que ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de la que le atribuye la Constitución y la Ley.”¹²² y en cuanto a la definición de servicio público dice la corte que “la constitución utiliza el término servicio público para calificar expresamente como tales determinadas actividades, por ejemplo: La seguridad Social (art 48 C.P.) de la que señala, es un “servicio público de carácter obligatorio que se prestara bajo la dirección, coordinación y control del Estado”¹²³.

¹¹⁹ Para ahondar en el tema examinar, Ejercicio de Funciones Públicas por Particulares, Revista de Empleo Público, Bogotá D.C. Edi. Imprenta Nacional de Colombia, 2004, pág. 39 y S.S.

¹²⁰ *Ibidem*.

¹²¹ Ver en, La responsabilidad Disciplinaria De Los Particulares Que Ejercen Funciones Públicas, Lecciones de Derecho Disciplinario Vol 5, Bogotá D.C. Edi, Instituto de Estudios del Ministerio Publico IEMP), 2007, Pág. 118 y s.s.

¹²² De igual forma, es importante revisar para mejor comprensión la Sent C-037/03.

¹²³ Ver en, La responsabilidad Disciplinaria De Los Particulares Que Ejercen Funciones Públicas, Lecciones de Derecho Disciplinario Vol 5, Bogotá D.C. Edi, Instituto de Estudios del Ministerio Publico IEMP), 2007, Pág. 118 y s.s.

Así mismo que el Estado, con la participación de los particulares “ampliara progresivamente la cobertura de la seguridad social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la ley y que esta podrá ser prestada por entidades públicas o privadas de conformidad con la ley”¹²⁴; la atención en salud y saneamiento ambiental (art 49 C.P.) de los que señala que son “servicios públicos a cargo del estado y que a este corresponde organizar dirigir y reglamentar; la educación (art 67) de la que expresa que es un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social y corresponderá al Estado regula y sobre el cual ejercerá la suprema inspección y vigilancia; así como la que desarrollan los notarios y registradores”¹²⁵.

Todo esto concluye de manera significativa para poder decir que el hecho de que se haya pasado por el transcurso de esta problemática, es decir, el hecho que hayamos pasado o evolucionado, de un sistema donde no se reconocía la participación de los particulares que ejercen funciones públicas pero donde no era posible su sometimiento a la ley disciplinaria a un reconocimiento y armonización de este con la consecuente posibilidad de ser disciplinados por la ley pero que se enfrenta nuevamente al problema de que debía establecerse su carácter subjetivo y al posterior evento de que se establezca por parte de la corte que ya no sería necesario -en tanto a los particulares – para poder someterlos a la ley disciplinaria el carácter subjetivo de la relación o vinculación con el Estado, sino su condición de si estaba o no cumpliendo una función pública es la razón de este aparte del trabajo, toda vez que si no existe claridad en este punto, se incurrirá en los errores comunes a que nos vemos avocados por su desconocimiento y que nos conduce necesariamente a la confusión y distorsión del tema, lo que sería perjudicial además para entender cuál es nuestra propuesta y lo que se espera alcanzar con este trabajo, elementos que serán esbozados en el capítulo III.

4. EL PRINCIPIO DE COLABORACIÓN COMO CATALIZADOR DE LA PARTICIPACIÓN DE LOS PARTICULARES EN EL EJERCICIO DE FUNCIONES PÚBLICAS

Este principio consagrado en nuestra Constitución en el artículo 2 y 95 de la Constitución Política refiere en estos términos; “Artículo 2. *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*

¹²⁴Ibidem.

¹²⁵Ibidem.

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.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”¹²⁶, así mismo dice el Artículo 95: La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades. Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes.

Son deberes de la persona y del ciudadano:

- 1. Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios;*
- 2. Obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas;*
- 3. Respetar y apoyar a las autoridades democráticas legítimamente constituidas para mantener la independencia y la integridad nacionales;*
- 4. Defender y difundir los derechos humanos como fundamento de la convivencia
Pacífica;*
- 5. Participar en la vida política, cívica y comunitaria del país;*
- 6. Propender al logro y mantenimiento de la paz;*
- 7. Colaborar para el buen funcionamiento de la administración de la justicia;*
- 8. Proteger los recursos culturales y naturales del país y velar por la conservación de un ambiente sano,*
- 9. Contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad”¹²⁷.*

Este, encuentra su recorrido histórico en la post guerra de 1915, o primera guerra mundial, donde luego de ser culminada, el Estado sigue su evolución y aparecen nuevos “servicios de carácter económico hasta llegar a los servicios denominados servicios industriales y comerciales en cuya prestación participan los particulares, así históricamente surgió el principio de la colaboración de los particulares en las tareas del servicio público, pues el Estado no las podía asumir todas”¹²⁸.

¹²⁶ Consultar, Constitución Política De Colombia, anotada, ed. Leyer, 2008.

¹²⁷ *Ibidem*.

¹²⁸ Se recomienda al lector consultar en, Lecciones de derecho disciplinario Vol 6, Bogotá D.C. Edi. Instituto de Estudios del Ministerio Publico (IEMP), 2007, pág. 27

Y es en virtud de esta nueva situación, de este nuevo panorama evolucionado que se presenta ante el nuevo mundo, el novedoso principio de colaboración, que los juristas de la época “por encontrar una noción clave que permitiese, identificar la actividad administrativa de Estado, para diferenciarla de la actividad de los particulares, frente a la noción de servicio público, observaron un afortunado lastre- para el objeto de nuestro estudio- consistente en que esas actividades orientadas a satisfacer una necesidad de interés general no eran exclusivas y excluyentes de las personas u organismos públicos, si no que en ellas participaban los particulares en desarrollo del principio de colaboración”¹²⁹.

Y así fue como a “través de sus brillantes estudios, reconocieron por primera vez, históricamente que los particulares participaban en las tareas del servicio público y como tales les era aplicable el régimen del derecho público.”¹³⁰

Es decir, 80 años aproximadamente antes de que se expidiera en Colombia la Ley 200/95, ya en otras latitudes estos temas se habían abordado, sin embargo fueron otros los discursos que a nuestra América llegaron y como siempre discursos y tesis Europeas que por esas épocas imponían el Estado Liberal del “dejar hacer, dejar pasar” por lo que por su actualidad es propicio decir “ que toda Hispanoamérica ha sido víctima de las teorías de publicistas europeos como Smith, Say, Pastiat, Stuart Mill, Spencer, LeroyBalieu y demás predicadores del libre cambio absoluto y de las célebres máximas de *Laissez faire, laissez passer* un mínimo de gobierno y un máximo de libertad; mientras en el nuevo continente hemos venido aplicando hace tres cuartos de siglo esas lucubraciones especialmente en lo económico, los países de esos escritores, Francia la primera, se han complacido en no escucharlos y en practicar todo lo contrario, de este modo, esas doctrinas han sido allá, casi en un todo, literatura para la exportación, que los americanos hemos pagado a doble costo el precio de los flamantes libros”¹³¹

5. LA DESCENTRALIZACIÓN ADMINISTRATIVA COMO ELEMENTO CLAVE.

Sea lo primero señalar, que dentro del marco de este capítulo, nos parece interesante esbozar todas aquellas figuras que de una u otra forma, son la base y sustento de la figura que estudiamos y sobre la cual presentaremos una tesis, esto es clave, si lo compaginamos con el adagio popular que reza “hay que saber de

¹²⁹ Ibídem.

¹³⁰ Ibídem.

¹³¹ Ver en, Uribe Uribe, apartes selectos de su obra, Discurso sobre el Socialismo de Estado, Bogotá D.C. Universidad Libre, 1era Edición, Ed, Opciones Gráficas Ltda.,06/2011 pág. 172.

dónde se viene, para saber hacia dónde se va” y esto en materia jurídica sí que es una verdad.

Por demás, la descentralización administrativa ha jugado un papel interesante en la implementación de la figura de los particulares que ejercen funciones públicas, lo que a su vez ha llevado a la necesidad que esta figura sea regulada y lo que consecuentemente nos lleva a que nosotros postulemos que a esa regulación le hacen falta dientes en aras de consolidar un Estado social y democrático de Derecho, fruto esperado en todo trabajo académico jurídico en especial de egresados de la Universidad Libre.

Por descentralización entendemos el concepto mayor o antecesor de lo que en la teoría administrativa moderna conocemos como descentralización por colaboración o el ejercicio de funciones públicas por parte de particulares, según una ecléctica definición es la “acción de transferir a diversas corporaciones o personas, parte de la autoridad antes ejercida por el gobierno supremo del Estado Sistema administrativo que deja en mayor o menor libertad a las corporaciones provinciales o municipales, para la gestión de los servicios públicos y otras actividades que a las mismas interesan dentro de la esfera de su jurisdicción territorial”¹³², pero esta definición se queda corta al no especificar primero que el interés no es solo de las instituciones, si no de los ciudadanos, directos beneficiados por concepto del “contrato social”¹³³ de esos beneficios comunes y generales y segundo por el interés constitucional al mandar ésta a través de su:

Artículo 1. 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.

Artículo 2. 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*.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás

¹³²Cabanellas de las cuevas, Guillermo Diccionario Jurídico Elemental, 17ma Edición, edit., Heliasta S.R.L.2005, Pág. 123

¹³³ Ver en, El contrato Social, cogota D.C Ediciones Momo, Pág. 13.

derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares¹³⁴.

Es así como de entrada creemos que la descentralización mas allá de sus antecedentes históricos, para nuestra organización democrática es base, epicentro de esa búsqueda verdadera de cumplir con los fines del Estado en todos sus niveles y frentes, por esto este concepto no es mera transferencia de autoridad, jurisdicción o competencia, es la materialización en un Estado moderno, del concepto de democracia, tanto así, que hace parte cual columna vertebral, del preámbulo constitucional sobre la forma de Estado, sistema de Gobierno, Régimen político y fines de la República materna.

Por esto, este concepto va mas allá y se refiere al “reparto de competencias para la mejor gestión de lo público y dentro de la cual se distinguen tres variantes: descentralización política, descentralización administrativa y descentralización fiscal. A su vez la descentralización administrativa, busca racionalizar y mejorar la gestión pública recurriendo al reparto de competencias entre órdenes y niveles de gobierno; también considera a los particulares como agentes que pueden asumir la producción de bienes o la prestación de servicios estatales”¹³⁵ (Subrayado mío), y dentro de esta modalidad a su vez se derivan tres figuras:

DESCENTRALIZACIÓN TERRITORIAL: Se basa en la distribución de competencias y responsabilidades entre órdenes de gobierno (nacional, departamental y municipal), buscando que los municipios se encarguen de la prestación de los servicios, los departamentos controlen y apoyen dicha prestación y la Nación defina los planes, políticas y estrategias generales.¹³⁶

DESCENTRALIZACIÓN FUNCIONAL O POR SERVICIOS: Se refiere a la distribución de competencias y responsabilidades al interior de cada orden de gobierno, para tal fin la administración se organiza, generalmente, en dos niveles, central y descentralizado. El nivel central encargado de formular las políticas públicas y el descentralizado de ejecutarlas. El nivel descentralizado se conforma con las entidades descentralizadas que se crean con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio para el cumplimiento de determinadas funciones o para la prestación de determinados servicios, por eso se habla de descentralización funcional o por servicios¹³⁷.

¹³⁴ Consultar, Constitución Política De Colombia, anotada, ed. Leyer, 2008

¹³⁵ Para ahondar en el tema examinar, Ejercicio de Funciones Públicas por Particulares, Revista de Empleo Público, Bogotá D.C., Edi. Imprenta Nacional de Colombia, 2004, pág. 12 y 13

¹³⁶ Ibídem.

¹³⁷ Ibídem.

DESCENTRALIZACIÓN POR COLABORACIÓN: Se traduce en el ejercicio de funciones públicas por particulares, objeto del presente documento, y cuya utilización debe ir acompañada del correspondiente fortalecimiento del Estado y de los gobiernos en materia de regulación, vigilancia y control, para garantizar la prestación eficiente de las funciones y servicios.

6. NATURALEZA DEL CONTROL DISCIPLINARIO EN COLOMBIA

Si hablamos de la naturaleza del control disciplinario en Colombia, debemos partir del hecho de que si existe un control, es porque existen dos presupuestos a ese control, uno de ellos es la necesidad de ejercerlo y el otro, es la posibilidad de ejecutarlo.

Ahora bien, digamos ¿porque en Colombia existe la necesidad de ejercer un control disciplinario? La respuesta a esto creo encontrarla en el hecho que la estructura de nuestro Estado, nuestros cimientos de organización administrativas y nuestro sistema de Gobierno así lo exigen, la filosofía ideológica que da sustento a la razón de ser y existir de nuestro sistema democrático y de organización social, se denomina contrato social, y este contrato lo hacemos todos en beneficio e interés general, donde necesitamos organizarnos y creamos una súper estructura de organización que se llama Estado, éste a su vez se especializa y se subdivide en ramas del poder, para llegar a todos y cada uno de los ciudadanos y cumplir con sus fines que a su vez son la satisfacción de las necesidades de esos ciudadanos.

Pues bien, este sistema en mayor o menor medida sigue en pie, pero con algunas modificaciones sustanciales, de tipo administrativo más que todo, es decir de funcionarios, de quienes cumplen el contrato movilizando la súper estructura denominada Estado, para llevar a cada ciudadano la satisfacción de sus necesidades, llámese salud, justicia, seguridad, educación etc., pero que en razón de que las sociedades se vuelven más complejas, estas necesidades también y la súper estructura se ve imposibilitada de satisfacer esas necesidades solo con sus funcionarios, por esto acude a ciertos particulares, capaces de ejercer esa tarea y colaborar con el Estado, pero para garantizar un equilibrio en la prestación o cumplimiento de ese contrato deben haber unas garantías, de que esos servidores, funcionarios o particulares, lo harán de cierta forma, esto es, ajustados a unos principios y valores que la sociedad ha venido desarrollando, ha venido aceptando como valores democráticos, por ejemplo, equidad, libertad, igualdad y fraternidad.

Todo esto lo consigna en un documento donde esta contenido el contrato, sus cláusulas y mandatos, las obligaciones y los derechos de los contratantes, dentro de los cuales está la obligación de que esos ciudadanos que por estar al servicio , en representación o colaborando con la súper estructura, adquieren una mayor responsabilidad, adquieren un mayor poder, pues en ellos recae nada más y nada menos la tarea de hacer que esta, cumpla a cabalidad con el clausulado a los demás contratantes por esto a ellos es necesario en especial medida colocarles un límite, unos contrapesos para su labor y a los demás ciudadanos igual aunque en menor medida, así es como interpretamos esta razón, aunque parezca superficial esta historia se resume en el artículo 1, 2 y 6 de nuestra Constitución Política, en la cual reiteramos y hacemos énfasis por ser nuestro contrato social así:

Artículo 1. 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.

Artículo 2. 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.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

Artículo 6. Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.¹³⁸

Por otra parte y siguiendo con la analogía narrativa, debemos agregar, que el otro elemento presupuesto de la naturaleza del control disciplinario es la posibilidad de ejecutar ese control y esto se da, gracias a que la Constitución así

¹³⁸ Consultar, Constitución Política De Colombia, anotada, ed. Leyer, 2008.

lo posibilita y crea las estructuras e instituciones, para ello en el art 6, 2, 26, inciso segundo, 48 inciso tercero y cuarto, 49 inciso segundo, 67 inciso primero y segundo, 116 inciso final, 123 inciso tercero, 131,210, 221(adicionado Art 1, acto legislativo 2 de 1995), 246, 267, 277-9, 318 inciso primero, 340 inciso primero, 365 y 366¹³⁹, se habilita a la súper estructura para que a través de la Ley¹⁴⁰, se faculte a otros ciudadanos funcionarios para que ejerza la coerción a través de sus instituciones para que se cumplan los mandatos y condiciones preestablecidos en el contrato.

Es decir, que la naturaleza real del control disciplinario en Colombia obedece a un mecanismo de talanquera, contrapeso, para que los funcionarios, representantes, servidores o colaboradores del Estado que han sido investidos con mayor autoridad que los demás ciudadanos, -para poder en beneficio general llevar la satisfacción de sus necesidades a cumplimiento-no se extralimiten, no se sobrepasen, no abusen de los poderes a ellos otorgados, en ultimas ese control, son la existencia misma de cláusulas limitantes en beneficio de los valores y principios por todos acordados, como igualdad, equidad, libertad, fraternidad, eficiencia y eficacia entre tantos otros.

CONCLUSIÓN DEL CAPITULO.

Ante esto puedo y debo decir que frente a la *Descentralización como tal*, es claro que es la nueva forma como se evidencia políticamente la existencia del Estado en el siglo XXI Territorial, si lo vemos a nivel político, es la perfecta definición popular de la ley del embudo, el costo para los municipios, el control para quien no le costó la gestión y el reconocimiento del coloso de rodas para el sistema presidencialista y quien ocupe el turno en el solio de los presidentes, además, en cuanto a la *Descentralización Funcional o por Servicios* donde se habla de la ejecución de planes, no se habla de quien los ejecuta, pues esa ejecución de que habla la definición, corresponde en buena medida a los entes descentralizados, donde los municipios pobres de Colombia, son catalogados bajo la misma base de ejecución y donde todos tienen que buscar y “gestionar” recursos de la nación, lo que comúnmente se denomina “la petición de ayuda al gobierno nacional”.

Por otra parte, en la Descentralización por Colaboración, es factible inferir para quienes tienen un bagaje en el conocimiento del Estado y sistemas de

¹³⁹Para ahondar en el tema examinar, Ejercicio de Funciones Públicas por Particulares, Revista de Empleo Público, Bogotá D.C., Edi. Imprenta Nacional de Colombia, 2004, pag 21, 22,23

¹⁴⁰Consultar el tema con mayor profundidad en Código Disciplinario Único, Ley 734 de 2002, <http://www.unilibrepereira.edu.co/catehortua/C%C3%93DIGO%20DISCIPLINARIO%20%C3%9ANICO-%20Ley%20734-02.pdf>

administración y gobierno, que ésta figura es la media longitudinal, entre el Estado Gendarme y el Estado *Laissez faire* de los siglos XVIII, XIX principios de XX en Colombia, esta es en buena medida la respuesta que nuestra bicentenaria República ha ido encontrando para adaptarse al mundo moderno de gobierno, por encima de administración y es una medida de sostenimiento de esos gobiernos, por eso su enfoque obedece a un enfoque político y sus fines, si bien altruistas acordes a los ideales democráticos, también constituyen fines políticos consecuentes a la visión de Estado y poder que se tienen y que consecuentemente se quieren salvaguardar.

Este hecho fue debatido en la década de los 80's en nuestro Congreso, pues se veía y se sentían los cambios y su impulso ideológico en los aires económicos, políticos, académicos y jurídicos en el mundo entero, luego de concluida la guerra fría, la lucha ideológica entre el capitalismo y sus matices y el socialismo, el comunismo y sus respectivos matices, países como el nuestro buscaba adaptarse a esas nuevas tendencias, y a excepción de la reforma del 68, que ya hemos comentado, nuestro país no había evolucionado, por lo menos en materia de gobierno o administración en mayor cosa, Colombia saliendo de las consecuencias trágicas en materia administrativa del frente nacional donde este "produjo una hegemonía bipartidista y convirtió la administración en una especie de *garantía de paz*. Mientras la repartición paritaria de la burocracia del Estado estuviera asegurada entre los dos partidos la paz permanecía segura"¹⁴¹.

Por esto llegamos al hecho de que para entender el contexto y la real finalidad de un tema aparentemente simple, como la responsabilidad disciplinaria de los particulares que ejercen funciones públicas en Colombia, se requiere decir también, que en el fondo del recipiente que envasa la doble moral de nuestra sociedad, este tema tiene que ver muchísimo con la corrupción que se genera desde y por la administración pública, de sus recursos en general, éste es nuestro antecedente más real y menos teórico, pocos lo quieren reconocer, pero la necesidad de un Derecho disciplinante a los funcionarios o a los particulares que ejercen funciones públicas, es en el fondo la necesidad de frenar los altos índices de corrupción, de inmoralidad de lo público, que es lo que evita realmente el cumplimiento de los fines del Estado, es precisamente en este contexto que por ejemplo que un sector conocedor de estas preocupaciones y realidades en la década de los 80's como lo fue "El nuevo liberalismo, denuncia los vicios políticos en la administración como una violación de la libertad pública de los ciudadanos y una de las principales fuentes de violencia, por esto, según el programa de reforma de la administración propuesto por el movimiento, la honestidad y el mérito deben establecerse como los principales criterios de acceso a la

¹⁴¹ Ver en, El Rojo de Galán, Bogotá D.C. Edit. Planeta Colombiana S.A. 1998, Pág. 50

administración pública. De la misma manera una distinción debe operar entre la función pública y la administrativa. En la primera, la responsabilidad política de los funcionarios debe ser claramente definida y respetada. En la función administrativa, un régimen disciplinario habrá de determinar la responsabilidad de los funcionarios”¹⁴²

Para poder concluir que la ampliación de nuestra temática en lo conceptual, de margen o campo de aplicación debe incrementarse, pues la tendencia del Estado es orientado cada vez más, a desprenderse de sus facultades , garantizando eso sí, sus cualidades particulares de coerción y ejercicio del poder en especial en lo burocrático, por esto como ciudadanos debemos aportar para que en ese proceso, -de desprendimiento de las funciones básicas del Estado- los recursos y bienes públicos no queden a la deriva en las mareas de la corrupción de la administración.

¹⁴²Ibídem. Pág. 51.

CAPITULO II

PARTICULARES QUE EJERCEN FUNCIONES PUBLICAS EN COLOMBIA, TIPICOS

1. REGIMEN DISCIPLINARIO COLOMBIANO:

1.1 VISIÓN CONSTITUCIONAL

Desde el punto de vista constitucional y enmarcados concretamente en la Carta del 1991, la responsabilidad disciplinaria de los particulares que ejercen funciones públicas en Colombia, tiene como punto de partida los Artículos 2, “116 numeral 4; 123,131 numeral 3 y 209, 210, 246, 267, 277 340, 365 y 366 ya que esta norma superior inspirada en el principio de colaboración, le otorgó facultades a los particulares para el desarrollo de funciones públicas”¹⁴³.

1.2 VISIÓN LEGAL

Es hasta la expedición de la Ley 734 de 2002, que se concreta el régimen disciplinario en Colombia puesto que “no existían mecanismos jurídicos idóneos para sancionar disciplinariamente conductas que atentaban contra la dignidad o el patrimonio público realizados por personas que ostentando la calidad de particulares ejercían funciones públicas”¹⁴⁴.

Con la entrada en vigencia de la ley 1474/2011, Nuevo Estatuto Anticorrupción, este régimen disciplinario entra a completarse, toda vez que éste estatuto que en singular medida es reformativo y acrecentador del campo de aplicación de la ley disciplinaria en tanto que: “Artículo 44. *Sujetos disciplinables*. Incorpora a quien ejerza la labor de supervisión en los contratos estatales; también a quienes ejerzan funciones públicas, de manera permanente o transitoria, en lo que tienen que ver con estas, y a quienes administren recursos públicos u oficiales.”¹⁴⁵(Subrayado mío)

Amplía el marco de cobertura con la explicación de que “Se entiende que ejerce función pública aquel particular que, por disposición legal, acto administrativo, convenio o contrato, realice funciones administrativas o actividades propias de los

¹⁴³ Así en, SÁENZ ALONSO, MARIA WILSE. MORALES AGUDELO, ADELA. ESCORCIA ARCOS, JOHANNA. RÉGIMEN DISCIPLINARIO DE LOS PARTICULARES QUE CUMPLEN FUNCIONES PÚBLICAS EN COLOMBIA, Bogotá D.C. pág. 47 y s.s. Monografía, Universidad Libre, Facultad de Derecho, Área de Derecho Público.

¹⁴⁴ Ibidem.

¹⁴⁵ Examinar para mayor entendimiento en Estatuto Anticorrupción Colombiano, Ley 1474/2011.

órganos del Estado, que permiten el cumplimiento de los cometidos estatales, así como el que ejerce la facultad sancionadora del Estado; lo que se acreditará, entre otras manifestaciones, cada vez que ordene o señale conductas, expida actos unilaterales o ejerza poderes coercitivos”¹⁴⁶.

Y va más allá, pues deja claro que “Administran recursos públicos aquellos particulares que recaudan, custodian, liquidan o disponen el uso de rentas parafiscales, de rentas que hacen parte del presupuesto de las entidades públicas o que estas últimas han destinado para su utilización con fines específicos.

Con esto indiscutiblemente que el margen de aplicación de la ley disciplinaria obtiene un impulso y cobija instituciones jurídicas y especies de particulares que no estaban cobijados y mucho menos tipificadas sus actuaciones, como los que “custodian, liquidan o disponen de las rentas parafiscales, así como los que supervisan contratos estatales” ¹⁴⁷ para poner un referente

Haciendo la salvedad además de que “No serán disciplinables aquellos particulares que presten servicios públicos, salvo que en ejercicio de dichas actividades desempeñen funciones públicas, evento en el cual resultarán destinatarios de las normas disciplinarias.”¹⁴⁸

Además incorpora al régimen en cuestión, el Artículo 45, *Responsabilidad del interventor por faltas gravísimas*. Modifica el numeral 11 del artículo 55 de la Ley 734 de 2002, el cual incluye al interventor y el numeral 34, parágrafo 4°, del artículo 48 de esta ley cuando resulten compatibles con la función.

1.3. VISIÓN JURISPRUDENCIAL

La visión jurisprudencial en esta materia, la hemos circunscrito a dos sentencias en especial y en particular por su avance doctrinal y por su significación, la primera de ellas es la sentencia C-286 de 1996, que interpreta y le da un nuevo alcance a la lectura del artículo 6º superior, respecto de la responsabilidad de los particulares, señaló la procedencia constitucional de que aquellos particulares que desempeñen actividades públicas sean destinatarios de un régimen disciplinario especial y establece la claridad que es tarea exclusiva del legislador regular las faltas, el procedimiento y las sanciones aplicables en este régimen del Derecho sancionador.

¹⁴⁶Ibidem.

¹⁴⁷Ibidem.

¹⁴⁸Ibidem.

La segunda es sin lugar a dudas la Sentencia C-037 /03, en tanto que desarrolla el concepto objetivo de aplicación o para la aplicación de la ley disciplinaria a los particulares que ejercen funciones públicas y además deja abierta la posibilidad con ello de que se amplié la cobertura del régimen disciplinario al establecer que pueden existir servidores públicos que sean sujetos disciplinables toda vez que en la prestación del servicio se lleve a cabo o implique *el ejercicio de una función pública*”

2. QUIEN ATRIBUYE LAS FUNCIONES PUBLICAS A LOS PARTICULARES Y QUE SE ATRIBUYE.

Pues bien, para entender y tener claridad sobre este aspecto debemos partir, que es irrelevante en cabeza de quien estén las funciones públicas, si en particulares o en el Estado como tal, a través de sus funcionarios, pues esto no modifica el alcance, naturaleza o contenido de las mismas, pero debemos decir, que esa atribución no surge de manera espontanea, o por la costumbre o por la arbitrariedad, no, según la Constitución Política, art 6 y 121, esa atribución de funciones públicas a los particulares solo es posible y solo está facultado para ello el legislador a través de la Ley, es decir, solo por vía legal, se confiere o se autorizan a ciertos particulares a que ejerzan funciones públicas.

Ahora bien, La Corte Constitucional, expresa que “con ello se logra una certeza respecto de la labor que ejerce la persona que se encuentra desarrollando una actividad administrativa, lo que a su vez permite conocer con exactitud el alcance de su responsabilidad frente a la administración misma y frente a los asociados”¹⁴⁹

A su vez el legislador dispuso a través de la ley 489 de 1998 en sus artículos 110 y s.s. los parámetros que el mismo debe seguir para la asignación de esas funciones públicas a particulares, como en una especie de autorregulación que desde todo punto de vista nos parece acertado., aquí nos permitimos traer el documento avocado con algunas anotaciones particulares, que nos permiten observar desde su CAPITULO XVI, en cuanto al EJERCICIO DE FUNCIONES ADMINISTRATIVAS POR PARTICULARES, tenemos que el artículo 110. El cual establece las CONDICIONES PARA EL EJERCICIO DE FUNCIONES ADMINISTRATIVAS POR PARTICULARES. Y que fue declarado condicionalmente exequible por la Corte, establece que las *personas naturales* y

¹⁴⁹Ver en, La responsabilidad Disciplinaria De Los Particulares Que Ejercen Funciones Públicas, Lecciones de Derecho Disciplinario Vol 5, Bogotá D.C. Edi, Instituto de Estudios del Ministerio Publico IEMP, 2007,Pág. 110

jurídicas privadas podrán ejercer funciones administrativas, bajo las siguientes condiciones:

La regulación, el control, la vigilancia y la orientación de la función administrativa corresponderán en todo momento, dentro del marco legal a la autoridad o entidad pública titular de la función la que, en consecuencia, deberá impartir las instrucciones y directrices necesarias para su ejercicio.

Sin perjuicio de los controles pertinentes por razón de la naturaleza de la actividad, la entidad pública que confiera la atribución de las funciones ejercerá directamente un control sobre el cumplimiento de las finalidades, objetivos, políticas y programas que deban ser observados por el particular.

Por motivos de interés público o social y en cualquier tiempo, la entidad o autoridad que ha atribuido a los particulares el ejercicio de las funciones administrativas puede dar por terminada la autorización.

La atribución de las funciones administrativas deberá estar precedida de acto administrativo y acompañada de convenio¹⁵⁰

Dicho y haciendo claridad sobre esto, debemos ahondar y precisar con el artículo 111. Sobre los REQUISITOS Y PROCEDIMIENTOS DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS Y CONVENIOS PARA CONFERIR FUNCIONES ADMINISTRATIVAS A PARTICULARES, el cual refiere que *Las entidades o autoridades administrativas podrán conferir el ejercicio de funciones administrativas a particulares, bajo las condiciones de que trata el artículo anterior, cumpliendo los requisitos y observando el procedimiento que se describe a continuación:*

1. Expedición de acto administrativo, decreto ejecutivo, en el caso de ministerios o departamentos administrativos o de acto de la junta o consejo directivo, en el caso de las entidades descentralizadas, que será sometido a la aprobación del Presidente de la República, o por delegación del mismo, de los ministros o directores de departamento administrativo, mediante el cual determine:

- a) Las funciones específicas que encomendará a los particulares;*
- b) Las calidades y requisitos que deben reunir las entidades o personas privadas;*
- c) Las condiciones del ejercicio de las funciones;*
- d) La forma de remuneración, si fuera el caso;*

¹⁵⁰ Examinar Ley 489 de 1998,
http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/1998/ley_0489_1998_pr002.html

e) *La duración del encargo y las garantías que deben prestar los particulares con el fin de asegurar la observancia y la aplicación de los principios que conforme a la Constitución Política y a la ley gobiernan el ejercicio de las funciones administrativas.*

2. *La celebración de convenio, cuyo plazo de ejecución será de cinco (5) años y para cuya celebración la entidad o autoridad deberá:*

Elaborar un pliego o términos de referencia, con fundamento en el acto administrativo expedido y formular convocatoria pública para el efecto teniendo en cuenta los principios establecidos en la Ley 80 de 1993 para la contratación por parte de entidades estatales.

Pactar en el convenio las cláusulas excepcionales previstas en la Ley 80 de 1993 y normas complementarias, una vez seleccionado el particular al cual se conferirá el ejercicio de las funciones administrativas¹⁵¹

Así mismo y en el mismo sentido, es decir, queriendo acentuar este tema, se presenta el artículo 112. REGIMEN JURIDICO DE LOS ACTOS Y CONTRATOS.

Este establece que La celebración del convenio y el consiguiente ejercicio de funciones administrativas, no modifican la naturaleza ni el régimen aplicable a la entidad o persona privada que recibe el encargo de ejercer funciones administrativas. No obstante, los actos unilaterales están sujetos en cuanto a su expedición, y requisitos externos e internos, a los procedimientos de comunicación e impugnación a las disposiciones propias de los actos administrativos. Igualmente si se celebran contratos por cuenta de las entidades privadas, los mismos se sujetarán a las normas de contratación de las entidades estatales.¹⁵²

Por su parte en el ARTÍCULO 113. En cuyo texto se define lo referente a las INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. , deja claro que:

Los representantes legales de las entidades privadas o de quienes hagan sus veces, encargadas del ejercicio de funciones administrativas están sometidos a las prohibiciones e incompatibilidades aplicables a los servidores públicos, en relación con la función conferida.

Los representantes legales y los miembros de las juntas directivas u órganos de decisión de las personas jurídicas privadas que hayan ejercido funciones

¹⁵¹Ibidem.

¹⁵²Ibidem.

*administrativas, no podrán ser contratistas ejecutores de las decisiones en cuya regulación y adopción hayan participado.*¹⁵³

Y finalmente el artículo 114. Del CONTROL SOBRE LAS FUNCIONES, preceptúa que *Sin perjuicio de los controles pertinentes por razón de la naturaleza de la actividad, la entidad pública que confiera la atribución de las funciones ejercerá directamente un control sobre el cumplimiento de las finalidades, objetivos, políticas y programas que deban ser observados por el particular.*¹⁵⁴

2.1 LÍMITES EN LA ATRIBUCIÓN DE FUNCIONES PÚBLICAS A PARTICULARES:

En el ejercicio de atribución, según lo hemos visto, el legislador a través de la ley 489/98 ha preestablecido unos límites formales, a la atribución de funciones administrativas a los particulares, pero existen otros tipos de límites que ha señalado la Constitución Política y por vía jurisprudencial, por ejemplo el consagrado en el art 6 superior, en relación a que solo puede ser atribuibles las funciones de la autoridad administrativas que sean propias de su competencia, no es posible o dado atribuir a los particulares funciones que no sean propias de la administración o “jurídicamente propias”¹⁵⁵

A su vez la Corte Constitucional, ha dicho con claridad, que la mencionada atribución tiene como límite “la imposibilidad de vaciar de contenido la competencia de la autoridad que la otorga”, es decir, que no puede despojar de la totalidad de la competencia a la entidad pues en este supuesto aquella quedaría expropiada de su razón de ser y significado es decir “que el traslado de competencias a los particulares son las funciones propiamente administrativas, por los que aquellas de contenido, político o gubernamental, las legislativas y las jurisdiccionales que ocasionalmente ejercen las autoridades administrativas, no pueden ser desempeñadas por aquellos”¹⁵⁶

De igual forma están excluidas; en materia jurisdiccional, los temas que subyacen los asuntos en materia penal.

En materia Administrativa; las funciones de la fuerza pública en los términos del art 216 superior y las de asignación constitucional que en forma exclusiva y excluyente se haga de la referida función a determinada autoridad.

¹⁵³ *Ibidem.*

¹⁵⁴ *Ibidem.*

¹⁵⁵ Ver en, La responsabilidad Disciplinaria De Los Particulares Que Ejercen Funciones Públicas, Lecciones de Derecho Disciplinario Vol. 5, Bogotá D.C. Edi, Instituto de Estudios del Ministerio Público (IEMP), 2007, Pág. 110

¹⁵⁶ *Ibidem.*

Las funciones de inspección control y vigilancia en materia administrativa, de la enseñanza, prestación de los servicios públicos, la que se ejerza sobre las personas que realizan operaciones financieras, aseguradoras y bursátiles, la que se realice sobre cooperativas, sociedades mercantiles y sobre instituciones de utilidad común “para que sus rentas se conserven y sean debidamente aplicadas y para que en todo lo esencial se cumpla con la voluntad de los fundadores”¹⁵⁷.

2.2. CLASES DE PARTICULARES SUCEPTIBLES DE SER DISCIPLINABLES

Según nuestro régimen disciplinario y la jurisprudencia colombiana, en especial de la Corte Constitucional, se ha venido avanzando en cuanto a la clarificación de los temas, conceptos, diferenciaciones de estos y especialización del Derecho disciplinario como tal, es por esto que toma relevancia el sencillo hecho de llegar al punto de hablar de clases de particulares que son o llegan a ser susceptibles de ser sujetos de la responsabilidad o de un juicio disciplinario.

Es decir, el desarrollo de esta disciplina, nos ha llevado o más bien ya ha arribado al puerto donde se establece que ya no solo es la “*responsabilidad disciplinarias de los particulares que ejercen funciones públicas*”, entendido esto como los muchos particulares, curadores, notarios, jueces de paz, etc., sino, en el entendido, que surgen del tronco común de “*Los Particulares*” y se ramifican en dos principalmente, “conforme a lo que se les haya encomendado principalmente”¹⁵⁸

Los particulares que ejercen funciones públicas; Estos son aquellos que efectivamente prestan “el servicio” a cargo del Estado, coadyuvando como tal a que este cumpla con sus funciones y sus fines, son efectivamente los que materializan el ejercicio publico en “nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades en cualquiera de sus niveles jerárquicos”¹⁵⁹ en contacto podríamos decir, con el ciudadano como tal, por ejemplo, los señores que vemos recogiendo las basuras de la calles de nuestras ciudades o nuestros municipios, el notario como agente que da la buena fe, el jurado de votación electoral, los interventores, etc.

Por otra parte tenemos a los Particulares que como Funcionarios Administran Recursos Públicos; es decir, estos si bien realizan una función

¹⁵⁷ Ibidem.

¹⁵⁸ Se recomienda al lector consultar en, Lecciones de derecho disciplinario Vol. 6, Bogotá D.C. Edi. Instituto de Estudios del Ministerio Publico (IEMP), 2007, Pág. 27

¹⁵⁹ Se recomienda al lector consultar en, Lecciones de derecho disciplinario Vol. 6, Bogotá D.C. Edi. Instituto de Estudios del Ministerio Publico (IEMP), 2007, Pág. 41.

pública, lo hacen administrando el recursos público “impidiendo que se dé una aplicación diferente o que se desvíen en provecho de quien los maneja o de terceros”¹⁶⁰, ejemplo de estos podríamos decir que son los Notarios como agente retenedor de impuesto, las cámaras de comercio, “en cuanto a los recursos provenientes del pago de los registros mercantiles y de los certificar actos y documentos”¹⁶¹ cajas de compensación familiar , “toda vez que estas administran el sistema de subsidio familiar, que es un mecanismo de redistribución del ingreso entre los colombianos”¹⁶² y federación de cafeteros ya que “maneja y administra fondos públicos que provienen del impuesto a la exportación del café”¹⁶³

A todo esto podríamos agregar un tercer tipo dentro de esta osada clasificación, que a nuestro parecer podría ser la de los Particulares que ejercen Funciones Públicas de registro, certificación y control, donde podríamos enmarcar a los registradores y las cámaras de comercio, las interventorias y las curadurías urbanas, donde si bien tienen el natural ejercicio de atender al ciudadano y administrar recursos producto de esta labor, están orientadas técnicamente es a hacer esta actividad de registro y ejercer controles, así como la federación de cafeteros está destinada a utilizar los recursos públicos para la industria cafetera, estos están destinados a hacer registros y controles.

3. EL AVANCE DE LA LEY 1474 DE JULIO DE 2011 NUEVO ESTATUTO ANTICORRUPCIÓN EN COLOMBIA.

3.1 ANTECEDENTES FACTICOS Y LEGALES.

Como principales antecedentes de esta ley, debemos referirnos a la creciente ola de actos de corrupción que enfrente el presente gobierno, que si se fomentaron o no en el gobierno de la seguridad democrática, no lo sé, pero si se evidencia un sin número de hechos cometidos por funcionarios del anterior gobierno, el de la seguridad democrática, los cuales se estallan por la inercia de las cosas en el presente gobierno, el de la prosperidad para todos, estos hechos, como la defraudación a los recursos de la salud, donde se habla de un desfalco “calculable en unos 300 mil millones de pesos”¹⁶⁴, de los falsos positivos”¹⁶⁵, de

¹⁶⁰ Ibidem. Pág. 42.

¹⁶¹ Para ahondar en el tema examinar, Ejercicio de Funciones Públicas por Particulares, Revista de Empleo Público, Bogotá D.C. ,Edi. Imprenta Nacional de Colombia , 2004, pág. 13

¹⁶² Ibidem. pág. 17.

¹⁶³ Ibidem. Pág. 14.

¹⁶⁴ Se invita a consultar en, Análisis, <http://www.semana.com/nacion/cincorazones-corrupcion-no-para-crecer/160318-3.aspx>. Junio 21 de 2011, cinco razones por las que la corrupción no para de crecer.

¹⁶⁵ Ver en, Alessandro Bonafede <http://www.peaceobservatory.org/es/13522/colombia-la-onu-e-la-cidh-llaman-la-atencion-sobre-el-alto-numero-de-falcos-positivos-secundo-la-onu-serian-motivados-por-el-interese-de->

Agro Ingreso Seguro A.I.S.¹⁶⁶ de la DIAN¹⁶⁷, El Carrusel de la Contratación En Bogotá D.C.¹⁶⁸ las pensiones de la rama judicial¹⁶⁹, entre otros, son de unas dimensiones, solo asimilables a la puesta en escena del fenómeno de la mafia narcotraficante en su momento, es decir, esto es de unas proporciones inigualables, inimaginables que vuelcan a la opinión pública a un desgarramiento de la creencia en las instituciones, de la confianza en el Estado como tal y en los gobernantes como tal, esto podríamos decir, que es un elemento clave, indispensable, para que el Gobierno Santos, decida tomar medidas y buscar una norma que contenga los altos niveles de corrupción que ponen en jaque la viabilidad de Colombia como Estado ya no por ser un Narco-Estado, sino, por ser, un Corrupto-Estado, hecho este que es demostrado y presentado por un interesante estudio hecho por la Sociedad Colombiana de Economistas (SCE), en el “*Foro Periodismo Investigativo y la Denuncia de la Corrupción*”, organizado por el Círculo de Periodistas de Bogotá D.C. (CPB) el 30 de mayo de 2011 en alianza con esta organización, la Universidad Central y la Asociación de Facultades de Comunicación Social (Afacom), en este análisis realizado por SCE basado –entre otras fuentes– en las investigaciones de Transparencia Internacional, que la pérdida anual del 4 por ciento del PIB por corrupción en Colombia ha generado durante las dos últimas décadas un “hueco” fiscal gigante: “desde 1991 al 2010 estamos hablando de 182 billones de pesos que se pierden en el país entero”.¹⁷⁰

De manera, que para hablar de los antecedentes de éste estatuto, no podemos dejar de lado a la corrupción en sí misma, como hecho concreto que hace necesario un freno, un bozal legal como lo son estas normas, es así, como se llega a la necesidad de esta Ley, de éste nuevo estatuto anti corrupción, que lo traemos a colación, pues es claro para nosotros, que al buscar dilucidar y entender que toda la teoría, de la búsqueda de la ampliación del campo de acción de la responsabilidad disciplinaria en Colombia, va por este mismo camino, que conduce inexorablemente al fin de tener normas efectivas y capaces de hacer cumplir los fines del Estado, en favor de los más necesitados, de la mayoría y no

miembros-de-la-fuerza-publica-de-obtener-beneficios-y-reconocimientos) Falsos positivos, según la ONU serían motivados "por el interés de miembros de la Fuerza Pública de obtener beneficios y reconocimientos"

¹⁶⁶ Para mayor investigación se sugiere, REDACCIÓN JUSTICIA <http://m.eltiempo.com/justicia/juan-camilo-salazar-podra-ser-el-primero-condenado-por-escandalo-ais/10946993> 2011, Ejemplar condena de más de 10 años a ex viceministro por el caso AIS

¹⁶⁷ Se sugiere al lector consultar en, Nación <http://www.eluniversal.com.co/cartagena/nacional/nuevo-escandalo-de-corrupcion-en-el-estado-56803>, 2011, Nuevo Escandalo de Corrupción en el Estado.

¹⁶⁸ Para mayor profundidad sobre el tema, se sugiere, leer en Judiciales, <http://www.caracol.com.co/noticias/judicial/cronologia-del-carrusel-de-contratacion-en-bogota/20110225/nota/1431573.aspx>, 2011, Cronología del 'Carrusel de contratación' en Bogotá.

¹⁶⁹ Redacción ELTIEMPO.com. http://www.eltiempo.com/justicia/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-11714322.html. Mayo de 2012, Actas con espacios en blanco, nuevo escándalo en la Judicatura

¹⁷⁰ Se invita al lector a consultar en Nacional, http://www.laopinion.com.co/noticias/index.php?option=com_content&task=view&id=374260&Itemid=29. Julio de 2011, Corrupción le costo a Colombia \$189 Billones de Pesos.

de unos pocos privilegiados y esto no es otra cosa, que la lucha contra la corrupción (“pandemia que amenaza la viabilidad del Estado de Derecho, arrasa los valores, crea pobreza y miseria”¹⁷¹

Flagelo que se opone a esos fines y que no son siempre cometidos por FUNCIONARIOS PUBLICOS como tal, sino, las mas de las veces, por particulares que ejercen funciones públicas, que logran a través de las normas que los autorizaba de buena fe a participar y colaborarle al Estado, en beneficio de cumplir sus fines, que aprovechaban y aprovechan para hacerse con esos dineros, con esos recursos y apropiárselos en beneficios particulares, he aquí, una de las principales razones , para hacer este trabajo académico, para buscar ampliar el marco de aplicación de la ley disciplinaria y poder poner en cintura a quienes trasgredan los principios básicos de la democracia, la equidad y la igualdad.

Ahora bien, esta ley, también tiene unos antecedentes normativos o legales claros y definidos, puesto que a medida que el Estado se hace más complejo, los corruptos y la corrupción también adquieren una capacidad de adaptación, que ya hemos expresado en anteriores páginas, por esto, es bueno presentar estos antecedentes.

Concretamente y desde el punto de vista legal tenemos la Ley 190 de 1995, “por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la Administración Pública y se fijan disposiciones con el objeto de erradicar la corrupción administrativa”, conocida como “estatuto anticorrupción”¹⁷².

Ley 412 de 1997 se aprobó la Convención Interamericana contra la Corrupción, suscrita en Caracas el 29 de marzo de 1996, y mediante la Ley 970 de 2005 se aprobó la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en Nueva York, el 31 de octubre de 2003.

La Ley 200 de 1995 se adoptó el Código Disciplinario Único, el cual fue posteriormente sustituido por la Ley 734 de 2002. Este Código busca constituir la norma común aplicable en materia disciplinaria a todos los servidores públicos e incluso a los particulares en ejercicio de funciones públicas, tanto desde el punto de vista sustancial como desde la perspectiva procedimental.

¹⁷¹ Para consultar se recomienda, Redacción, http://www.procuraduria.gov.co/html/noticias_2009/noticias_502.htm. Tomado el 18 de julio de 2011, Procurador General anuncia lucha sin cuartel a la corrupción.

¹⁷² Se recomienda leer a Juan Carlos Becerra Ruiz, en http://hermesoft.esap.edu.co/esap/hermesoft/portal/home_1/rec/arc_12254.pdf, mayo de 2012, estatuto anticorrupción Ley 1474 de 2011

Ley 610 de 2000, “por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías”. Esta ley busca facilitar que los citados procesos determinen la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares que ejercen funciones públicas

Ley 678 de 2001, “por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición”.

Ley 850 de 2003 que crea el marco jurídico para la creación y funcionamiento de las veedurías ciudadanas, así como el deber del Estado de dar apoyo económico e institucional a la consolidación de estas figuras.

Ley 1150 de 2007 que modificó el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, precisamente con el objetivo de lograr una mayor transparencia y pulcritud en la celebración y ejecución de contratos con la administración pública.

Ley 1437 de 2011 que contiene el Código de Procedimiento Administrativo y del Contencioso Administrativo, el cual consagra diversas disposiciones sobre la probidad e imparcialidad de las autoridades públicas en la adopción de sus decisiones, establece diversos principios tendientes a hacer más clara la actuación de las administraciones públicas¹⁷³.

3.2. NOVEDOSOS APORTES

Dentro de los principales y más novedosos aportes que este nuevo estatuto trae a colación están temas de índole, administrativos, penales, fiscales y disciplinarios, por ser estos los temas más sensibles donde había que hacer ajustes y apretar tuercas, para ponerle talanqueras a la corrupción.

Dentro de estas novedades las que nos interesan propiamente, son los aportes que en materia administrativa trae, pero no por eso dejaremos de hacer breves referencias o presentaciones en las otras materias, esto debido a que, para entender el hilo conductor de la problemática jurídica que queremos abarcar con el presente trabajo, es necesario ver la dimensión de lo que todo ello abarco e implica, no solo para un trabajo académico y la comprobación de una tesis, sino,

¹⁷³Ibídem

para la justicia y el desarrollo del derecho, el desarrollo social, que es en si mismo, lo más importante para todo demócrata y jurista.

Al hablar de novedades, es hablar de un avance significativo en cuanto el quid de este trabajo, es decir, los alcances de la ley disciplinaria en cuanto a los particulares que ejercen funciones públicas, es hablar de novedad en si misma, pues reforma, “el Estatuto General de Contratación Pública (L. 80/93 y L. 1150/07), el Código Único Disciplinario (L. 734/02), el Código Penal (L. 599/00), el Código de Procedimiento Penal (L. 906/04), el Estatuto de Control Interno de las Entidades Públicas (L. 87/93), la Ley de Acción de Repetición (L. 678/01), el Régimen de la Administración Pública (L. 489/98), la Ley 43 de 1990, reglamentaria de la profesión de contador público, y la reciente reforma a la salud (L. 1438/11)”¹⁷⁴.

Estas modificaciones a estas normas se concretan en que “La Fiscalía, la Contraloría y la Procuraduría contarán con nuevos instrumentos para combatir la corrupción y adelantar los procesos de manera expedita. Por ejemplo, se crea el procedimiento verbal de responsabilidad fiscal.

- Se amplían los términos de prescripción para las investigaciones de los delitos de corrupción, así como en los procesos fiscales y disciplinarios.
- Para combatir la corrupción en el sector privado, se crean nuevos tipos penales y se endurecen las penas en varios de los delitos contra la administración pública.
- Quienes financien campañas políticas no podrán ser contratistas del Estado por el período para el cual haya sido elegido el respectivo candidato.
- Las personas naturales, jurídicas, sus matrices y subordinadas no podrán contratar con el Estado cuando hayan sido responsables de la comisión de un delito contra la administración pública o el patrimonio público. La inhabilidad será de 20 años.
- Los ex empleados públicos del nivel directivo no podrán ser contratistas del Estado en el mismo sector en el que prestaron sus servicios, durante los dos años siguientes al retiro del cargo. Así mismo, los ex funcionarios no podrán gestionar ante las entidades públicas intereses privados durante los dos años siguientes a su retiro. Esto es lo que denomina el Gobierno como el fin de “la puerta giratoria”.
- No procederá el secreto profesional y se cancelará la inscripción de la matrícula de cualquier contador o revisor fiscal que, detectando un acto de corrupción, se abstenga de denunciar.

¹⁷⁴Para consultar, se recomienda revisar la pagina de Ámbito Jurídico.Com, [http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-110712-09_\(gobierno_sanciona_el_estatuto_anticorrupcion\)/noti-110712-09](http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-110712-09_(gobierno_sanciona_el_estatuto_anticorrupcion)/noti-110712-09), 2011, Gobierno Sanciona Estatuto Anticorrupción.

- Se dispuso que las normas de la Ley 80 de 1993 le serán aplicables a todas las entidades públicas, salvo cuando la entidad ejecutora desarrolle sus actividades en competencia con el sector privado. De esta forma, los principios rectores de la contratación pública se extenderán a nuevos campos.
- Se exige que todas las obras públicas tengan diseños en una fase clara antes de que se puedan abrir las licitaciones o suscribir los contratos.
- Los interventores responderán de manera solidaria, civil, penal y disciplinariamente por el incumplimiento de las obligaciones que se derivan de la ejecución de los contratos en los cuales son interventores. De igual forma, se extiende la responsabilidad a consultores y asesores.
- Al igual que el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014, el Estatuto Anticorrupción regula la contratación de mínima cuantía. Se dispone de un procedimiento ágil que garantiza la pluralidad de oferentes, con innovaciones importantes como que la entidad pública pueda realizar adquisiciones en grandes almacenes, lo que garantiza que el precio al que compre la entidad sea el precio de mercado más conveniente.
- Durante un lapso de seis meses, el Presidente de la República estará facultado para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios en la administración pública.
- El Presidente de la República podrá nombrar directamente a los responsables de las oficinas de control interno en las entidades nacionales.
- Se establecen medidas administrativas y penales para proteger los recursos del sector salud. En ese sentido, se crea un sistema de información para el reporte de eventos sospechosos de corrupción y se establecen tipos penales severos, como la estafa sobre recursos del sector salud, la especulación y el agiotaje de medicamentos, la omisión de control en el sector y el peculado por aplicación diferente de recursos de la salud, entre otros.
- Se les prohíbe a las entidades prestadoras del servicio de salud realizar donaciones a campañas políticas.
- Se establece como agravante punitivo el hecho de que el peculado se cometa frente a recursos de la salud.
- Se crea la Comisión Nacional para la Moralización, en cabeza del Presidente de la República, y la Comisión Nacional Ciudadana de Lucha contra la Corrupción¹⁷⁵.

¹⁷⁵ Ibidem.

Ahora bien, en materia disciplinaria, específicamente, esta norma establece e introduce de manera novedosa unas modificaciones de los “términos de investigación disciplinaria; de prescripción de la acción disciplinaria y actualiza el Código Disciplinario frente a los institutos de la revocatoria directa, el traslado de alegatos de conclusión, incorporación de medios materiales de prueba y formas de notificación de las decisiones de cierre de investigación y alegatos previos al fallo¹⁷⁶.

- Se fortalece la capacidad disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, otorgándole la facultad disciplinaria sobre los auxiliares de justicia.

- Se prevé el control preferente de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria de los procesos que se desarrollen en las seccionales en aquellos casos en que haya mora¹⁷⁷.

Se crean nuevas inhabilidades y faltas graves, como por ejemplo la establecida en el artículo 9º Reporte del Responsable del Control Interno; “El jefe de la Unidad de la Oficina de Control Interno deberá publicar cada cuatro (4) meses en la página web de la entidad, un informe pormenorizado estado del control interno de dicha entidad, *so pena de incurrir en falta disciplinaria grave*”¹⁷⁸.

Esto en cuanto lo disciplinario en general, pero en cuanto en lo disciplinario en concreto a los particulares que ejercen funciones públicas, este estatuto introduce por ejemplo el artículo 28 sobre el *TRÁFICO DE INFLUENCIAS DE PARTICULAR*. Que sin lugar a dudas es una necesidad y por ende modifica la Ley 599 de 2000, la cual tendrá un artículo el 411ª, que quedará así:

El particular que ejerza indebidamente influencias sobre un servidor público en asunto que este se encuentre conociendo o haya de conocer, con el fin de obtener cualquier beneficio económico, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de cien (100) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Por otra parte tenemos el artículo 29. Que versa sobre el *ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO*. El cual modifica el artículo 412 del Código Penal que consagra que:

El servidor público, o quien haya desempeñado funciones públicas, que durante su vinculación con la administración o dentro de los cinco (5) años posteriores a su

¹⁷⁶ Para constatar consultar, Estatuto Anticorrupción, Cartilla Estatuto Anticorrupción. Bogotá. Ministerio del Interior y Justicia Colombiano, 2011, pág. 8

¹⁷⁷ Se recomienda leer a Juan Carlos Becerra Ruiz, en http://hermesoft.esap.edu.co/esap/hermesoft/portal/home_1/rec/arc_12254.pdf, mayo de 2012, estatuto anticorrupción Ley 1474 de 2011

¹⁷⁸ Se sugiere consultar, en CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Diario Oficial No. 48.128 de 12 de julio de 2011.

desvinculación, obtenga, para sí o para otro, incremento patrimonial injustificado, incurrirá, siempre que la conducta no constituya otro delito, en prisión de nueve (9) a quince (15) años, multa equivalente al doble del valor del enriquecimiento sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de noventa y seis (96) a ciento ochenta (180) meses.

Y finalmente el artículo 44. Sobre los *SUJETOS DISCIPLINABLES*. Que modifica de manera audaz a nuestro concepto el artículo 53 de la Ley 734 de 2002, que queda así:

El presente régimen se aplica a los particulares que cumplan labores de interventoría o supervisión en los contratos estatales; también a quienes ejerzan funciones públicas, de manera permanente o transitoria, en lo que tienen que ver con estas, y a quienes administren recursos públicos u oficiales.

Se entiende que ejerce función pública aquel particular que, por disposición legal, acto administrativo, convenio o contrato, realice funciones administrativas o actividades propias de los órganos del Estado, que permiten el cumplimiento de los cometidos estatales, así como el que ejerce la facultad sancionadora del Estado; lo que se acreditará, entre otras manifestaciones, cada vez que ordene o señale conductas, expida actos unilaterales o ejerza poderes coercitivos.

Administran recursos públicos aquellos particulares que recaudan, custodian, liquidan o disponen el uso de rentas parafiscales, de rentas que hacen parte del presupuesto de las entidades públicas o que estas últimas han destinado para su utilización con fines específicos.

No serán disciplinables aquellos particulares que presten servicios públicos, salvo que en ejercicio de dichas actividades desempeñen funciones públicas, evento en el cual resultarán destinatarios de las normas disciplinarias.

Cuando se trate de personas jurídicas la responsabilidad disciplinaria será exigible del representante legal o de los miembros de la Junta Directiva¹⁷⁹.

¹⁷⁹Ibídem.

3.3. CRITICAS AL NUEVO ESTAUTO.

Entre las principales críticas que le pueda expresar a esta loable iniciativa normativa, se encuentran las de carácter disciplinario y lo hago, por que contribuyen a mi tesis de sostener que la norma disciplinaria, debe tener un mayor alcance, una mayor cobertura y que además sea en un régimen especializado e independiente que permita armonizar la normatividad, que ayude al operador jurídico con mayor eficiencia y eficacia a tener a la mano un régimen específico, que no deje a la interpretación y a la norma en blanco o a al recurso de decir que para X o para Y caso en particular nos referiremos a Z estatuto, pero para aquel caso entonces nos referiremos a P ley y para ese otro caso, entonces nos referiremos a R norma, no, esto a mi parecer, genera descontrol, confusión en el operador y eso conlleva a errores que luego darían al traste con investigaciones y procedimientos que permitirían impunidad y corrupción.

Ante esto es claro que “hay algunos temas de indefinición que generan alguna dificultad, sobre todo a la hora de decir cuando particulares son objetos del régimen disciplinario en lo que todavía hay que hacer una mayor elaboración, hay que hacer mayores precisiones”¹⁸⁰

Por otra parte, en cuanto al tema de la salud, no vemos que haya ningún tipo de consecuencia disciplinaria, solo se evidencia una serie de prohibiciones y agravantes en materia penal, como las siguientes:

“Se prohíbe que las entidades prestadoras del servicio de salud realicen donaciones a campañas políticas.

Los empleados o directores de entidades sometidas a la vigilancia de la Supersalud que omita el cumplimiento de los mecanismos de control para ocultar actos de corrupción incurrirán en prisión de 38 a 128 meses.

Se crea el Sistema preventivo de prácticas riesgosas al sector salud, a través del cual se hará seguimiento a las conductas identificadas como corruptas, el cual emitirá alertas tempranas para actuar a tiempo.

Se establecen como causales de agravación punitiva que las conductas tengan relación con el sistema de seguridad social integral.

Se tipifican la especulación y el agiotaje sobre medicamentos o dispositivos médicos, la cual tendrá una pena entre 5 y 10 años de prisión y multa hasta de mil salarios mínimos legales mensuales vigentes.

¹⁸⁰Trabajo de Campo, entrevista, Dr. Fernando Brito Ruiz, procurador Delegado Para la Vigilancia Administrativa.

*Se establece como agravante punitivo el hecho de que el peculado se cometa frente a recursos de la salud*¹⁸¹.

Pero aún así, no vemos la consecuencia de estas faltas en materia disciplinaria, toda vez que la corrupción se comete por que se malversan los recursos públicos, los dineros de los contribuyentes colombianos, pero según vemos y evidenciamos norma a norma, artículo a artículo, acá no se establece ningún tipo de consecuencia jurídica disciplinaria, por la comisión de estas conductas que a su vez , no se les denomina , ni se les tipifica como faltas disciplinarias, lo que si sucede en materia penal, por ejemplo.

En este orden de ideas, se crítica también el hecho que ésta ley, haya ampliado sin unos criterios ponderados la figura de los particulares que ejercen funciones públicas, es decir, esta ley, desbordo los criterios preestablecidos en la sentencia C-037/03 conllevando con ello a que todo aquel particular que contrate con el Estado sea sujeto disciplinable, alteró sin un ajuste de criterios ponderados el marco de existencia de esta figura, evidenciado principalmente en el artículo 44, que modifica el artículo 53 de la ley 734 de 2002,¹⁸² según el cual y por los criterios ahí expresados, podrían ser sujetos de investigación disciplinaria los funcionarios del Banco Popular, no solo su gerente, sino, el cajero, el archivador¹⁸³ o cualquiera que ahí trabaje, pues esta entidad, recauda y administra recursos públicos por ejemplo, ya que el mencionado artículo que se refiere a LOS SUJETOS DISCIPLINABLES, establece entre otros elementos que serán responsables disciplinariamente *“y a quienes administren recursos públicos u oficiales*¹⁸⁴”. Más adelante, define este criterio diciendo que *“Administran recursos públicos aquellos particulares que recaudan, custodian, liquidan o disponen el uso de rentas parafiscales, de rentas que hacen parte del presupuesto de las entidades públicas o que estas últimas han destinado para su utilización con fines específicos*¹⁸⁵”.

De igual forma se critica que a los particulares se les deba sancionar a los particulares, puesto que existen ya medidas y tipicidad en la ley penal y en materia fiscal, que son suficientes para la sanción a quienes infrinjan la ley y se apropien de los recursos públicos o los mal utilicen o los desvíen del interés publico y general¹⁸⁶, así como que se quedo corta en cuanto al tema de la “puerta giratoria”, en lo cual debió ser tajante¹⁸⁷, no solo restrictiva de dos años de inhabilidad para ejercer un cargo en la administración luego de ejercer un alto cargo en el Estado como lo establece el artículo 4, de la mencionada ley y que creemos que de igual

¹⁸¹ Ibídem.

¹⁸² Trabajo de Campo, entrevista a la Doctora Flor Alba Torres, Ex Procuradora Delegada para la Vigilancia Administrativa, 14/08/12.

¹⁸³ Ibídem

¹⁸⁴ Así en Ley 1474/2011

¹⁸⁵ Ibídem.

¹⁸⁶ Trabajo de Campo, entrevista a la Doctora Flor Alba Torres, Ex Procuradora Delegada para la Vigilancia Administrativa, 14/08/12.

¹⁸⁷ Ibídem.

forma quedo corta en cuanto a los contratistas del Estado, pues muchas veces los ex funcionarios que ejercieron en un cargo como servidor público , luego podrían escapar a la mencionada inhabilidad por el simple hecho de no ser nombrados en un cargo público, pero si siendo contratista en el mismo sector.

De igual forma, se evidencia una carencia en la norma, en cuanto a las indefiniciones, de establecer cuando los particulares son objetos de régimen disciplinario¹⁸⁸

4. DERECHO DISCIPLINARIO COMPARADO DE LOS PARTICULARES QUE EJERCEN FUNCIONES PUBLICAS

4.1. EN ESPAÑA

Al referirnos al Derecho comparado, en lo tocante con la figura de los particulares que ejercen funciones públicas, sean estos típicos o atípicos, iniciamos haciendo referencia al sistema o modelo español, por cuanto finalmente esta particularidad de fenómeno administrativo y novísima rama del derecho encuentra su sustento en la Constitución política de 1991 y el modelo de Estado que esta impuso para Colombia y es el derecho constitucional y el modelo constitucional español, el más cercano y parecido sistema que tenemos los colombianos.

Es así que revisando los cimientos de la Constitución española, *“La Nación española, deseando establecer la justicia, la libertad y la seguridad y promover el bien de cuantos la integran, en uso de su soberanía, proclama su voluntad de: Garantizar la convivencia democrática dentro de la Constitución y de las leyes conforme a un orden económico y social justo. Consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular”*¹⁸⁹.

Leyendo esto, reforzamos lo anteriormente expuesto, pues nos damos cuenta, que al igual que con otros textos constitucionales, compartimos principios y preceptos como el *Estado de Derecho*, fundamento claro y básico para una democracia y por desarrollo de esos principios y valores se da sustento a principios básicos de la administración y la función pública, como lo es que debe

¹⁸⁸ Trabajo de Campo, entrevista al Dr. Fernando Brito Ruiz, Procurador Delegado para la Vigilancia Administrativa, 14/08/12.

¹⁸⁹ Para ahondar en la consulta, se sugiere, Ministerio De la presidencia, <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>, 1978, Constitución Española.

primar el servicio a la comunidad , la legalidad, la ética de lo público y el hecho de que “la administración debe servir con objetividad a los intereses generales”¹⁹⁰

Ahora bien, en España la regulación disciplinaria, estuvo dada por la “Ley 30 de 1984, la cual fue desarrollada por el Real Decreto 33 DE 1986 Reglamentación del Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración Estatal, siendo posteriormente modificado en algunos apartes por el Real decreto 1085 de 1990 y la Ley 31 de 1991”¹⁹¹,

Pero es finalmente homogenizada luego de sendos desarrollos y establece que debe primar el servicio a la comunidad, la legalidad, la ética de lo público y el hecho de que “la administración debe servir con objetividad a los intereses generales”¹⁹²

Así se deja ver en sus artículos 3 y s.s., pero con todo y esto, deja claro que la figura de los particulares que ejercen funciones públicas en España no existe, al menos no como figura reconocida en sus estatutos, para esto revisamos en su: TÍTULO II, Clases de personal al servicio de las Administraciones Públicas, del cual nos permitimos compartir lo más importante para entender lo anteriormente afirmado en cuanto a la inexistencia de la figura de particular que ejerce función pública, como en el caso de estudio.

En su artículo 8. Por ejemplo plantea y define el concepto y clases de empleados públicos, que son expresados así:

1. Son empleados públicos quienes desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones Públicas al servicio de los intereses generales.
2. Los empleados públicos se clasifican en:
 - a) Funcionarios de carrera.
 - b) Funcionarios interinos.
 - c) Personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal.
 - d) Personal eventual.

De igual forma, esta norma superior, de inmediato presenta sus definiciones de la categorización de los tipos de funcionarios que reconoce, definiéndolos de forma que se puede decir expresa.

¹⁹⁰ Ver en, Legislación Internacional sobre Derecho Disciplinario, El Nuevo Régimen Disciplinario Del Servidor Público, 1era Edición. Bogotá D.C. Biblioteca Jurídica DIKE. 2002, pág. 61

¹⁹¹ *Ibidem*.

¹⁹² *Ibidem*.

Que para dar mayor relevancia al tema en estudio, presentamos el artículo 9,10, 11 y 12 que definen los tipos de Funcionarios que reconoce su legislación, valioso elemento para este estudio por el cual nos permitimos transcribir en el estricto orden enunciado, así es que el artículo 9 define que serán de carrera aquellos:

1. Son funcionarios de carrera quienes, en virtud de nombramiento legal, están vinculados a una Administración Pública por una relación estatutaria regulada por el Derecho Administrativo para el desempeño de servicios profesionales retribuidos de carácter permanente.
2. En todo caso, el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca.

Artículo 10. Funcionarios interinos.

1. Son funcionarios interinos los que, por razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia, son nombrados como tales para el desempeño de funciones propias de funcionarios de carrera, cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias:
2. La selección de funcionarios interinos habrá de realizarse mediante procedimientos ágiles que respetarán en todo caso los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad.
3. El cese de los funcionarios interinos se producirá, además de por las causas previstas en el artículo 63, cuando finalice la causa que dio lugar a su nombramiento.
4. A los funcionarios interinos les será aplicable, en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general de los funcionarios de carrera.

Artículo 11. Personal laboral.

1. Es personal laboral el que en virtud de contrato de trabajo formalizado por escrito, en cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral, presta servicios retribuidos por las

Administraciones Públicas. En función de la duración del contrato éste podrá ser fijo, por tiempo indefinido o temporal.

2. Las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto establecerán los criterios para la determinación de los puestos de trabajo que pueden ser desempeñados por personal laboral, respetando en todo caso lo establecido en el artículo 9.2.

Artículo 12. Personal eventual.

1. Es personal eventual el que, en virtud de nombramiento y con carácter no permanente, sólo realiza funciones expresamente calificadas como de confianza o asesoramiento especial, siendo retribuido con cargo a los créditos presupuestarios consignados para este fin.

2. Las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto determinarán los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas que podrán disponer de este tipo de personal. El número máximo se establecerá por los respectivos órganos de gobierno. Este número y las condiciones retributivas serán públicos.

3. El nombramiento y cese serán libres. El cese tendrá lugar, en todo caso, cuando se produzca el de la autoridad a la que se preste la función de confianza o asesoramiento.

4. La condición de personal eventual no podrá constituir mérito para el acceso a la Función Pública o para la promoción interna.

5. Al personal eventual le será aplicable, en lo que sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general de los funcionarios de carrera¹⁹³.

Nótese que la definición de funcionario de carrera es plenamente entendible al ser comparada con la definición que en nuestra normativa existe según la ley 909/2004 Capítulo II, Artículo 5, al igual que el funcionario interino, sin embargo, con la clasificación que se da de personal laboral y personal eventual, puede tender a confundir y a creer que estas figuras podrían ser asimiladas a la de los particulares que ejercen funciones públicas, pues si bien desde su enunciado, no se les da el carácter de funcionario, estos obedecen a figuras comunes de los funcionarios cuya vinculación es diferente a la de la carrera administrativa, pero que más bien en el caso del personal laboral es un funcionario por contrato

¹⁹³ Para mayor profundidad, se recomienda consultar, Ministerio De la presidencia, <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>, 1978, Constitución Española.

laboral, pero funcionario y en el caso del personal eventual, podríamos compararlo con el de un funcionario de libre nombramiento y remoción.

Posteriormente con la entrada en vigencia de la ley 7 de 2007¹⁹⁴, Estatuto Básico del Empleado Público en España, se introducen unas modificaciones que valen la pena resaltar para efectos de enriquecer el debate y contrastar aún más con nuestra legislación ahondando en nuestro estudio comparado de la figura de los particulares que ejercen funciones públicas, una de estas modificaciones es claramente su Título I, sobre el objeto y el ámbito de aplicación, el cual en el numeral 2 de su artículo 1° deja claro que este estatuto *“tiene por objeto determinar las normas aplicables al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas”*, ya no habla de funcionarios de la administración estatal, como lo hacía en el Real Decreto 33 de 1986, sin embargo esto no quiere decir mayor cosa, en lo que respecta a nuestro estudio, por cuanto si bien hay un cambio de concepto en el fondo se sigue estructurando *al personal laboral al servicio de las administraciones públicas* como un servidor del Estado, no como un particular, esto lo inferimos al revisar el artículo 2° del mismo título el cual se refiere al ámbito de aplicación de esta norma, es decir a quienes se les ha de aplicar este estatuto que según el numeral 1° serán:

Este Estatuto se aplica al personal funcionario y en lo que proceda al personal laboral al servicio de las siguientes Administraciones Públicas:

- La Administración General del Estado.
- Las Administraciones de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades de Ceuta y Melilla.
- Las Administraciones de las Entidades Locales.
- Los Organismos Públicos, Agencias y demás Entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas.
- Las Universidades Públicas.

En lo demás, no muestra otro cambio en la concepción de lo que son los funcionarios al servicio del Estado como tal, de hecho en el Título II, sobre las clases de personal al servicio de las administraciones públicas, artículo 8, trae la misma clasificación y definición de estos que también traía la precitada ley 31 de 1991 al respecto, razón por la cual nos abstenemos de transcribir.

Sin embargo esta ley, trae ya incorporado un régimen disciplinario, lo que muestra un avance en la materia en la Monarquía constitucional, así lo expresa en el Título VII, de la precitada norma, en lo sucesivo de su artículo 93, sobre la responsabilidad disciplinaria, en el cual afirma que:

¹⁹⁴ http://www.udc.es/comiteempresa/docs/7_2007_EST_Bas_Emp_Pub.pdf

1. Los funcionarios públicos y el personal laboral quedan sujetos al régimen disciplinario establecido en el presente Título y en las normas que las Leyes de Función Pública dicten en desarrollo de este Estatuto.

2. Los funcionarios públicos o el personal laboral que indujeran a otros a la realización de actos o conductas constitutivos de falta disciplinaria incurrirán en la misma responsabilidad que éstos.

3. Igualmente, incurrirán en responsabilidad los funcionarios públicos o personal laboral que encubrieran las faltas consumadas muy graves o graves, cuando de dichos actos se derive daño grave para la Administración o los ciudadanos.

4. El régimen disciplinario del personal laboral se regirá, en lo no previsto en el presente Título, por la legislación laboral.

En este, establece como tal los criterios sobre a quienes se les aplica este régimen de la responsabilidad disciplinaria, en el cual desde su numeral primero hasta el cuarto, nótese que se habla de funcionarios públicos o se refiere a ellos o a su condición de tales, así como lo hace en lo sucesivo en sus artículos 94, sobre ejercicio de la potestad disciplinaria, 95, el cual hace referencia a las faltas disciplinarias como tal, 96 que trae el régimen de sanciones, el artículo 97, que define la prescripción de las faltas y sanciones y artículo 98, que establece o define el procedimiento disciplinario a seguir.

Presentado así, queda claro y podemos concluir que la figura en estudio en el Reino constitucional español, no existe, no se da esta figura jurídica de los particulares que ejercen funciones públicas tal y como si se presenta en nuestra administración pública y en nuestra dinámica jurídica.

Siguiendo con la comparación entre nuestro sistema y algunos sistemas similares, tenemos en el contexto centro americano a la República de Costa Rica, en la cual también tienen hace varias décadas un reconocimiento de ser un sistema reconocedor y regulador del derecho disciplinante, es por esto que ocupa un lugar de importancia el cual hemos querido aquí recoger con el fin de enriquecer esta argumentación, entonces debemos decir que en;

4.2. COSTA RICA

Tampoco se encuentra contemplada o reconocida la figura en comento a lo largo de este trabajo académico, su norma prima, o madre en materia disciplinaria y de organización de la estructura administrativa del poder público la Ley General de la Administración Pública, Ley 6227 de 2 de mayo de 1978 en su Capítulo Primero, De los Servidores Públicos en General, contempla las siguientes definiciones.

Artículo 111.-

1. Es servidor público la persona que presta servicios a la Administración o a nombre y por cuenta de ésta, como parte de su organización, en virtud de un acto válido y eficaz de investidura, con entera dependencia del carácter imperativo, representativo, remunerado, permanente o público de la actividad respectiva.
2. A este efecto considérense equivalentes los términos "funcionario público", "servidor público", "empleado público", "encargado de servicio público" y demás similares, y el régimen de sus relaciones será el mismo para todos, salvo que la naturaleza de la situación indique lo contrario.
3. No se consideran servidores públicos los empleados de empresas o servicios económicos del Estado encargados de gestiones sometidas al derecho común¹⁹⁵

Visto esto, es fácil inferir que en su sistema, solo existe el reconocimiento al funcionario o servidor público como tal, de manera restrictiva se le da unos atributos que impiden que se desarrolle la figura del particular que ejerce funciones públicas, pues lo circunscribe a aquel servidor con *"investidura, con entera dependencia del carácter imperativo, representativo, remunerado, permanente o público de la actividad respectiva"*¹⁹⁶

Siguiendo con la dinámica comparativa, vemos que en el sistema de esta Republica centro americana, no se reconoce la jurisdicción disciplinaria como tal, sino, que se le otorga la competencia a la jurisdicción administrativa lo cual inferimos por el artículo Artículo 112.-, que reza;

1. El Derecho administrativo será aplicable a las relaciones de servicio entre la Administración y sus servidores públicos.
2. Las relaciones de servicio con obreros, trabajadores y empleados que no participan de la gestión pública de la Administración, de conformidad con el párrafo 3, del artículo 111, se regirán por el derecho laboral, o mercantil, según los casos.
3. Sin embargo, se aplicarán también a estos últimos las disposiciones legales o reglamentarias de derecho público que resulten necesarias para

¹⁹⁵Dr. Rodolfo Saborío Valverde <http://www.cesdepu.com/nbdp/lgap.htm>, 2011, Ley General de la Administración Pública / Ley 6227 de 2 de mayo de 1978.

¹⁹⁶ Ibídem.

garantizar la legalidad y moralidad administrativas, conforme lo determine por Decreto el Poder Ejecutivo.

4. Para efectos penales, dichos servidores se reputarán como públicos.¹⁹⁷

Por otra parte, este sistema, trae una figura extremadamente curiosa, que vale la pena presentar para hacer claridad, se encuentra en su Capítulo Segundo y se denomina del;

Del funcionario de Hecho, el cual es interesante que se lea con detenimiento para no caer en confusiones, este Artículo 115, preceptúa que:

Será funcionario de hecho el que hace lo que el servidor público regular, pero sin investidura o con una investidura inválida, o ineficaz, aun fuera de situaciones de urgencia o de cambios ilegítimos de gobierno, siempre que se den las siguientes circunstancias:

- a) Que no se haya declarado todavía la ausencia o la irregularidad de la investidura, ni administrativa ni jurisdiccionalmente; y
- b) Que la conducta sea desarrollada en forma pública, pacífica, continua y normalmente acomodada a derecho.

Artículo 116.- trae a colación el tema importante de la validez de los actos, toda una tesis de derecho administrativo refleja en sus numerales que establecen que:

1. Los actos del funcionario de hecho serán válidos aunque perjudiquen al administrado y aunque éste tenga conocimiento de la irregularidad de la investidura de aquél.
2. La Administración quedará obligada o favorecida ante terceros por virtud de los mismos.

Artículo 117.- No habrá relación de servicio entre el funcionario de hecho y la Administración, pero si el primero ha actuado de buena fe no estará obligado a devolver lo percibido de la Administración en concepto de retribución y, si nada ha recibido, podrá recuperar los costos de su conducta en la medida en que haya habido enriquecimiento sin causa, de la Administración, según las reglas del derecho común.

¹⁹⁷Dr. Rodolfo Saborío Valverde <http://www.cesdepu.com/nbdp/lgap.htm>, 2011, Ley General de la Administración Pública / Ley 6227 de 2 de mayo de 1978.

Y siguiendo en la misma orientación en su artículo 118.- afirma que:

1. El funcionario de hecho será responsable ante la Administración y ante los administrados por los daños que cause su conducta.
2. La Administración será responsable ante los administrados por la conducta del funcionario de hecho.

Finalmente en su artículo 119.- habla sobre: La responsabilidad penal del funcionario de hecho que fuere usurpador se regulará por el Código Penal.¹⁹⁸

Ante esto, cabe señalar, que si bien es el reconocimiento a una figura sui generis de este sistema, esta no puede asimilarse a la figura del particular que ejerce funciones públicas, por cuanto esta figura está siendo reservada, para las circunstancias excepcionales en que una persona natural pueda ejercer una función “sin investidura o con una investidura inválida, o ineficaz”, hecho este que no se presenta en nuestra figura del particular que ejerce funciones públicas toda vez que este para poder ejercerla debe cumplir con todo lo contrario, es decir debe ser válida y eficaz, atributos indispensables que se manifiestan , como lo hemos dicho de manera reiterada por el mandato legal Ley 734/02 y jurisprudencial con la sentencia C-037/03.

En su Sección Tercera, trae el marco de aplicación de la Responsabilidad Disciplinaria del Servidor, expresado en su Artículo 211.- de la siguiente manera;

1. El servidor público estará sujeto a responsabilidad disciplinaria por sus acciones, actos o contratos opuestos al ordenamiento, cuando haya actuado con dolo o culpa grave, sin perjuicio del régimen disciplinario más grave previsto por otras leyes.
2. El superior responderá también disciplinariamente por los actos de sus inmediatos inferiores, cuando él y estos últimos hayan actuado con dolo o culpa grave.
3. La sanción que corresponda no podrá imponerse sin formación previa de expediente, con amplia audiencia al servidor para que haga valer sus derechos y demuestre su inocencia.

¹⁹⁸ *Ibíd.*

Artículo 212.- Cuando el incumplimiento de la función se haya realizado en ejercicio de una facultad delegada, el delegante será responsable si ha incurrido en culpa grave en la vigilancia o en la elección del delegado.

Artículo 213.- A los efectos de determinar la existencia y el grado de la culpa o negligencia del funcionario, al apreciar el presunto vicio del acto al que se opone, o que dicta o ejecuta, deberá tomarse en cuenta la naturaleza y jerarquía de las funciones desempeñadas, entendiéndose que cuanto mayor sea la jerarquía del funcionario y más técnicas sus funciones, en relación al vicio del acto, mayor es su deber de conocerlo y apreciarlo debidamente.¹⁹⁹

De lo que se colige, no solo la similitud con nuestro sistema en cuanto a la responsabilidad no solo por la acción, son también por la omisión o “negligencia” del servidor, sino, que también genera mayor claridad en lo que hemos afirmado, que en este sistema no se reconoce, no opera la figura del particular que ejerce funciones públicas razón por la cual en su régimen disciplinario, no se contempla la responsabilidad disciplinaria de este tipo de sujetos.

Finalmente en el Libro Segundo, establece y corrobora lo anteriormente mencionado, que consiste en que en esta República, el procedimiento disciplinario es asimilado a la jurisdicción administrativa, pues si bien se habla de una responsabilidad disciplinaria, el procedimiento y las sanciones son administrativas y están en cabeza de las entidades y de la Contraloría General de la República, - para algunos casos que a continuación se presentan- , lo que a su vez nos muestra que utilizan un sistema dual, no integrado e independiente como el nuestro el cual está en cabeza de una entidad externa y ajena a la entidad donde se pueda cometer la falta.

Del Procedimiento Administrativo es definido en su artículo 38. —Causales de responsabilidad administrativa. Sin perjuicio de otras causales previstas en el régimen aplicable a la respectiva relación de servicios, tendrá responsabilidad administrativa el funcionario público que:

a) Incumpla el régimen de prohibiciones e incompatibilidades establecido en la presente Ley.²⁰⁰

Por otra parte en su artículo 39. Nos habla de las Sanciones administrativas que según la gravedad, las faltas anteriormente señaladas serán sancionadas así:

¹⁹⁹Se invita a revisar en, Dr. Rodolfo Saborío Valverde <http://www.cesdepu.com/nbdp/lgap.htm>, 2011, Ley General de la Administración Pública / Ley 6227 de 2 de mayo de 1978.

²⁰⁰ Para mayor profundización e el estudio del tema, se sugiere estudiar, LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA http://www.oas.org/juridico/mla/sp/cri/sp_cri-int-text-ley-corrp-enri-ili-fun-pub.pdf, 2004, Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública N° 8422

- a) Amonestación escrita publicada en el Diario Oficial.
- b) Suspensión, sin goce de salario, dieta o estipendio correspondiente, de quince a treinta días.
- c) Separación del cargo público, sin responsabilidad patronal o cancelación de la credencial de regidor municipal, según corresponda²⁰¹.

De igual forma no parece importante compartir el artículo 40. Sobre la Competencia para declarar responsabilidades, que establece que:

Las sanciones previstas en esta Ley serán impuestas por el órgano que ostente la potestad disciplinaria en cada entidad pública, de acuerdo con las reglamentaciones aplicables. La Contraloría General de la República también será competente para tramitar el respectivo procedimiento administrativo y requerir a la entidad respectiva, en forma vinculante, la aplicación de la sanción que determine, cuando el caso verse sobre actuaciones regidas por el ordenamiento jurídico de la Hacienda Pública. Queda a salvo lo dispuesto en el artículo 43 de esta Ley, en cuyo caso la Contraloría General de la República procederá conforme se indica.²⁰²

Y finalmente una norma que en nuestra legislación debe hacer curso, el artículo 48, que nos habla sobre; Legislación o administración en provecho propio.

Será sancionado con prisión de uno a ocho años, el funcionario público que sancione, promulgue, autorice, suscriba o participe con su voto favorable, en las leyes, decretos, acuerdos, actos y contratos administrativos que otorguen, en forma directa, beneficios para sí mismo, para su cónyuge, compañero, compañera o conviviente, sus parientes incluso hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad o para las empresas en las que el funcionario público, su cónyuge, compañero, compañera o conviviente, sus parientes incluso hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad posean participación accionaria, ya sea directamente o por intermedio de otras personas jurídicas en cuyo capital social participen o sean apoderados o miembros de algún órgano social.

Igual pena se aplicará a quien favorezca a su cónyuge, su compañero, compañera o conviviente o a sus parientes, incluso hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad, o se favorezca a sí mismo, con beneficios

²⁰¹Ibídem.

²⁰²Ibídem.

*patrimoniales contenidos en convenciones colectivas, en cuya negociación haya participado como representante de la parte patronal.*²⁰³

Ahora bien, en su reglamento de la ley de contratación pública, si reconocen la figura de los particulares, pero no como particulares que ejercen funciones públicas sino, que contratan, es por esto que en el artículo 215 CAPÍTULO XIV, sobre las Sanciones, establece claramente las sanciones a los particulares; “La sanción a particulares puede ser apercibimiento o inhabilitación.

El apercibimiento consiste en una formal amonestación escrita dirigida al particular, a efecto de que corrija su conducta, cuando fuere posible, sin perjuicio de la ejecución de garantías o aplicación de cláusula pena lo multas, cuando así procediere y constituye un antecedente para la aplicación de la sanción de inhabilitación por la causal del Artículo 100 inciso a) de la Ley de Contratación Administrativa.

La sanción de inhabilitación consiste en el impedimento para participar en todo procedimiento de contratación administrativa por un período de dos a diez años y aplicará para todo el Sector Público atendiendo al objeto de la contratación.

Para la aplicación del resto de causales de inhabilitación establecidas en el Artículo 100 de ese cuerpo legal no se requiere de un apercibimiento previo. La inhabilitación deberá ser publicada en el Diario Oficial La Gaceta, para que cada Administración actualice su Registro de Proveedores. A fin de mantener un registro de fácil acceso de las inhabilitaciones a particulares, impuestas por la Administración y la Contraloría General de la República, se deberá registrar y mantener actualizada la información en el Sistema de Compras Gubernamentales CompraRED; para lo cual deberán cumplir con los procedimientos establecidos por la Dirección General de Administración de Bienes y Contratación Administrativa” (Así reformado el párrafo anterior mediante el Artículo 1° del decreto ejecutivo N° 33758 del 2 de mayo de 2007).²⁰⁴

²⁰³ Ver en, La ASAMBLEA Legislativa De La República De Costa Rica http://www.oas.org/juridico/mla/sp/cri/sp_cri-int-text-ley-corrp-enri-ili-fun-pub.pdf, 2004, Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública N° 8422

²⁰⁴ Ver en ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA http://www.ocu.ucr.ac.cr/Leyes/Reglamento_Contratacion_Administrativa.pdf, 2007 Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa Decreto N° 33411-H (se incluyen modificaciones hechas por el Decreto Ejecutivo N° 33758-H del 2 de mayo de 2006, Gaceta No 93 del 16 de mayo de 2007.

Va más allá este estatuto reglamentario, como quisiéramos que sucediera en Colombia y establece también cuales son los efectos de esta sanción, definiéndolos según Artículo 216.—Efectos de la sanción.

“La sanción no se extingue por la fusión, transformación o cambio de razón o denominación social de la sociedad sancionada.

En caso de que la fusión de origen a una nueva sociedad, o bien que la empresa sancionada sea absorbida por otra, los efectos de la sanción recaerán sobre la que permanezca. Se tendrá como fraude de ley la constitución de una nueva sociedad con la finalidad de evadir los efectos del apercibimiento o la inhabilitación, en cuyo caso los efectos de la sanción recaerán en iguales condiciones sobre la sociedad así constituida”²⁰⁵.

Y lo complementa, legajando un procedimiento a seguir para estos casos de sanciones a los particulares, estableciéndolo en su Artículo 217.—Procedimiento para sancionar a particulares.

“La Contraloría General de la República o la Administración interesada, de oficio o por denuncia, tomará la resolución de apercibimiento o de inhabilitación, para ello deberá seguir el siguiente procedimiento”²⁰⁶.

4.3. EN ARGENTINA

En cuanto a esta otra hermana República americana, tampoco encontramos en esta investigación que reconozca la figura en estudio, es decir la de los particulares que ejercen funciones públicas, mucho menos la responsabilidad disciplinaria a este por considerarlo como una especie de funcionario, tampoco sucede lo que si sucede por ejemplo en la República Costarricense, que se reconoce un procedimiento y unas sanciones de carácter disciplinario no por ser particular que ejerce funciones públicas, sino, por ser un particular que contrata con el Estado, con la administración, en la argentina, parece ser, que no está regulada por inexistente estas dos figuras jurídicas dentro del sector de la administración pública, así es como en el CAPITULO III de la su Ley marco de regulación del empleo público nacional lo define y clasifica de entrada según la “NATURALEZA DE LA RELACION DE EMPLEO en su Artículo 7º — El personal

²⁰⁵LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA http://www.ocu.ucr.ac.cr/Leyes/Reglamento_Contratacion_Administrativa.pdf ,2007 Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa Decreto N° 33411-H (se incluyen modificaciones hechas por el Decreto Ejecutivo N° 33758-H del 2 de mayo de 2006, Gaceta No 93 del 16 de mayo de 2007.

²⁰⁶ Ibidem.

podrá revistar en el régimen de estabilidad, en el régimen de contrataciones, o como personal de gabinete de las autoridades superiores. La situación del personal designado con carácter ad honorem será reglamentada por el Poder Ejecutivo, de conformidad con las características propias de la naturaleza de su relación.

Por otra parte en su artículo 8º — instituye que: El régimen de estabilidad comprende al personal que ingrese por los mecanismos de selección que se establezcan, a cargos pertenecientes al régimen de carrera cuya financiación será prevista para cada jurisdicción u organismos descentralizados en la Ley de Presupuesto.

La carrera administrativa básica y las específicas deberán contemplar la aplicación de criterios que incorporen los principios de transparencia, publicidad y mérito en los procedimientos de selección para determinar la idoneidad de la función a cubrir, de la promoción o avance en la carrera basada en la evaluación de la eficiencia, eficacia, rendimiento laboral y de exigencias de capacitación acorde con las necesidades de las tareas o funciones a desarrollar, así como la previsión de sistemas basados en el mérito y la capacidad de los agentes, que motiven la promoción de los mismos en la carrera.

En el artículo 9º que estatuye el régimen de contrataciones determina que el de personal por tiempo determinado comprenderá exclusivamente la prestación de servicios de carácter transitorio o estacionales, no incluidos en las funciones propias del régimen de carrera, y que no puedan ser cubiertos por personal de planta permanente.

El personal contratado en esta modalidad no podrá superar en ningún caso el porcentaje que se establezca en el convenio colectivo de trabajo, el que tendrá directa vinculación con el número de trabajadores que integren la planta permanente del organismo.

Dicho personal será equiparado en los niveles y grados de la planta permanente y percibirá la remuneración de conformidad con la correspondiente al nivel y grado respectivo.

La Ley de Presupuesto fijará anualmente los porcentajes de las partidas correspondientes que podrán ser afectados por cada jurisdicción u organismo descentralizado para la aplicación del referido régimen.

Finalmente por conducto del artículo 10. Se define y sustenta El régimen de prestación de servicios del personal de gabinete de las autoridades superiores, el cual será reglamentado por el Poder Ejecutivo, solamente comprende funciones de asesoramiento, o de asistencia administrativa.

El personal cesará en sus funciones simultáneamente con la autoridad cuyo gabinete integra y su designación podrá ser cancelada en cualquier momento”²⁰⁷.

Aquí debemos decir, que sucede lo mismo que en pretéritas ocasiones, es decir, que podemos en primera medida confundirnos y llegar a creer que el caso del régimen de contrataciones de personal por tiempo determinado, pueda llegar a ser equiparado con la figura en estudio, a lo que debemos decir que no lo es y no lo es porque el mismo artículo así no lo explica, al decir que “*Dicho personal será equiparado en los niveles y grados de la planta permanente y percibirá la remuneración de conformidad con la correspondiente al nivel y grado respectivo*”.²⁰⁸

Circunstancia esta, que elimina de plano, la posibilidad de hacerlo equiparable o confundible con la figura que viene siendo objeto de nuestro estudio, en la presente investigación.

Esta misma norma, contempla en sí misma en su CAPITULO VII, el régimen disciplinario, de donde una lectura sencilla, permite sostener y reafirmar nuestro dicho de que en este sistema Argentino, no se contempla la figura de los particulares que ejercen funciones públicas, así se contempla en su Artículo 27:

El personal vinculado por una relación de empleo público regulada por la presente ley, y que revista en la planta permanente, no podrá ser privado de su empleo ni ser objeto de medidas disciplinarias, sino por las causas en las condiciones que expresamente se establecen.

Al personal comprendido en el régimen contrataciones, y de gabinete se le aplicarán los preceptos del presente capítulo, en las condiciones que establezcan las respectivas reglamentaciones.²⁰⁹

Estas reglamentaciones de que habla el anterior artículo en su párrafo final, son las comprendidas en la Ley 24.185, esta es la ley que es la Ley de las

²⁰⁷ Ver en, El Senado Y Cámara de Diputados de la Nación Argentina <http://www.frt.utn.edu.ar/secretarias/administrativa/doc/ley25164.htm> , 1999, LEY 25164 LEY MARCO DE REGULACION DE EMPLEO PUBLICO NACIONAL.

²⁰⁸Ibidem.

²⁰⁹Ibidem.

convenciones colectivas de trabajo para la administración pública nacional, tampoco trae en sus artículos dicha figura.

Finalmente tenemos el caso de la;

4.4.REPUBLICA DEL URUGUAY.

En esta, su regulación normativa esta emanada del Decreto Ley 10.388 ESTATUTO DEL FUNCIONARIO y el Dec 550 del 1991 Normas Generales De Actuaciones Administrativa y Regulación De Procedimiento En La Administración Central, especialmente para el objeto de estudio en su CAPÍTULO I, el cual hace referencia expresa a la regulación de los Funcionarios Públicos y en su Artículo 1º nos enuncia su clasificación de la siguiente forma:

“Considérense funcionarios públicos, a los efectos de esta ley, a todas las personas que, nombradas por autoridad pública competente, participan en el funcionamiento de un servicio público permanente, mediante el desempeño de un empleo remunerado, que acuerda derecho a jubilación”²¹⁰

De esta definición se desprende nuestro decir y afirmar, que en esta hermana república americana, tampoco nuestra figura se encuentra reconocida, por lo tanto, tampoco regulada, pues el decir que es funcionario el que sea “nombrado o nombradas por autoridad pública competente” y que ésta condición “acuerda derecho a jubilación”, de plano exime la existencia y reconocimiento a la figura en cuestión.

Se reafirma esto en su LIBRO II Del procedimiento disciplinario en la sección I , de los Principios Generales- donde al igual que en otros sistemas ya mencionados y presentados, la jurisdicción disciplinaria –que para nosotros en Colombia existe como jurisdicción independiente-, es asumida también como un asunto de jurisdicción administrativa.

Artículo 168. DEFINICIÓN. El procedimiento disciplinario es el conjunto de trámites y formalidades que debe observar la Administración en el ejercicio de sus poderes disciplinarios. Se regulará por las normas del presente Libro, sin perjuicio de la aplicación, en lo pertinente, de las contenidas en el anterior.

²¹⁰ Para ahondar en la investigación, puede consultar, Presidente de la Republica, <http://www0.parlamento.gub.uy/leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=10388&Anchor=> , 1943, Decreto - Ley 10.388 ESTATUTO DEL FUNCIONARIO.

Artículo 169. FALTA ADMINISTRATIVA. La falta susceptible de sanción disciplinaria, es todo acto u omisión del funcionario, intencional o culposo, que viole los deberes funcionales.

Artículo 182. INVESTIGACIÓN ADMINISTRATIVA. La investigación administrativa es el procedimiento tendiente a determinar o comprobar la existencia de actos y hechos irregulares o ilícitos dentro del servicio o que lo afecten directamente aun siendo extraños a él, y a la individualización de los responsables. (Decreto- Ley 10.388, de 13 de febrero de 1943, art. 22).²¹¹

A continuación de esto, expresa lo que es ya el procedimiento como tal, que una vez leído se pueden colegir dos elementos principales, el primero, consiste en que es un sistema dual al igual que en Costa Rica, pues la jurisdicción y competencia para investigar y aplicar las sanciones se encuentra repartidas en cabeza de la entidad misma de ocasión de los hechos y en los Ministros según el ramo donde se presenta el hecho, así lo demuestran los siguientes artículos:

Artículo 186. SUSPENSIÓN PREVENTIVA. Al decretarse un sumario, el jerarca nombrado en el artículo anterior, podrá disponer la suspensión preventiva del o de los funcionarios imputados, de conformidad a lo establecido en el inciso 1º del artículo 187, dando cuenta de inmediato al Ministro, estándose a lo que éste resuelva.

Asimismo, podrá proponer la adopción de otras medidas preventivas que estime convenientes en función del interés del servicio y de acuerdo con los antecedentes del caso.

Artículo 187. SUSPENSIÓN PREVENTIVA PRECEPTIVA O FACULTATIVA. *La suspensión preventiva en el desempeño del cargo de los funcionarios sumariados es preceptiva cuando los hechos que motivan la información constituyan falta grave. Deberá decretarse con la resolución que ordena el sumario. La misma lleva aparejada la retención de los medios sueldos correspondientes.*

Cuando la causa del sumario sea las inasistencias del funcionario, no será preceptiva la suspensión.

La suspensión preventiva y la retención de los medios sueldos no podrán exceder de seis meses contados a partir del día en que se notifique al

²¹¹, se recomienda consultar en http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=194638#LinkTarget_245 DECRETO 500/991 DE SEPTIEMBRE DE 1991, Normas Generales De Actuaciones Administrativa y Regulación De Procedimiento En La Administración Central.

funcionario la resolución que disponga tales medidas. En cualquier estado del sumario, el Ministro podrá dejar sin efecto la suspensión preventiva.

En este caso el Ministro respectivo, al dictar la resolución de suspensión o al mantenerla, deberá pronunciarse acerca de si confirma o no al funcionario instructor designado por el jerarca solicitante. En el segundo caso, designará sumariante (Decreto Ley 10.388, de 13 de febrero de 1943, art. 22).²¹²

De igual forma, para tener mayor claridad de la definición de lo que es el proceso disciplinario y la sanción disciplinaria en este sistema podemos definirlo como que *“Específicamente sanción disciplinaria es la que la Administración aplica, de principio, única y exclusivamente a los servidores públicos, cuando se produzca una falta administrativa”*... “En cuanto a los Tipos, las sanciones disciplinarias pueden ser de diversas: a) MORALES: observación y, el apercibimiento que es una amonestación con prevención de una sanción mayor para el caso de reiterarse la falta. b) PROFESIONALES: suspensión laboral con privación de haberes. Esa suspensión no puede ser superior de seis meses al año. Hasta tres meses será sin goce de sueldo o con la mitad del mismo, según la gravedad del caso. La que exceda los tres meses será siempre sin goce de sueldo, art. 22 del D-Ley 10388; art. 224 del D.500/91. La privación del sueldo sólo corresponde por el no ejercicio de la función, art. 225 del D.500/91. Se menciona otras sanciones profesionales: la postergación o pérdida del derecho del ascenso durante cierto lapso; retrogradación en el respectivo escalafón; multas aunque la afectación patrimonial que implica requiere ley formal.

El traslado sancionatorio está vedado de acuerdo al art. 1º del Decreto de 22/9/921, aunque debe tenerse presente la hipótesis mencionada en el art. 19 del D-Ley 10388 que permitiría imponer traslados para cargos de análoga función y de igual grado jerárquica. A lo expuesto debemos agregar lo dispuesto por el Decreto reglamentario de la ley 3147, art. 36, donde encontramos tipificada la censura. En todo caso debe tenerse presente que las sanciones deben anotarse en el legajo personal de acuerdo a lo dispuesto por el art. 18 del Decreto Ley 10388.c) EXPULSIVAS: esto es, entre nosotros la denominada DESTITUCIÓN, que es la separación a uno de su cargo como corrección o castigo.

Respecto de los derechos jubilatorios debe considerarse que de acuerdo al apartado 1 del art.39 de la ley 9940 en la redacción dada por el art. 14 de la ley 12381, sólo los delitos cometidos contra la Administración Pública o conexos a la función PODRIAN traer aparejada la pérdida de la causal jubilatoria. La sentencia Nº 59/987 del T.C.A. se pronunció por la vigencia de la medida. Asimismo, de acuerdo al art. 42 de la ley 9940 debería resolverse, expresamente, la pérdida o no

²¹²Ibídem.

en el acto destitutorio”²¹³. Finalmente es importante resaltar que todas estas normas fueron compiladas y actualizadas en el Dec 200/97, con el que se crea el “TOFUP” o “Texto Ordenado de las normas legales y reglamentarias vigentes en materia de funcionarios públicos”, elevado por la Oficina Nacional del Servicio Civil, donde una vez revisadas las modificaciones de este decreto en materia de funciones públicas y régimen disciplinario de los Dec ley 10388 y el Dec 500/91, no encontramos modificación alguna o norma actual que nos indique o haga inferir que en las normas de esta república, exista el reconocimiento o como tal, la figura del particular que ejerce funciones públicas, todo lo contrario, es en esta compilación donde más se evidencia su ausencia.

CONCLUSIÓN DEL CAPITULO.

De entrada, con el solo enunciado de este estatuto que refleja su espíritu, Ley 1474 de 12 de julio de 2011, “por medio de 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” (**gaceta del congreso**), debo expresar que me parece loable y un enorme esfuerzo por parte de este gobierno, que intenta hacer esfuerzos por generar como Política de Gobierno y de Estado el asunto de la corrupción y por eso busca su prevención— así lo establece consecuentemente en el Capítulo VI y como un símil, con esas campañas de salud pública que expresan que es mejor prevenir que lamentar, nada más acertado de aplicar con un cáncer como este que carcome a la sociedad en toda su extensión, nada más acertado que buscar la prevención de la enfermedad, que resulta más beneficioso que la cura posterior.

Pero este nuevo estatuto, plantea un dilema en si debe ser todo particular per se, sujeto disciplinable en tanto que administre, maneje o recaude recursos públicos o si por el contrario debe ser exento de esta responsabilidad, hay voces autorizadas que opinan que no deben ser sujetos disciplinables y por esto muestran sus críticas ante este estatuto, hay quienes creen que hace falta ajustes de tipo conceptual, pero creemos que aunque el ideal es que todo el que trabaje con el Estado sea un Funcionario, trabajador o servidor público, la realidad es otra en nuestro país, donde la caja de pandora está abierta desde el 1991 y mientras se logra cerrar en este aspecto, consideramos que deben tomarse todas las medidas para contener el avance de la corrupción y el de sangre del erario de la nación.

²¹³ Se sugiere consultar a, DAPKEVICIUS, Rubén Flores <http://direitoadministrativoemdebateartigos.blogspot.com>, 2008 El poder disciplinario en Uruguay. Direito Administrativo em Debate.

CAPITULO III

TESIS SOBRE LOS PARTICULARES QUE EJERCEN FUNCIONES PÚBLICAS EN COLOMBIA ATÍPICOS.

INTRODUCCIÓN

Desde los inicios de este trabajo, hemos expresado la necesidad de comprender lo vital que resulta para un “Estado Social de Derecho”²¹⁴ la existencia de la figura del particular que ejerce funciones públicas como un coadyuvante de la realización de los fines del Estado, por esto, “tenemos entonces que nuestra carta fundamental, en desarrollo de los postulados que definen el Estado Social de Derecho, explícitamente acepta la posibilidad de funciones administrativas por particulares”²¹⁵ y “así las cosas, resulta claro que la asunción de funciones administrativas por los particulares es un fenómeno que dentro del marco del concepto de Estado que se ha venido consolidando entre nosotros, no resulta extraño, sino que más bien es desarrollo lógico de esta misma noción moderna”²¹⁶ que para el ciudadano colombiano, es relevante que sus funcionarios tengan un marco claro de acción, delimitado por normas preestablecidas que den marco constitucional y legal a las “reglas de juego”, para que estos cumplan a cabalidad sus funciones y los gobernados o administrados sepan a su vez, cuáles son sus reales derechos, provenientes de los reales y específicos deberes de aquellos.

Pero esto no puede quedarse aquí, es decir, en términos de hablar de un Estado democrático de Derecho moderno como el Colombiano, debemos ir más allá, máxime cuando en el estado del arte de esta materia, hemos visto que nuestro sistema administrativo ha desbordado el modelo clásico o tradicional de operatividad del Estado, para que éste pueda a su vez cumplir su misión, cumplir sus fines esenciales y no esenciales, que por mandato constitucional le es exigido, es así pues como la constitución del 91, envuelta en los aires de modernidad administrativa del siglo XX y albores del XXI, permitió y abrió las puertas para que los “PARTICULARES” pudieran colaborar con esta tarea, haciendo con esto, extensivo el concepto de democracia participativa.

Es por esto que este trabajo no se trata, ni se podría tratar en hablar, establecer, ahondar o desarrollar aún más la naturaleza del Derecho disciplinario en Colombia o la naturaleza del régimen de aplicación de los particulares con esta novísima y especial rama del Derecho, puesto que estos son temas ampliamente tratados por diversos académicos de manera vasta, práctica y dinámica, no, lo que

²¹⁴ Véase en sentencia C-869/03

²¹⁵ *Ibidem*.

²¹⁶ *Ibidem*.

queremos aportar es sobre el *alcance* de esta disciplina del derecho, se trata de la aplicación o aplicabilidad del CDU en el ejercicio de las funciones asignadas por la Constitución y la Ley sobre aquellos particulares, que aun estando circunscritos por las características especiales enunciadas en la sentencia C-037/03, *no son reconocidos como particulares que ejercen funciones públicas* y por lo tanto están exentos de la responsabilidad disciplinaria que les compete, se trata de clarificar, que si bien el ideal no está en que cada vez más el Estado se represente por particulares que ejercen funciones públicas, pero que dadas las particularísimas circunstancias que vive Colombia como ninguna otra república, por lo menos en el contexto latinoamericano donde esta figura no se evidencia ²¹⁷, sea capaz de aplicar de manera eficiente un control a quienes como particulares, administran, ejecutan, recaudan recursos públicos para dar cumplimiento a los fines esenciales del Estado.

Muchos de ellos, no se encuentran reconocidos y es por esto, los hemos denominado, particulares que ejercen funciones públicas atípicos, por encontrarse por fuera de la cobertura de la ley 734/02 y de otras disposiciones, legales o reglamentarias que hemos presentado y enunciado.

1. EL CONCEPTO DE ATIPICIDAD O ATIPICO.

Para entender o quizá más bien , con el ánimo de hacer más fácil y didáctica la comprensión de esta tesis, sobre particulares que ejercen funciones públicas atípicos, quisiéramos traer a colación varias referencias sobre lo que no es atipicidad es decir, lo que es típico, lo que es tipicidad.

Para esto, nos ayudamos de una de las materias jurídicas crisoles del Derecho disciplinario, como lo es el Derecho penal, jurisdicción que tiene sendos desarrollos en el tema planteado, es así que podría ayudar de entrada para decir que en su esquema clásico el tipo penal es entendido como “la descripción de las características externas de la acción”²¹⁸, de igual forma sucede en el esquema finalista del delito, pues se mantiene la definición de que el “tipo es la descripción de la acción”²¹⁹ es decir es lo que objetivamente se describe en la norma.

²¹⁷ Trabajo de Campo, entrevista al Dr. Fernando Brito Ruiz, Procurador Delegado para la Vigilancia Administrativa, 14/08/12.

²¹⁸ Para profundizar sobre el tema, puede revisarse en Esquemas del Delito, Curso de Derecho penal, Bogotá D.C. Edi. Temmis, tercera edición, 2002, pag 29

²¹⁹ *Ibidem*, pág. 117.

Por otra parte la tipicidad es entendida como “esa descripción legal desprovista de carácter valorativo”²²⁰, por lo tanto el tipo legal es la “abstracción concreta que ha trazado el legislador”²²¹

A lo largo de este trabajo académico, hemos señalado que a nuestro entender y parecer en la Constitución Política, la ley disciplinaria, en algunas sentencias como la C-037/03 y en normas o estatutos como la 1474/2011, existen sujetos que se describen por específicas características como particulares que ejercen funciones públicas y hechos que los hacen sujetos disciplinables por estar descritos en abstracto en esas normas.

Esto es, que si hacemos un símil sencillo entre lo que es la tipicidad en general y el tipo en particular, con sujetos típicos, podemos inferir que los primeros son sencillamente hechos descritos, consignados en una norma, los segundos son personas descritas en una norma, en este caso para asignarles una carga o una responsabilidad jurídica, de este modo cuando se establece en el artículo 53 de la ley 734/02 y artículo 44 de la ley 1474/2011, que son sujetos disciplinables x, y, o z personas particulares por x, y o z razones, motivos o circunstancias, se les está tipificando, estos adquieren la característica de sujetos típicos.

Expresado así, en estos términos, es fácilmente colegir, que los a-típicos, son aquellos que no se encuentran descritos en la norma legal, no se encuentran identificados e individualizados por características, motivos o circunstancias en la norma disciplinaria.

Con respecto de este tipo de particulares, creemos que son los que debemos presentar y señalar para que estas letras tengan sentido, para que este esfuerzo académico reivindique su razón de ser.

2. PARTICULARES QUE EJERCEN FUNCIONES PÚBLICAS ATÍPICOS

Es imperativo señalar que estos particulares a-típicos, son el producto de que “hay algunos temas de indefinición que generan alguna dificultad, sobretodo a la hora de decir cuando particulares son objeto del régimen disciplinario”²²². por lo que “hay que hacer una mayor elaboración, hay que hacer mayores precisiones”²²³, circunstancia esta, que consideramos debe ser una nueva norma,

²²⁰ Se recomienda consultar en, Diccionario Jurídico Elemental, Buenos Aires, Edi. Heliasta, decimoséptima edición, 2005, pág. 374.

²²¹ Ibídem.

²²² Trabajo de Campo, entrevista Doctor Fernando Brito Ruiz, Procurador Delegado para la Vigilancia Administrativa.

²²³ Ibídem.

o código especial disciplinario que compile estas normas y reagrupe los conceptos, que haga esas definiciones de manera clara, que permitan establecer cuando hay particulares que ejercen funciones públicas, pues estos atípicos, son aquellos que consideramos deben ser incluidos en ese marco de acción y aplicación de la norma jurídica, ya que estos si bien no están reconocidos, según nuestro leal entender y saber, según las circunstancias actuales materiales de la vida contractual y administrativa de la Nación definitivamente son particulares que ejercen funciones públicas, o que prestan servicios públicos que a su vez implican la ejecución de una función pública, los primeros de ellos son los que estudiaremos en el aparte siguiente.

2.1. MIEMBROS DE JUNTAS DE ACCION COMUNAL

Traemos a colación estos particulares haciendo las siguientes pertinentes reflexiones.

Si recordamos lo escrito en pretéritos acápite, recordaremos que la función pública es; “el conjunto de funciones que cumple el Estado, a través de los órganos de las ramas del poder público, de los órganos autónomos e independientes y de las demás entidades o agencias públicas, en orden de alcanzar sus fines. Funciones que no solamente son predicables de las personas que se vinculan al Estado mediante la elección o nombramiento y la posesión del cargo, sino también de los particulares que, en los casos establecidos en la Constitución y la Ley, pueden investirse de la autoridad del Estado y desempeñar funciones públicas administrativas y judiciales”²²⁴

De igual forma debemos recordar que para que el denominado criterio material del que habla la Corte Constitucional, no se refiere a “la condición del particular, el tipo de relación, sino el contenido de la función que se le haya encomendado”²²⁵

Luego entonces, tenemos que estos comunales, que son particulares, cumplen el requisito en cuanto al contenido de la función que se les ha encomendado, también, en cuanto a lo establecido por el precitado concepto constitucional, es decir, en cuanto al ser particulares que ejercen una de las funciones del conjunto de las que cumple el Estado como lo es promover la democracia y la organización civil, comunitaria, lo cual es a su vez un claro fin de un Estado democrático como el nuestro, más aún, decimos que estas funciones y objetivos de la acción comunal, se llevan a cabo bajo la vigilancia y control de una rama del poder público como lo es el Ministerio del Interior.

²²⁴Se invita a examinar lá Sentencia. C-037/03.

²²⁵ Se sugiere profundizar el tema leyendo la Sentencia C-286 de 1996.

Esto es claro y queda comprobado con los referentes que transcribimos de la Ley 743 de 2002, por la cual se desarrolla el artículo 38 de la Constitución Política de Colombia en lo referente a los organismos de acción comunal, es decir, se regulan estas juntas, las cuales se definen según el artículo 6. de la DEFINICIÓN DE ACCIÓN COMUNAL. Que para efectos de esta ley, acción comunal, es *“una expresión social organizada, autónoma y solidaria de la sociedad civil, cuyo propósito es promover un desarrollo integral, sostenible y sustentable construido a partir del ejercicio de la democracia participativa en la gestión del desarrollo de la comunidad.”*²²⁶, mas adelante reconoce dos aspectos sumamente interesantes como lo son uno de sus objetivos preceptuado en su ARTÍCULO 19. Los organismos de acción comunal tienen los siguientes objetivos:

“b) Crear y desarrollar procesos de formación para el ejercicio de la democracia;”²²⁷

Más adelante en su ARTÍCULO 50. prescribe que, “Las entidades competentes del sistema del interior ejercerán la inspección, vigilancia y control sobre el manejo del patrimonio de los organismos de acción comunal, así como de los recursos *oficiales* que los mismos reciban, administren, recauden o tengan bajo su custodia y cuando sea del caso, instaurarán las acciones judiciales, administrativas o fiscales pertinentes”²²⁸.

Si de la inspección se deducen indicios graves en contra de uno o más dignatarios, la autoridad competente del sistema del interior podrá suspender temporalmente la inscripción de los mismos hasta tanto se conozcan los resultados definitivos de las acciones instauradas.

Ahora bien, adicionalmente a que cumplen con un fin Estatal y como particulares coadyuvan con el Estado para la materialización de ese fin, bajo la inspección, vigilancia y control de un órgano del Estado perteneciente a la Rama Ejecutiva como lo es el Ministerio del Interior, están autorizados, pueden y de hecho lo hacen, recibir, recaudar, administrar o tener bajo su custodia “recursos oficiales”²²⁹ y además según el CAPITULO VI. del RÉGIMEN ECONÓMICO Y FISCAL que la Ley les da a estas juntas queda claro que: ARTÍCULO 51. PATRIMONIO. El patrimonio de los organismos de acción comunal estará constituido por todos los bienes que ingresen legalmente por concepto de contribuciones, aportes, donaciones y las que provengan de cualquier actividad u operación lícitas que ellos realicen, -de donde se deriva también la presentación de proyectos

²²⁶ http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2002/ley_0743_2002.html

²²⁷ Ibídem

²²⁸ Ibídem

²²⁹ Artículo 50 Ley 743 de 2002,
http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2002/ley_0743_2002.html

productivos por ejemplo, con recursos públicos-, de igual forma observamos acorde con su artículo 52, que *“Los recursos oficiales que ingresen a los organismos de acción comunal para la realización de obras, prestación de servicio o desarrollo de convenios, no ingresarán a su patrimonio y el importe de los mismos se manejará contablemente en rubro especial”*²³⁰.

Todo esto bajo los parámetros del artículo 65 de la misma norma que señala que *“El ejercicio de las funciones señaladas en el artículo anterior está sujeto a la inspección y vigilancia del Ministerio del Interior, en los mismos términos que preceptúan las Leyes 52 de 1990 al 136 de 1994 y el Decreto 2035 de 1991, con respecto a los departamentos y Distrito Capital de Bogotá, o normas que lo sustituyan.”*²³¹

Claramente estas juntas, están cumpliendo con todos los requisitos ya conocidos para ser considerados sujetos disciplinables, pero aún así, este tipo de juntas cívicas, que coadyuvan con el Estado en el cumplimiento de sus fines, que están bajo la inspección, control y vigilancia del Estado a través de uno de sus órganos de la Rama Ejecutiva como lo es el Ministerio del Interior y que además están autorizados para recibir y utilizar recursos oficiales no se encuentran tipificados en la norma disciplinaria, obviándose con ello el concepto constitucional que para *“efectos del control disciplinario este procederá solo respecto de los particulares en caso en que la prestación del servicio público, haga necesario el ejercicio de función pública”*²³², que a nuestro juicio ese ejercicio se cumple, luego entonces son particulares que ejercen funciones públicas atípicos.

2.2. EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL

Siguiendo con la argumentación, llegamos a este punto, al del Sistema de Seguridad Social Integral en Colombia, entendido este como su nombre lo indica, un sistema, integrado por el Sistema General de Pensiones, *“cuyo objeto es el de proteger a la población contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones”*²³³ El Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuyo objetivo es *“regular el servicio público esencial de salud y crear condiciones de acceso al servicio a toda la población en todos los niveles de atención, el cual está conformado por un régimen contributivo de salud y un régimen subsidiado en salud”*²³⁴ el Sistema General de Riesgos Profesionales, el cual *“tiene la finalidad de regular los riesgos generados por causa o por ocasión*

²³⁰ http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2002/ley_0743_2002.html

²³¹ *Ibidem.*

²³² Consultar y profundizar con la sentencia C-037 de 2003.

²³³ Para consultar el tema ver en Torres Tarazona, Alberto, Aproximaciones a la Seguridad Social en el Estado Social de Derecho, Aspectos Teóricos y Jurisprudenciales, Doctrina y Ley, 2012, página 61.

²³⁴ *Ibidem.*

del trabajo (accidentes de trabajo y enfermedades profesionales)”²³⁵. Este hoy modificado por la Ley 1562 de Julio 11 de 2012, el cual establece que a partir de su promulgación deja de existir como Sistema General de Riesgos Profesionales, para convertirse en el Sistema General de Riesgos Laborales, definiéndolo como “el conjunto de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos, destinados a prevenir proteger y atender a los trabajadores de los efectos de las enfermedades y de los accidentes que puedan ocurrirles con ocasión o como consecuencia del trabajo que desarrollan”²³⁶, finalmente están los Servicios Sociales Complementarios, que son aquellos que “establecen un programa de auxilios para grupos específicos y vulnerables, como los ancianos indigentes, así como políticas de desempleo y servicios en materia de educación, cultura, recreación y turismo, sin desconocer los Beneficios Económicos Periódicos (BEP)”²³⁷, luego entonces debemos decir que si este es un sistema, los que lo integran lógicamente, hacen parte de un todo, un todo que tiene una finalidad, tiene como la norma lo indica unas normas y procedimientos, es de entenderse entonces que si una entidad prestadora de salud es pública y una entidad prestadora del mismo servicio es privada, ambas son parte del sistema integral, luego entonces ambas deben ser responsables desde el punto de vista disciplinario, pues ambas se dedican a cumplir el mismo fin, bajo unas normas y procedimientos comunes, de igual forma sucede con los fondos de pensiones, con las aseguradoras de riesgos laborales y con los prestadores de los servicios sociales complementarios.

Es decir, consideramos nosotros, que este tipo de entidades que hacen parte del sistema de seguridad social integral colombiano, deben ser sujetos disciplinables, pues hacen parte de un sistema que presta un “servicio público obligatorio”²³⁸ que implica el cumplimiento de una función pública, pues como ya lo hemos anotado esta es “el conjunto de funciones que cumple el Estado, a través de los órganos de las ramas del poder público, de los órganos autónomos e independientes y de las demás entidades o agencias públicas, en orden de alcanzar sus fines. Funciones que no solamente son predicables de las personas que se vinculan al Estado mediante la elección o nombramiento y la posesión del cargo, sino también de los particulares que, en los casos establecidos en la Constitución y la Ley, pueden investirse de la autoridad del Estado y desempeñar funciones públicas

²³⁵ *Ibidem*.

²³⁶ Para consultar se recomienda, cartilla de la nueva Ley de Riesgos Laborales, Ley 1562 de 2012, del Ministerio del Trabajo, artículo 1º, página 7.

²³⁷ Para consultar el tema ver en Torres Tarazona, Alberto, Aproximaciones a la Seguridad Social en el Estado Social de Derecho, Aspectos Teóricos y Jurisprudenciales, Doctrina y Ley, 2012, página 62.

²³⁸ *Ibidem*.

administrativas y judiciales”²³⁹ y claramente la prestación del servicio público de la Seguridad Social Integral de los colombianos es una función del Estado.

Tanto así , que esta se lleva a cabo a través de la rama del poder público ejecutiva como los Ministerios del Trabajo y de la Salud y la Protección Social, así como de órganos autónomos e independientes como las secretarías departamentales distritales y municipales de salud, con un objetivo definido como loes, alcanzar uno de sus fines esenciales establecido en el artículo 48 y 49²⁴⁰ de la norma superior, el derecho a la Seguridad Social Integral, en donde se manifiesta que el “Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la seguridad social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley”²⁴¹.

Este es un elemento factico, del cual podemos inferir, que si bien, la norma superior permite la coadyuvancia de los particulares en el cumplimiento de este fin estatal, no con ello los exonera de la reciprocidad elemental que debe existir al momento de adquirir una responsabilidad con un carácter más elevado que cualquier otro particular, pues estos, están nada más y nada menos siendo colaboradores del Estado en el cumplimiento de unos fines sumamente esenciales, que requieren de mayor compromiso no solo por parte de ellos como particulares, para cumplirle a la sociedad con el manejo de los recursos que se requieren para ampliar esa cobertura, sino, del Estado como tal, en tener herramientas capaces de poner en cintura a quienes so pretexto de colaborar, puedan extralimitarse una y otra vez debido a la falta de elementos jurídicos como la norma disciplinaria para omitir sus responsabilidades si a ello ha dado lugar, con el incumplimiento de los acuerdos a que hace referencia el mencionado artículo, es decir, si no cumple con la misión de ayudar al Estado en ampliar esa cobertura que no es otra cosa que hacer llegar a la mayor población posible la acción pública, ayudar a que el fin último se materialice entre las generalidades de los asociados.

Estas entidades como por ejemplo los fondos de pensiones privados y las aseguradoras de riesgos laborales privadas, son parte del sistema de seguridad social integral colombiana del que habla la Ley 100 de 1993, administran recursos públicos puesto que el sistema es de doble naturaleza, contributivo y subsidiado, captan dineros públicos o del público²⁴², y revisten desde todo punto de vista un interés para “preservar la vigencia de las garantías fundamentales en el Estado

²³⁹Se invita a examinar lá Sentencia. C-037/03.

²⁴⁰ Consultado en Constitución Política De Colombia, anotada, Francisco Gómez Sierra, 2008, ed. Leyer.

²⁴¹ Ibídem.

²⁴² Para profundizar se recomienda leer Plan Nacional de Desarrollo, Ley 1151 de 2007, art 155.

social de derecho”²⁴³, aún más, si examinamos que dentro de los conceptos de sostenibilidad financiera traídos por la Sentencia C-336 de 2008, se precisan “a) la estabilidad económica y b) la sostenibilidad financiera”²⁴⁴ de la que habla el acto legislativo 1 de 2005²⁴⁵, por lo cual se sostiene que “los recursos del sistema general de pensiones están destinados exclusivamente a dicho sistema y no pertenecen a la Nación, ni a las entidades que los administran”²⁴⁶ pero que para garantizar la actividad de aseguramiento en condiciones de eficiencia, sostenibilidad y economía debe conservar la participación pública en su prestación”²⁴⁷, debemos deducir que esos recursos no solo son privados, son públicos y que en ocasiones son administrados por entidades particulares, que naturalmente los captan directamente del ciudadano empleado o no, que va y paga, o de las entidades públicas que se los consignan, luego entonces estos deben responder disciplinariamente, deben ser cobijados por la norma disciplinaria, pues no solo ejercen un servicio público obligatorio que implica la realización de una función pública, sino que también, administran recursos públicos como ya lo hemos anotado.

2.3. ORGANISMOS DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL Y DE CREDITO

Otros particulares que creemos deben ser incluidos en el marco de acción de la actual y futura norma disciplinaria por ser sujetos que en el cumplimiento de servicios públicos cumplen con funciones públicas, además utilizan recursos públicos son estos organismos de cooperación internacional y de crédito.

En principio estos poseen fondos privados, incluso algunos no son de Derecho Público, están regulados hasta este punto por el artículo 13, inciso 4 de la Ley 80²⁴⁸ del 1993, así como por el artículo 15 del Decreto 2170 de 2002²⁴⁹, pero cuando estos organismos contratan con el Estado Colombiano, pero se utilizan recursos públicos colombianos, no se encuentran sometidos a la norma disciplinaria, esto lo deja ver la sentencia C-249 de 2004²⁵⁰, cuyo vacío así como el de las normas señaladas son evidentes al examinarlas, que si bien este regula la forma de contratar con estos organismos los principios y los criterios de selección asignándolos a los establecidos por el numeral 4, del artículo 4, el cual deja dicho que “Del deber de selección objetiva. En desarrollo de lo previsto en el

²⁴³ Torres Tarazona, Alberto, Aproximaciones a la Seguridad Social en el Estado Social de Derecho, Aspectos Teóricos y Jurisprudenciales, Doctrina y Ley, 2012, página 105, citando Sentencia C-623 de 2004.

²⁴⁴ Para profundizar se sugiere consultar Sentencia C-336 de 2008.

²⁴⁵ Consultamos en Constitución Política De Colombia, anotada, Francisco Gómez Sierra, 2008, ed. Leyer

²⁴⁶ Torres Tarazona, Alberto, Aproximaciones a la Seguridad Social en el Estado Social de Derecho, Aspectos Teóricos y Jurisprudenciales, Doctrina y Ley, 2012, página 105, citando Oscar Iván Cortes, conferencia de la seguridad social, pág. 137.

²⁴⁷ Para profundizar se recomienda leer Plan Nacional de Desarrollo, Ley 1151 de 2007, art 155.

²⁴⁸ Así en Ley 80 de 1993

²⁴⁹ Consultar Decreto 2170 de 2002 para corroborar y profundizar en el estudio

²⁵⁰ Invitamos a estudiar la sentencia C-249 DE 2004.

artículo 29 de la Ley 80 de 1993 y en relación con los procesos de selección, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o términos de referencia, tendrán en cuenta los siguientes criterios:”.... “numeral 4. Para la contratación que tenga por objeto la prestación de servicios especializados, se hará uso de factores de calificación destinados a valorar primordialmente los aspectos técnicos de la oferta, así como la experiencia relevante del oferente en el campo de que se trate”²⁵¹.

Por esto debemos decir con toda claridad que no dejan ver las precitadas normas y sentencia un atisbo de regulación que tenga que ver con la responsabilidad concreta en materia disciplinaria por estas organizaciones o por quienes detentan un rol directivo o representativo legal de ellas cuando contratan con el Estado y que en muchos de esos casos cumplen tareas misionales propias de las funciones públicas que van desde programas de adecuación de vías, desarrollo de asistencias en procesos electorales hasta la “adquisición de bienes y servicios para la defensa y seguridad nacional”²⁵² de que habla el inciso final del referido párrafo.

2.4. ENTIDADES ADMINISTRADORAS DE PLANES DE BENEFICIOS (EAPB) Y LAS AUDITORAS DE ESTA ENTIDADES

Estas entidades, que se encuentran definidas y reguladas entre otros por el decreto 1018 de 2007 en su artículo 4° el cual explica que son “las Entidades Promotoras de Salud del Régimen Contributivo y Subsidiado, Empresas Solidarias de Salud, las *Asociaciones mutuales* en sus actividades de Salud, las *Entidades Promotoras de Salud Indígenas*, las Cajas de Compensación Familiar en sus actividades de salud, las *Entidades que administren planes adicionales de salud*, las entidades obligadas a compensar, las *entidades adaptadas de Salud*, las entidades pertenecientes al *régimen de excepción de salud y las universidades en sus actividades de salud*”²⁵³, así como la resolución 03374 de 2000 que expone que éstas “Son las entidades responsables de la prestación de servicios de salud a una población específica...tales como: las Entidades Promotoras de Salud - EPS- y las que se les asimilen, para el Plan Obligatorio de Salud, las Compañías de Seguros para accidentes de tránsito, pólizas de hospitalización y cirugía o cualesquiera otra protección en salud, para accidentes de tránsito y eventos catastróficos y las administradoras de planes de beneficios en regímenes especiales”²⁵⁴, todas estas son en su gran mayoría, por no decir en su totalidad, entidades surgidas de particulares, tienen las facultades de administrar y prestar

²⁵¹ Así en <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=5798>

²⁵² *Ibidem*.

²⁵³ Se puede profundizar consultando el Decreto 1018 de 2007.

²⁵⁴ Resolución 03374 de 2000, consultada en anaqueles normativos del ministerio de protección social.

los servicios de salud de los colombianos, según las normas precitadas, todas ellas reciben recursos públicos, operan con total anonimato desde el punto de vista del alcance disciplinario, sus autoridades casi como su nombre o existencia misma desconocidas y son en su gran mayoría como las subrayadas, las que adquieren dineros públicos para ejercer lo que para nosotros es en definitiva una función pública, ya que en virtud de prestar el servicio público de la salud necesariamente asumen esta función según los criterios expresados y explicados en capítulos anteriores, como lo es llevarle la salud a los ciudadanos

De igual forma están las entidades auditoras de estas EAPB hacen presencia en el mundo jurídico a partir del decreto 1011 de 2006, de donde surgen los conceptos como el de “solvencia del Sistema Único de Habilitación de Entidades Promotoras de Salud del Régimen Contributivo y Entidades Adaptadas”²⁵⁵ que nos lleva o nos conduce a la obligatoriedad que estas deban cumplir con unas auditorías que garanticen la solvencia de dichas entidades para poder ser habilitadas a “prestar el servicio”, lo cual quiere decir, por conexión, que estas auditorías que pueden ser hechas por entidades de particulares, están asumiendo nada más y nada menos la responsabilidad de definir si una Entidad Administradora de Planes de Beneficios pueda o no ser viable para prestarle el servicio público a la ciudadanía según lo podemos observar en el Parágrafo 2° del artículo 5 del mencionado Decreto, cuando establece que “Las EPS y entidades adaptadas también podrán garantizar su solvencia mediante la implementación de un sistema de administración de riesgos, debidamente auditado y con concepto favorable por una entidad independiente... y más adelante preceptúa... que El incumplimiento de las obligaciones derivadas de la implementación del sistema de administración de riesgo, debidamente auditado y con concepto favorable por una entidad independiente”²⁵⁶ para señalar y reafirmar esto como requisito digamos de viabilidad de la prestación del servicio, con lo cual claramente se está ejerciendo por particulares, las funciones de la Contraloría General de la República²⁵⁷ verbi gracia las funciones de la Auditoría General de la República²⁵⁸

Por esto creemos que este tipo de particulares que vienen asumiendo éstas funciones tan delicadas como la de prestar servicios adicionales de salud, a poblaciones específicas, deben tener el control disciplinario sin lugar a dudas, pues aun que es aventurado sostenerlo, la experiencia, la cotidianidad y los titulares si bien no nos sirven de pies de página, creemos que son los típicos casos por donde se desangra la nación y sus recursos sin que existan responsables disciplinariamente de estos hechos.

²⁵⁵ Para mejor comprensión del tema, consultar Decreto 1011 de 2006.

²⁵⁶ *Ibidem*.

²⁵⁷ Para dilucidar mejor el tema consultar la Ley 42 de 1923

²⁵⁸ Para mejor comprensión del tema revisar Decreto 272 de 2000.

Finalmente debemos enunciar, que sentimos que en este grupo de atípicos que debieran ser cobijados por la norma disciplinaria se encuentran algunos de los que ejercen funciones de inspección, vigilancia, control y gestión de servicios públicos de que trata el artículo 370 de la C.P. así como algunas instituciones de utilidad común en que sus rentas se conserven y sean debidamente aplicadas para que en lo esencial se cumpla la voluntad de los fundadores, por ejemplo algunas universidades y sin lugar a dudas algunos operadores de naves aeronaves y manejo militar de países extranjeros en virtud por ejemplo del plan Colombia, en donde todos hemos visto que son contratistas particulares quienes operan las aeronaves de fumigación y ejercen otras actividades propias de la acción militar que se encuentran prohibidas expresamente por la Constitución del 91²⁵⁹ así como en la sentencia C-866/99, pero que sin embargo hasta allá ha llegado la acción de los particulares.

2.5. SOBRE LAS FALTAS DE LOS PARTICULARES QUE EJERCEN FUNCIONES PÚBLICAS TÍPICOS O ATÍPICOS.

El régimen de faltas, si así se nos permite denominarlo, son aquellas normas expresamente definidas por la Ley disciplinaria para los servidores públicos como denominación genérica dividida entre empleados públicos y trabajadores oficiales, así como para particulares, que establecen aquellas actuaciones que estos tienen prohibido o no permitido hacer o dejar de hacer, es decir, son aquellas manifestaciones de hecho o de derecho que un funcionario o un particular que ejerce funciones públicas no puede hacer o no puede dejar de hacer, en cuyo caso éste está más bien obligado a hacer, porque si no, es sancionado, éstas se clasifican en faltas gravísimas, graves y leves²⁶⁰ de las cuales en el artículo 48, define lo que es una falta gravísima.

La Ley 734 de 2002 o Código Disciplinario Único, trae estas faltas plenamente definidas como lo podemos ver con el artículo 48 ya mencionado, para los particulares que ejercen funciones públicas de los que hemos denominado como típicos, es decir, de los que también de forma taxativa el código ha mencionado como tales, es decir, los que ha tipificado en su artículo 23, en este encontramos una definición: *“Constituye falta disciplinaria, y por lo tanto da lugar a la acción e imposición de la sanción correspondiente, la incursión en cualquiera de las conductas o comportamientos previstos en este código que conlleve 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 el artículo 28 del*

²⁵⁹ Consultado en Constitución Política De Colombia, anotada, Francisco Gómez Sierra, 2008, ed. Leyer.

²⁶⁰ Para ahondar en la materia expuesta consultar Código Disciplinario Único artículo 42.

presente ordenamiento.”, por otra parte en el artículo 25 define quienes son los que están sujetos a ser sancionados por cometer estas faltas, es decir los destinatarios de la acción disciplinante, expresando que “Son destinatarios de la ley disciplinaria los servidores públicos aunque se encuentren retirados del servicio y los particulares contemplados en el artículo 53 del Libro Tercero de este código”

Los indígenas que administren recursos del Estado serán disciplinados conforme a este Código”²⁶¹. Esto nos conduce a comprobar o corroborar lo antes dicho, es decir, al momento en que la norma expresa taxativamente que serán destinatarios de la Ley disciplinaria *los particulares contemplados en el artículo 53 del Libro Tercero de este código*, está estableciendo, primero; una delimitación expresa a que son esos del artículo 53 y no otros los destinatarios, segundo; deja claro que se encuentran tipificados y tercero; nos permite inferir que lo que hemos sostenido a lo largo de estas páginas tiene sentido, hoy, existen particulares que ejercen funciones públicas atípicos, porque se encuentran por fuera de los *contemplados en el artículo 53 del Libro Tercero de este código*.

Dicho esto a continuación debemos manifestar, primero; consideramos que estos que están por fuera se deben incluir en el marco de acción y cobertura de la Ley disciplinaria y segundo; que a los que ya existen y a los que se traigan al coladero, debemos ampliarles el margen de responsabilidad, me explico; hoy en día según el artículo 55 del pluri referenciado código disciplinario, los particulares de los que habla el artículo 53 e incluso el estatuto anticorrupción su artículo 44, solo “responden por la comisión de faltas gravísimas”²⁶², lo cual no compartimos, por cuanto mucho de la comisión de malversación de fondos, actuaciones perjudiciales para el erario público, la administración y la democracia se cometen y pueden cometerse en el nivel de falta grave e incluso de falta leve, por lo cual se debe establecer que este nivel de falta también sea sancionable cuando un particular las cometa.

Esto, creemos es un aporte adicional que este trabajo académico debe exhibir por lo menos para que se presente o se de una discusión con respecto al tema, porque según la definición que trae el artículo 55 del .C.D.U sobre lo que es falta grave y leve la cual dice que “Constituye falta disciplinaria grave o leve, el incumplimiento de los deberes, el abuso de los derechos, la extralimitación de las funciones, o la violación al régimen de prohibiciones, impedimentos, inhabilidades, incompatibilidades o conflicto de intereses consagrados en la Constitución o en la ley”²⁶³, es demasiado ambigua por un lado y por otro, permite decir que un

²⁶¹ *Ibidem.*

²⁶² *Ibidem.*

²⁶³ *Ibidem.*

particular, por ejemplo, que no cumple al Estado con un contrato de varios cientos de millones y cuyo objeto es dotar de oxígeno a los hospitales de una ciudad x, este personaje al quedarse digámoslo así; con esos recursos públicos que son de todos está abusando de los derechos de él y de los demás, sin embargo, podrá decir que como es falta grave, no gravísima y como esta modalidad de actuación no está incurso en las definiciones de falta gravísima que trae el artículo 48 del Código, no se le puede sancionar y podrá seguir contratando con el Estado muy seguramente.

Por todas las anteriores consideraciones es que resulta pertinente una intervención normativa por parte del Congreso de la República y de ahí nuestro aporte para ello, como lo es el siguiente proyecto de ley

4. PROYECTO DE LEY ESTATUTARIA N° (.....), POR EL CUAL SE CREA EL ESTATUTO ESPECIAL DE RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA DE LOS PARTICULARES QUE EJERCEN FUNCIONES PUBLICAS EN COLOMBIA Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

INTRODUCCIÓN

El Derecho disciplinario en Colombia, ha tenido sendos avances hasta llegar a considerarse una nueva y autónoma disciplina del Derecho, sigue siendo para muchos una audacia por no decir menos, en cuanto a la funcionalidad y el desarrollo del mismo se refiere.

Pues bien, dado esto, se propone este congreso no solo esbozar algunos preceptos y conceptos básicos y ampliamente conocidos por quienes intervienen constantemente en esta materia, sino, presentarlos de manera práctica y pedagógica para quienes no participan de ella constantemente, quizá para quienes no ejercen la profesión de jurisconsultos o abogados, pero que quizás serán quienes se vean inmersos con los resultados de este proyecto.

Este, busca dejar como principal aporte, que aquellos particulares que ejercen funciones públicas en Colombia y que no se encuentran regulados, caso en el cual se ha decidido denominarlos atípicos, sean incluidos en el ordenamiento jurídico, para que sobre ellos, su actividad y el manejo que estos hagan de recursos y bienes del Estado, tengan un control no solo ex post, sino también ex ante. Esto indiscutiblemente con el fin de salvaguardar los bienes y derechos del Estado, de la Nación y de todos los ciudadanos que somos contribuyentes, así como en beneficio de aquellos que cooperan con el Estado en ejercer y cumplir con sus fines, puesto que esa sujeción pre establecida, les otorga mayor seguridad jurídica en su actuar.

JUSTIFICACIÓN

No cabe duda que la ley 200 hoy ley 734/02, hacen aportes descomunales por resolver esta problemática,²⁶⁴ por salvaguardar el interés general, pero las relaciones entre los particulares que contratan con el Estado-contratante, cada vez son más complejas y cada vez, en el día a día, se tornan con matices muy variables incluso de un contrato a otro, es por esto la pertinencia de estas consideraciones, esta búsqueda de soluciones para regular y cobijar una serie de particulares que ejercen funciones públicas y que se encuentran en atipicidad.

A renglón seguido se debe destacar, que este proyecto normativo, se realiza desde los enfoque que se utilizan a diario en la academia como el de la investigación socio jurídica y política²⁶⁵, así mismo utilizando el método indudeductivo²⁶⁶ y aplicando claro está el método histórico²⁶⁷, todo esto, no solo porque este cuerpo legislativo debe tecnificarse al momento de presentar y decidir estos proyectos de ley, sino también porque debemos acercar este cuerpo democrático a la academia y porque debemos conocer el desarrollo jurídico de

²⁶⁴ Sobre el particular examinar la LEY 734/02 Cap III, Art 25, Libro III, Tit I, Cap I, Art 53.

²⁶⁵ Así en Guía para la elaboración de proyectos de investigación, 3era edición, Universidad Libre, 2011, pág. 42 y S.S.

²⁶⁶ Ibídem, pág. 50

²⁶⁷ Ibídem, pág. 52

esta materia, para poder construir un aporte concreto y viable a este problema, para esto, la exposición de diferentes sentencias de las cortes serán clave, como sentencias unificadoras de criterios²⁶⁸, que generan claridades conceptuales y que nos sirven de paradigmas en la construcción de esta Ley, así como en la evaluación de muchas otras que dan vida y nacimiento a las razones por las cuales creemos que existen estos particulares atípicos.

Por esto nos debemos preguntar como cuerpo colegiado ¿Se encuentran todos los particulares que ejercen funciones públicas reconocidos y cobijados por el artículo 366 de C.P. y la Ley 734 de 2002 o Código Disciplinario Único?, en cuanto a la relación especial de sujeción que deben tener los particulares que ejercen funciones públicas ¿es suficiente la cobertura que presenta en materia disciplinaria el artículo 366 de C.P. y la Ley 734 de 2002 o Código Disciplinario Único o la Ley 1474/11, Estatuto Anticorrupción?

La Constitución Política Colombiana en su artículo 366 establece “El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable. Para tales efectos, en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales, el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación”.²⁶⁹ El Código disciplinario único o ley 734 de 2002 trae un número referenciado de particulares que prestan servicios públicos y como tal son por ley reconocidos y sujetos a la normatividad disciplinaria como lo referencia y expresa la sentencia- C- 286/96.²⁷⁰ Y estos podrán ejercer esas funciones encomendadas por el Estado.

Estos son denominados como los particulares típicos que ejercen funciones públicas en el Estado colombiano y que por tanto son aquellos sobre

²⁶⁸ Para mayor profundidad leer Sentencias C-563 de 1998, C-708 de 1999, C-769 de 1998, entre otras.

²⁶⁹ Consultado en Constitución Política De Colombia, anotada, Francisco Gómez Sierra, 2008, ed. Leyer.

²⁷⁰ Para mayor profundidad consultar Sentencia C- 286 de 1996.

los cuales se materializa y concreta el poder sancionador disciplinario del aparato judicial de la República, es decir, son estos los mojones de la frontera sancionadora del estado mismo, son la prueba del límite de la aplicación y la cobertura de dichas normas.

Por esto, este Congreso debe preguntarse ¿realmente solo son estos los típicos particulares que ejercen funciones públicas?, ¿existen otros que aún no están cobijados por la norma?, y si esto es así, ¿Cuáles son los que hacen falta? ¿Cuáles son las razones de tipo jurídico para que existan y sea posible incluir particulares que de manera atípica ejercen funciones públicas dentro de los ya mencionados típicos? Y finalmente, es necesario indagar que sería mejor para el desarrollo y avance de esta novísima rama del derecho y para el fomento de la pulcritud, la moral de lo público y la democracia ¿crear un nuevo código disciplinario, reformarlo o simplemente debemos ampliar el rango de aplicación del régimen disciplinario hasta aquellos particulares que ejercen funciones públicas pero que no están incluidos aún en estas normas?

Estas son algunas de las preguntas y postulados cuyas respuestas serán dadas con este proyecto de Ley y ojalá a través de los debates parlamentarios necesarios para concretar esta iniciativa legal ciudadana.

EL PROBLEMA EN DISCUSIÓN.

Hoy en Colombia la jurisdicción disciplinaria se encuentra desbordada en su alcance puesto que la Ley 734/02 y la Ley 1474/11, Estatuto anticorrupción, no son suficientes para cobijar a todos los particulares que ejercen funciones públicas en Colombia, dejando con esto un vacío normativo ante los Particulares que ejercen funciones públicas atípicos que se propone corregir con esta iniciativa legal ciudadana, de igual forma el régimen de sanciones de las referidas leyes, presentan graves ambigüedades como por ejemplo, el hecho de que los particulares que ejercen funciones públicas solo responden disciplinariamente por faltas gravísimas, lo cual deja abierta la puerta para ser exonerados cuando sus

faltas sean de carácter culposo o leve, siendo que estas también pueden afectar considerablemente el erario como lo establece el Artículo 55 del LIBRO III sobre el REGIMEN ESPECIAL, T I T U L O I, sobre el REGIMEN DE LOS PARTICULARES, en su CAPITULO PRIMERO, referido al Ámbito de aplicación.

Sin embargo el imperante descontento social por las fallas y faltas de conciudadanos que como particulares autorizados por la constitución y habilitados por la Ley contratan y desarrollan obras de impacto social, que si bien son de alta importancia para la sociedad, muchas veces ésta por los incumplimientos y fallas de aquellos, sufre grandes perjuicios sin poder como cuerpo colectivo obtener soluciones apropiadas y diligentes, puesto que solo pueden recurrir a la administración en conceptualizaciones y reproches políticos que por lo general son esperanzas inocuas, efímeras e inalcanzables²⁷¹.

Ante esto, tenemos que el artículo 366 de la C.P. junto con el legislador, a través de la ley 734 de 2002 y Ley 1474/11 Estatuto Anticorrupción, hemos tipificado de alguna manera a aquellos particulares que prestan o ejercen funciones públicas,²⁷² pero se nos quedamos cortos, dejando el espacio para que surja y se materialice una realidad, la cual consiste en la existencia de particulares que ejercen funciones públicas pero que no están incluidos en las precitadas normas, los cuales denominaremos como atípicos, por lo cual debemos corregir esa falla incluyéndolos en el régimen de aplicación de las normas de sujeción especial disciplinaria, por cuanto el impacto nocivo que muchos de estos generan a la sociedad al momento de generar incumplimientos con sus obligaciones no solo con la falla en sí mismo, o con la percepción de corrupción que tiene la sociedad, si no, en concreto con las peculiares circunstancias, siempre novedosas e ingeniosas de corrupción²⁷³, mal gobierno, desestimulación de la

²⁷¹Para esto nos referenciamos en Norbey Quevedo H. / María del Rosario Arrázola. <http://www.elespectador.com/noticias/investigacion/articulo-260644-estrategia-secreta-de-los-nule> El espectador.com, 2 de Abril/2011.

²⁷²Así en Código único Disciplinario en Colombia, Ley 734/02 e igualmente en Estatuto Anticorrupción Colombiano; Ley 1474/11.

²⁷³ Ver en Dogmática del Derecho Disciplinario, Bogotá D.C. 2da Edición Julio de 2002. Universidad Externado de Colombia, Pg. 125.

responsabilidad contributiva y participativa de la vida en sociedad que esto genera en los administrados es supremamente perjudicial para la vida democrática.

Es así, como este fenómeno de la corrupción “desestimula el trabajo honesto y el mérito, produce distorsiones en el mercado, obstaculiza la prestación de los servicios públicos y los hace más costosos, alterando la equitativa prestación de los mismos y la distribución de los recursos; generando de contera, desigualdades, desgaste administrativo, por el desvío de los dineros públicos hacia fines particulares , no solamente porque se aumentan los costos adicionales, sino porque se debilita el poder del Estado para gobernar, conllevando per se, injusticia por la imposibilidad de realizar inversión social y naturalmente, ilegitimidad de la organización política” ²⁷⁴.

Es por la gravedad de esta realidad que vincula directamente a la generación actual, que se pretende a través de este proyecto de Ley, buscar la forma de ampliar la cobertura de la Ley disciplinaria en muchos de los particulares que efectivamente prestan servicios públicos pero que no se encuentran dentro del rango de acción de la ley 734 de 2002 y del artículo 366 de la C.P. o del Estatuto Anticorrupción Ley 1474/11, por lo cual los hemos denominado *atípicos* y con ellos ampliar el marco del conocimiento de esta novísima rama del Derecho, que se justifica en todo momento por mandato soberano constitucional del artículo 2 de la Constitución Política Colombiana al momento de expresar “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”.²⁷⁵, ni que decir del artículo 123 de la misma norma superior.

²⁷⁴ Así en el artículo Alternativas constitucionales para enfrentar la corrupción administrativa, Universidad Libre, Revista Nueva Época N° 16, de 2002, pág. 122

²⁷⁵ Ver en Constitución Política De Colombia, anotada, 2008, ed. Leyer.

Exponer ante la comunidad académica, la sociedad y los órganos de la administración esta realidad que desangra las arcas del Estado, las arcas de la Res-Pública²⁷⁶ es tarea vital de este congreso para crear un ámbito de acción más amplio de la responsabilidad disciplinaria y con ello mejorar y garantizar la mejor administración pública y el cumplimiento de los fines del Estado.

Esto constituye la principal razón de este proyecto legislativo, el hecho de que el Estado, sus órganos de gobierno, el Derecho y la academia vuelquen sus miradas hacia la realidad de cientos de particulares que por su función o por la labor que desempeñan deben ser vinculados a estas reglas de sujeción y aportar a que los recursos públicos, materiales, económicos, técnicos y humanos, sean efectivamente controlados en beneficio y en atención al interés general y que a su vez, le permitan a estos atípicos particulares que ejercen funciones públicas tener mayores garantías en su actividad profesional, laboral y contractual.

Por lo demás, el realizar una propuesta como esta, siempre debe conllevar a aportar soluciones a problemas de índole académico, jurídico, social, político, etc, razón que la hace justificable, máxime cuando estamos ante tamaña situación de buscar soluciones a una problemática creciente en la vida administrativa del Estado Colombiano y en la juridicidad del mismo, entender, comprender y aportar para que en Colombia exista mayores índices de legalidad y por ende menores índices de corrupción, es una gran justificante para los esfuerzos que desde el congreso y la academia se hacen y se pueden hacer de manera práctica y palpable a la comunidad y en general al ciudadano del común y corriente que se ve afectado en su día a día por tan particulares circunstancias como las que hemos mencionado.

²⁷⁶ Para mayor profundidad consultar, Pobreza, Corrupción y Participación Política: Una Revisión para el Caso Colombiano; Banco De La Republica; Marzo de 2006.pg 33,34 y S.S. Elisabet Ungar, <http://www.transparenciacolombia.org.co/Publicaciones/PublicacionesTI/tabid/162/Default.aspx>, 2011, la corrupción es grave, pero es peor ignorarla, informe sobre corrupción en Colombia, de igual forma Por El espectador.com, <http://www.elespectador.com/noticias/judicial/articulo-334846-corrupcion-y-burocracia-grandes-fallas-el-sistema-de-salud-colom> judicial, 27 de marzo de 2012, Corrupción y Burocracia: grandes fallas en el sistema de salud en Colombia, finalmente, Redacción El País, <http://www.elpais.com.co/elpais cali/noticias/denuncian-supuestos-nombramientos-irregulares> jueves 29/03/2011. supuestos nombramientos irregulares en la administración de Ospina.

EL PROBLEMA JURÍDICO.

Existen en Colombia particulares que ejercen funciones públicas, a quienes se les puede denominar como particulares atípicos, toda vez que no se encuentran reconocidos y/o regulados por la ley 734/02 o la Ley 1474 de 2011 estatuto anticorrupción, adicionalmente a esto, los muchos particulares que se encuentran regulados solo responden por las faltas disciplinarias que se constituyan o se gradúen como gravísimas, dejando por fuera aquellos que cometan faltas culposas y leves, sin dejar de lado el otro problema jurídico constituido en la dispersión normativa y la ambigüedad, falta de concreción y taxatividad en definir cuáles son los particulares que ejercen funciones públicas, cuales son las conductas que constituyen faltas disciplinarias, o por lo menos su ampliación y ajuste a las circunstancias actuales de la contratación.

A estos particulares debe este Congreso recogerlos e incluirlos en un cuerpo regulador especial, contribuyendo a que el operador tenga la facilidad de llevar a feliz término una investigación disciplinaria, verbi gracia, un proceso de responsabilidad disciplinaria que permita poner en cintura a quienes se aprovechan de las ambigüedades y faltas de definición y concreciones legales para hacer del erario público, su billetera personal en detrimento de los demás ciudadanos contribuyentes.

PROYECTO DE LEY _____

“Por el cual se modifica el artículo 44 de la Ley 1474 del 2011, que modificó el artículo 53 de la Ley 734 de 2002 sobre el régimen de responsabilidad disciplinaria de los particulares que ejercen funciones públicas en Colombia y se dictan otras disposiciones”

El Congreso de la República

DECRETA:

El Régimen de Responsabilidad Disciplinaria de Los Particulares que Ejercen Funciones Públicas en Colombia.

Artículo 1º. Deróguese el artículo 44 de la Ley 1474 del 2011, modificadorio del artículo 53 del Libro II, sobre el Régimen Especial, Título I, sobre El Régimen de los Particulares y la responsabilidad disciplinaria de los particulares que ejercen funciones públicas que en lo sucesivo será regido por esta Ley.

Artículo 2º. La presente Ley en lo sucesivo define el régimen disciplinario para los Particulares que ejercen funciones públicas el cual quedará así:

“La presente Ley se aplica a los particulares que cumplan labores de interventoría o supervisión en los contratos estatales; también a quienes ejerzan funciones públicas, de manera permanente o transitoria, en lo que tienen que ver con estas, y a quienes administren recursos públicos u oficiales.

Se entiende que ejerce función pública aquel particular que, por disposición legal, acto administrativo, convenio o contrato, realice funciones administrativas o actividades propias de los órganos del Estado, que permiten el cumplimiento de los cometidos estatales, así como el que ejerce la facultad sancionadora del Estado; lo que se acreditará, entre otras manifestaciones, cada vez que ordene o señale conductas, expida actos unilaterales o ejerza poderes coercitivos.

Administran recursos públicos aquellos particulares que recaudan, custodian, liquidan o disponen el uso de rentas parafiscales, de rentas que hacen parte del presupuesto de las entidades públicas o que estas últimas han destinado para su utilización con fines específicos, entre ellos se incluyen:

- a) *Miembros de Juntas de acción comunal*

- b) *Operadores y administradores del sistema de seguridad social integral*
- c) *Organismos de cooperación internacional y de crédito, cuando estos contraten con el Estado.*
- d) *Entidades administradoras de planes de beneficios (EAPB), y sus respectivas auditorías.*

Serán disciplinables aquellos particulares que presten servicios públicos de carácter esencia y aquellos que en ejercicio de dichas actividades desempeñen funciones públicas.

Cuando se trate de personas jurídicas la responsabilidad disciplinaria será exigible del representante legal o de los miembros de la Junta Directiva aun cuando sean de carácter mixto.”

Artículo 3° Modifíquese el Artículo 55 del LIBRO III sobre el REGIMEN ESPECIAL, T I T U L O I, sobre el REGIMEN DE LOS PARTICULARES, en su CAPITULO PRIMERO, referido al Ámbito de aplicación. Cuyo texto reza “Sujetos y faltas gravísimas. Los sujetos disciplinables por este título sólo responderán de las faltas gravísimas aquí descritas. Son faltas gravísimas las siguientes conductas”

El cual quedara de la siguiente forma; “Sujetos y faltas gravísimas. Los sujetos disciplinables por este título responderán por las faltas, gravísimas, graves, culposas y leves aquí descritas. Son faltas gravísimas las siguientes conductas:

Artículo 4° Se reconocerán como faltas graves, culposas y leves las mencionadas en la Ley 734 de 2002 o código Disciplinario Único.

Artículo 5° Vigencia. La presente Ley entrara a regir a partir de su publicación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.

Ciudadano

JUAN CAMILO CASTELLANOS MEDINA

Maestrando Universidad Libre

Facultad de Derecho- Instituto de Postgrados

Maestría en Derecho Administrativo- Aporte de Proyecto Grado.

H. Senador

JUAN MANUEL GALÁN PACHÓN

Comisión Primera de Senado- Constitucional.

5. CONCLUSIONES

Desde que nuestra República empieza solidificarse, entre el maremágnum de ideas y tendencias políticas, siempre hemos estado inmersos en las definiciones sobre qué tipo de Estado es el que debemos tener, cual es el mejor, si aquel “paternalista o gendarme promovido por los Liberales radicales como Murillo Toro, o aquel Estado individualista del dejar hacer defendido por los liberales de la tendencia liberal como tal, defendida por Florentino González o su mayor exégeta Don Miguel Samper”²⁷⁷, dentro de estos ires y venires, hemos dicho que ya llegado el otoño del siglo XIX y extinguido el Olimpo radical y conociendo las primaveras del siglo XXI, nuestro país se inclinó por delimitarle al aparato estatal su función, es decir, se inclinó la administración hacia aquella postura que concibe que el Estado no debe hacer todo y debe permitir que otros, en especial los particulares sean quienes realicen ciertas actividades, desde entonces se fueron robusteciendo las tesis de las descentralizaciones, las muchas que hoy son comunes, para gradualmente ir asestando ese golpe a la forma de administración de nuestro país, que naturalmente termina siendo la forma de gobernarlo.

Es por esto que hemos sostenido, que en el fondo del recipiente que envasa la doble moral de nuestra sociedad, este tema, de la responsabilidad disciplinaria de los particulares que ejercen funciones públicas, tiene que ver en todo sentido con la descentralización por colaboración como género de la nueva administración del aparato estatal, pues a una nueva y naciente forma de ejecutar las funciones del Estado, le surge un nuevo ejército de ciudadanos que se encargaran en lo sucesivo de llevarla a cabo, esto a su vez, naturalmente produce las nuevas legislaciones, para contrarrestar las nuevas prácticas de muchos de estos, no todos valga decirlo, que tiene que ver muchísimo con la corrupción que se genera desde y por la administración pública, de sus recursos en general, este es nuestro antecedente más real y menos teórico, pocos lo quieren reconocer, pero la necesidad de un Derecho disciplinante a los funcionarios o a los particulares que ejercen funciones públicas, es en el fondo la necesidad de frenar los altos índices de corrupción, de inmoralidad de lo público, que es lo que evita realmente el cumplimiento de los fines del Estado.

Por todo ello, en estas nuevas épocas, en las que el mismísimo capitalismo rapaz ha hecho crisis, en la que con los años finalmente se ha demostrado que las tesis del Estado interventor son y siempre fueron las adecuadas, prueba de ello es que en la República más capitalista del mundo, como lo es los Estados Unidos de Norteamérica, durante la crisis del 2008-2009, el presidente Obama, tuvo que intervenir como jefe de la Unión, inyectándole capital a la economía para

²⁷⁷ Se recomienda consultar para mayor comprensión en, Las ideas Liberales en Colombia 1849-1959, 5ta edición, Edi. Alvi Impresores Ltda., Bogotá D.C. 2006, pág. 67 y s.s.

que no se colapsara, llegamos al punto que se deben expedir decretos, leyes, estatutos regulatorios exclusivamente para aquellos que ejercen funciones públicas sin ser funcionarios públicos, es decir, que cuando llegamos a la arista de la expresión del Estado que entrega esenciales funciones propias vemos la otra cara de la moneda, los costos que esto trae, los costos de este sistema, los sobrecostos que le trae al erario el querer economizar en plantas de personal, en cargas prestacionales y pensionales, que si bien no puedo saber o no puedo afirmar que sea menor aquella que los derrames de dineros públicos en corrupción, puedo inferir que quizás es casi a lo que se ha querido ahorrar con el discurso fallido de que la administración pública es corrupta e inoperante, todo ha salido a la luz y vemos que tampoco la solución ha sido per se, la entrega de la administración a los particulares.

Por esto, hoy en día en nuestro Estado, se hace relevante, indispensable, la normatividad que intenta recopilar los valores de la honestidad, la economía, la diligencia con que se deben administrar los recursos públicos, por esto hoy más que nunca toma relevancia las normas que procuran contener el embate de algunos inescrupulosos que ven en la administración de la res publica, el botín de guerra, el botín que deben acaparar sin importar si al resto de la población la dejan padeciendo la maldición o la condena de Tántalo.

Hoy vemos la ley 734 de 2002 y la ley 1474 del 2011, como una expresión de ese intento por contrarrestar el embate desaforado de algunos cuantos que so pretexto de la autorización constitucional de permitirle a los particulares intervenir en los negocios públicos no quieren hacerlo de manera proba, de forma virtuosa por tanto deben ser cobijados por este tipo de normas, deben ser dicados como los más fuertes ríos para así poder garantizarle a los ciudadanos que sus impuestos, sus aportes que son en pro de todos, realmente sean invertidos en las necesidades generales y que en caso tal así no llegare a suceder, el Estado tendrá las herramientas para corregirlo o castigar a quienes de ello han abusado.

Sin embargo, hay quienes ostentan la defensa en relación a que los particulares sean o puedan ser objeto de aplicación de la Ley disciplinaria, toda vez que estos afirman que no le podemos imponer una carga adicional a quienes vienen colaborando, ayudando al Estado en el cumplimiento de sus fines y metas.

Debemos señalar, que quienes así lo consideran no encontraran en este trabajo un espíritu igual, ni siquiera similar, pues consideramos que si bien, hay actividades que el Estado no puede o no debe realizar, hay otras que por su naturaleza , siempre deben ser prestadas por él mismo y si se les autoriza a los particulares a coadyuvar con el mencionado ente superior, siempre este hecho genera unas ganancias para quienes así lo hagan, luego entonces no estamos

refiriéndonos a actividades altruistas o sin ánimo de lucro, estamos hablando de corresponsabilidades en las que el Estado paga o permite que el particular tenga unas sanas ganancias por la prestación de sus servicios, por lo cual decimos que así mismo debe existir una contraprestación por parte del particular en ser responsable, cumplidor de los acuerdos y compromisos pactados, debe entender que cuando asume uno de estos compromisos adquiere y se eleva un poco más en la escala de la responsabilidad que tiene para con la sociedad en general, no es ya un particular común y corriente, es un colaborador del Estado y como tal, este requiere de unos mecanismos propios de los sistemas democráticos de derechos que son las normas, imparciales mandatos que rigen las relaciones humanas y entre estas y los entes o constructos jurídicos por medio de los cuales podemos ejercer nuestras actividades de lucro o filantrópicas.

Normas como la ley disciplinaria, que defina de antemano unas reglas claras de juego, con predeterminadas definiciones de a quien se le aplican, cuando y como, pero sobretodo porque, esto, para garantía y tranquilidad de la sociedad en general, que sabrá que sus impuestos están lo más protegidos posibles, que se están destinando para su beneficio, que de no ser así hay normas que sancionaran, no solo penalmente a quienes abusen de los recursos, pues para muchos hoy en Colombia, es común oír, que de nada nos sirve tener presos a los corruptos que viven en nuestras cárceles comiendo con el pago de nuestros dineros también, que luego saldrán de esa cárcel pero que igual los recursos se perdieron y luego podrán por sus familias o interpuestas personas volver a sus andanzas, la sociedad exige mayores garantías y controles, por esto es importante a nuestro entender que esta acción disciplinante se amplíe, esto será garantía para una mejor administración como también lo será para los particulares mismos, en los momentos que así lo necesiten en aras de proteger el erario y materializar el principio del interés general, no compartimos que se siga entregando la coadministración del Estado a los particulares, es decir, está bien que los particulares sean incluidos en los asuntos y negocios públicos del Estado, hasta aquí todo está muy bien, pero lo que no compartimos es que los particulares reemplacen en todo en lo esencial al Estado en la obligación de cumplir con los fines de un Estado Social y democrático de Derecho.

Nuestros principales argumentos en el presente trabajo, consistieron en señalar que se considera en primera medida y basados en el estudio de la figura de los particulares que ejercen funciones públicas en el contexto latinoamericano y europeo, por lo menos en el España, que esta figura solo se presenta en Colombia, lo que corrobora nuestra oposición en cuanto a la forma como se ha permitido que se dé en nuestro territorio, esto lo decimos por razones que obedecen a señalar que ha generado todo tipo de excesos y despilfarros de los

dineros públicos, consideramos que se ha aprovechado el hecho que la Constitución del 1991 artículos 2, 6, 123, 366²⁷⁸ entre otros, ha permitido que llegaren los particulares a ayudar a cumplir los fines del Estado, loable razón, pero no que se llegara al punto de que estos reemplazaran básicamente la responsabilidad del Estado, como agente principal y garante o general regulador de las fuerzas sociales, creemos que el particular debe ser incluido en los asuntos y negocios públicos, como coadyuvante del Estado, pero no su reemplazo.

Ahora bien, dadas las circunstancias actuales en las que se encuentra sumergida la Administración Pública, cuando ya se ha hecho carrera el hecho de entregarle a los particulares la coadministración del Estado, no nos podemos quedar en la simple crítica y debemos aportar elementos que conlleven a constituir una contención jurídica para evitar mayores males al Estado, a la democracia y a la Nación entera, por esta razón creemos, afirmamos y compartimos que la ley 734 y los criterios de aplicación que había dado la sentencia 037/03 sobre los sujetos típicos disciplinables eran adecuados²⁷⁹ y tolerables, pero no suficientes, pues existían y existen particulares que ejercen funciones públicas atípicos, esto es que se encuentran cumpliendo funciones públicas, recaudando dineros, administrándolos sin responder disciplinariamente, como por ejemplo, pensemos en su momento, en el pleno auge de la seguridad democrática, que surgieron los denominados informantes, como coadyuvantes de la fuerza pública, en especial con las fuerzas de inteligencia del Estado, que además recibían recursos públicos camuflados en forma de recompensas, estos violentaban lo expresado en la sentencia C-866/99, puesto que estas tareas están asumidas de manera exclusiva a la fuerza pública, sin embargo, de igual forma vemos particulares, vinculados al ejercicio de la función pública como contratistas de las fuerzas militares y de policía, como los norteamericanos que hacen presencia en muchas bases de Colombia, bajo esa modalidad de contratación, quienes ejercen ciertas labores, como de fumigación de cultivos ilícitos, entrenamientos militares, transporte de tropas entre otros

Ya que existen estas realidades tangibles en cuanto a esta figura que además, insistimos, se presenta exclusivamente en Colombia, debemos buscar soluciones al problema que existen particulares atípicos ejerciendo funciones públicas en Colombia sin ningún control, a los cuales se les debe aplicar la norma disciplinable como mecanismo de control y preventivo de corrupción, creemos que hemos identificado cuales son estos particulares atípicos y los hemos presentado con argumentos sólidos que así permiten al lector entenderlo y hemos

²⁷⁸ Para consultar el tema ver en Torres Tarazona, Alberto, Aproximaciones a la Seguridad Social en el Estado Social de Derecho, Aspectos Teóricos y Jurisprudenciales, Doctrina y Ley, 2012, página 61.

²⁷⁹ Trabajo de Campo, entrevista a la Doctora Flor Alba Torres, Ex Procuradora Delegada para la Vigilancia Administrativa, 14/08/12.

desarrollado también los puntos y falencias que existen hoy en día en la norma disciplinaria que no solo se reduce a decir que debe ser ampliada en su marco de acción y de aplicación, sino también en decir que en cuanto a las faltas, esto de que solo deben responder por faltas gravísimas es verbigracia una falencia gravísima que se debe corregir, por esto proponemos recordando las primeras lecciones de aquellos maestros que ya no están en este plano de la existencia, cuando nos instruían en las primeras lecciones jurídicas como el Doctor Daniel Páez Pérez, quien nos decía que las cosas en derecho se deshacen como se hacen, significando así en este momento, que lo que debemos deshacer son errores legales y lo que debemos hacer es corregirlas con una norma o Ley estatutaria que creé un estatuto autónomo, particular sobre el régimen disciplinario de los particulares que ejercen funciones públicas, que integre todas las normas acordes a este propósito unificador, que incluya a todos aquellos que aún se encuentran por fuera de su cobertura y que corrija la aplicación de las sanciones por cometer faltas graves o leves.

Por ello, como aporte al problema jurídico enunciado decidimos presentar el proyecto de Ley con el ánimo de que este sea enriquecido con el debate de los diversos sectores que se vean afectados o beneficiados por este tipo de regulaciones, con las fuerzas políticas representativas de la sociedad en general y por supuesto con la academia en especial la Universidad Libre en sus diferentes facultades, ya que muchos de los contratistas surgen de las diferentes carreras que en esta alma mater se presenta y deben ser ellos los principales interventores en este tema que se pone en discusión.

ANEXO 1

ENTREVISTA A LA DOCTORA FLOR ALBA TORRES EX PROCURADORA DELEGADA PARA LA VIGILANCIA ADMINISTRATIVA.

PREGUNTA 1: DOCTORA FLOR ALBA, HABLANDO DE LA LEY DISCIPLINARIA EN COLOMBIA LEY 734 DEL 2002 CUAL ES SU OPINIÓN SOBRE EL ALCANCE DE ESTA LEY, CREE QUE ESTA ES SUFICIENTE?

RESPONDE: Encuentro dos preguntas en lo que tu me haces, una el alcance de la Ley 734, considero que la Ley 734 es suficiente tal como estaba prevista, lo único que tocaba era hacer algunas modificaciones en algunos artículos, en la medida en que no eran muy claros, por ejemplo en el asunto del sujeto disciplinable cuando se refería a los particulares, pero en lo demás me parece la norma absolutamente suficiente, en cuanto a que si esta ley sobre el alcance de la misma pues hay que decir que la ley disciplinaria mi concepto personal es que debe ser exclusivamente para los servidores públicos, yo no entiendo como hemos ampliado la órbita de acción de la justicia disciplinaria a particulares, está bien que se hubiera ampliado pero no como lo hace hoy en día la 1474 y hay decisiones de la Corte Constitucional que muy claramente establecía ese límite con relación al particular y nos decía haciendo más amplio el concepto de la Ley, que el particular es sujeto disciplinable solamente cuando ejercen funciones públicas nada más, eso que significa, que hay una gran cantidad de particulares que trabajan en el Estado realizando funciones que no son de las que emana ese carácter público que da la Ley por consiguiente estos no tienen por qué ser sujetos disciplinables, ahora bien, si nos vamos a mirar la normatividad en general una de las críticas que yo le hago a la 734 es que no dejaron modular la falta gravísima me hago entender, en todos los países siempre al juez se le entrega un mínimo y un máximo para que éste de acuerdo a circunstancias de tiempo, de modo y de lugar, de acuerdo al sujeto disciplinable, de acuerdo a la modalidad en que realiza la conducta pudiera entrar a decidir, la sanción es de tanto tiempo, la multa es de tanto a tanto, en cambio con la 734 todo absolutamente que este regulado en el artículo 48 es falta gravísima sin dejarse una regulación por parte del juez disciplinador, entonces por ejemplo una persona se hurta algún elemento que vale mil pesos, la sanción es de destitución e inhabilidad mínimo diez años de inhabilidad, pero si otro funcionario comete una conducta de hurto que valga mil millones, quinientos millones o dos mil millones la sanción es exactamente igual destitución e inhabilidad y eso debería dejarse especialmente al resorte del juzgador, no puede ser la misma sanción por que es que se les olvida que el

derecho en general no habla solo de equidad sino de igualdad y esa es la crítica que le he hecho yo siempre a la 734.

PREGUNTA 2: HOY CONOCE USTED EN OTRAS LATITUDES O EN TROS PAISES LA FIGURA DEL PARTICULAR QUE EJERCE FUNCIONES PUBLICAS?

RESPONDE: No, yo creo que Colombia es el único país donde tiene una justicia absolutamente sui generis, donde empiezan con unos términos y unos sujetos disciplinables y luego vamos ampliando, solamente aquí en Colombia se genera en que al particular en algunos eventos se le vea como servidor público para efectos de ser sujeto disciplinable, pero para otros efectos no lo son, como por ejemplo la carrera administrativa como por ejemplo su ascenso dentro del escalafón dentro de las entidades del Estado ósea, es servidor público solamente para poderlo sancionar pero para otros eventos no son servidores públicos sino, simplemente particulares que están ligados dentro del Estado por un contrato de prestación de servicios.

PREGUNTA 3: USTED POR QUE CREE QUE ESA FIGURA EN PARTICULAR SE PRESENTA EN NUESTRA LEGISLACION, EN NUESTRO ESTADO?

RESPONDE: Por una razón y es que hay que hacerle una crítica también aquí a todos los abogados y expertos en la justicia laboral, que en Colombia se acabaron los contratos a término indefinido, entonces hoy en día ni siquiera el Estado, por que empezaron con los particulares pero ya también el Estado entro dentro de ese juego en el que vinculan a las personas solo por orden de prestación de servicios para quitarse lo que ellos llaman, me permiten el término “la carga prestacional por parte de la entidad”, entonces contratan a una gran cantidad de personas y estas personas con el salario que reciben tienen que pagarse la EPS, tienen que pagarse la pensión, tienen que pagarse la afiliación a salud, tienen que también afiliarse a riesgos profesionales y tienen que costearlo en cambio si entran como un contrato a término indefinido que era los que antes existían pues tenían todas la prerrogativas y todo eso corría un porcentaje por parte de la entidad y otro porcentaje más pequeño por parte del trabajador hoy en día todo le corresponde al trabajador, entonces como ya no queremos tener personas dentro del Estado a término fijo entonces han surgido los contratos de prestación de servicio y eso ha generado esa inestabilidad laboral por un lado y por el otro lado que una gran cantidad de personas, de particulares terminen ejerciendo funciones que son eminentemente de los servidores públicos.

PREGUNTA 4: QUE CREE USTED QUE HACE FALTA PARA QUE EXISTA UNA COBERTURA TOTAL DE LA LEY DISCIPLINARIA EN COLOMBIA EN CUANTO A LOS PARTICULARES QUE EJERCEN FUNCIONES PÚBLICAS

RESPONDE: No, yo creo que al contrario, la 1474 lo que hizo fue ampliar ese radio de acción lo que tenemos es que cerrarlo, porque le pongo un ejemplo, si una persona que trabaja a través de una orden de prestación de servicios por ejemplo en la rama de justicia, en la rama jurisdiccional, ¿cómo le vamos a exigir que tenga el mismo celo de aquel que si tiene un contrato a término indefinido y que es servidor público? para mí o lo tenemos como servidor público y lo vinculamos como servidor público o sencillamente esa clase de contratos a través de la orden de prestación de servicios no pueden existir por parte del Estado, me explico, si algunas funciones públicas se las entregamos a los particulares deben ser absolutamente restringidas, muy restringidas y en ese evento ese particular podría entrar a responder, no más los que depende de él por ejemplo, en el caso del gerente del banco, una entidad por ejemplo como el Banco Popular que es un banco estatal que son trabajadores oficiales, que recaudan dineros del Estado, en esos eventos el gerente si lo podemos en algunos eventos entrar a investigar como sujeto disciplinario por que está manejando recursos del Estado, pero al cajero, a la secretaria, al mensajero porque les vamos a dar también el mismo tratamiento, fíjese que allí no, entonces yo creo que tal como estaba la 734 estaba bien no necesitamos ampliarlo como hizo la 1474.

PREGUNTA 5: OSEA QUE EN SU CONCEPTO DOCTORA FLOR ALBA EL ESQUEMA DE PARTICULARES PRESTANDO FUNCIONES PUBLICAS DEBERIA BASICAMENTE NO EXISTIR EN NUESTRO SISTEMA?

RESPONDE: Lo ideal es que no exista, pero como no todo puede estar en el monopolio del Estado y estamos en un Estado social de derecho, entonces el Estado le puede entregar esas funciones públicas al particular pero bien regladas, muy bien regladas y desde ese punto de vista en esos eventos ese particular si puede ser sujeto disciplinario, ese, lo que no podemos es abrirlo, todo el que trabaje con el Estado a través de un contrato de prestación de servicios se convierte en sujeto disciplinario, hasta allá no podemos llegar, porque entonces digamos que la ley disciplinaria es para todos los particulares y para todos los servidores públicos.

PREGUNTA 6: CREE USTED QUE EN ESE ORDEN DE IDEAS ENTONCES SE NECESITARIA UNA REGULACION QUE RECOJIERA LO DE LA 1474 Y LO DE LA 734 Y REGULARA ESE PUNTO, ES DECIR, QUE DIJERA UN LIMITE, DE HASTA DONDE SE PUEDE LLEGAR O HASTA DONDE NO, CREE QUE ESO HACE FALTA?

RESPONDE: Yo creo que hace falta y el único que lo puede hacer en este momento es la Corte Constitucional, así como lo hizo recién salió la 734 que dijo en que eventos los particulares podrían ser sujetos disciplinarios con la 037 que

ahí lo hacen muy claramente, especifican, yo creo que tenemos que volver a esa, lo que podríamos es pedirlo a la Corte Constitucional a través de una demanda de inconstitucionalidad del artículo de la 1474 en que modifica el 53 de la 734 que lo declare inexecutable por que inclusive va en contravía de la decisión misma de la Corte Constitucional cuando estableció en que eventos el particular realmente está ejerciendo una función pública propia misma del Estado.

PREGUNTA 7: DOCTORA, PERO DADO LA REALIDAD DEL PAÍS EL TEMA DE LA CONTRATACIÓN DE BOGOTÁ, DE LAS VIAS DE BOGOTÁ DE LA SALUD QUE EL ESTADO HA ENTREGADO LAS FUNCIONES PUBLICAS A PARTICULARES, PUES NO SERIA VIABLE ESA AMPLIACIÓN DEL MARCO DE APLICACIÓN DE LA LEY POR QUE SE ESTAN ROBANDO LA PLATA DEL ERARIO Y NO TIENEN NINGUN TIPO DE RESPONSABILIDAD EXCEPTUANDO LA RESPONSABILIDAD FISCAL Y PENAL?

RESPONDE: Pero le parece poco tener una responsabilidad penal y una responsabilidad fiscal?, yo creo que en este país ya estamos cansado de tantas normas lo que tenemos es que las normas que existen hacerlas cumplir, yo no entiendo para que al particular lo vamos a meter dentro de un proceso disciplinario cuando existe la Ley penal que perfectamente mediante un proceso legal debido respetando el derecho de defensa y la presunción de inocencia mientras no se profieran fallos definitivos poderles imponer sanciones bien drásticas con penas que son absolutamente amplias, usted lo sabe, veinte años, más de veinte años si hay concurso de conductas podemos aumentar las penas con el otro agravante que eso conlleva que la persona tiene que devolver lo que se ha llevado por que tiene que indemnizar, tiene que reintegrar, entonces ahí perfectamente se puede hacer justicia y lograr que ese particular que se roba los dineros del Estado sea sancionado penalmente con una pena ejemplarizante se le exija verdad, se haga justicia y se exija reparación, devuelva todo lo que se llevó e indemnice yo no entiendo para que meterlo en un proceso disciplinario, además está la responsabilidad fiscal, la Contraloría perfectamente puede, si ve que hubo un detrimento patrimonial por parte de un particular, no hay la menor duda que a través de un proceso fiscal en donde se respeten todas sus garantías, lo sancione y recupere los bienes que el Estado perdió, entonces no veo por qué ampliar la Ley disciplinaria.

Al fin y al cabo la Ley disciplinaria se creó porque algunas personas que llegan a ejercer funciones públicas no son éticos, porque el problema de la eticidad es un problema propio de los seres humanos uno es ético siendo particular o siendo servidor público, yo siempre he criticado el concepto de la ética de lo público y la ética de lo privado, ética es una sola, o soy horada o no soy honrada, a mí no me vengán con el cuento de que usted es honrado como particular y pero cuando lo

nombran en un cargo público no es honrado, eso significa que usted nunca lo ha sido, entonces lo que se pretendió es que como para lograr que el funcionario llegue y por lo menos le tema a la sanción disciplinaria que ejerza con un comportamiento ético, procurando ejercer fielmente sus funciones, no extralimitarse no encontrarse en las incompatibilidades, inhabilidades, conflicto de intereses etc, etc., o afectar los derechos humanos de los ciudadanos, hasta ahí llegue, pero ya al particular tratar de meterlo en una Ley que estaría ya saliéndose de su órbita, pues diríamos entonces no hagamos un código para servidores públicos sino un código para todos los ciudadanos.

PREGUNTA 8: DOCTORA, FINALMENTE QUE PARTICULARES DE LOS ACTUALES NO ESTAN COBIJADOS EN EL ESTADO DEL ARTE POR LA LEY DISCIPLINARIA Y ESTAN MANEJANDO RECURSOS PUBLICOS Y ESTAN EJERCIENDO FUNCIONES PUBLICAS?

RESPONDE: para mí si están, por que por eso te digo que la 734 hablo de unos particulares y la Corte Constitucional en la 037 dijo exactamente que era ejercicio de la función pública y que particular transitoriamente puede ejercer función pública ahí estaba regulado, no se requiere nada más, no se necesita decir que falta Hugo, pedro o que falta el cargo tal, porque la Corte Constitucional fue clara, muy clara cuando definió que es función pública que es ejercer la función pública y en que eventos el particular puede ejercer y ahí cabe todos los que quiera, otra cosa es que a veces se mire por un solo ojo, que ya es problema del operador jurídico o disciplinario no de la Ley.

PREGUNTA 9: CUALES CREE USTED SON LOS APORTES O VANCES DE LA LEY 1474 DE 2011 Y CUALES PODRÍAN SER LOS DESACIERTOS DE LA MISMA:

RESPONDE: Una de las cosas que me gusta son las inhabilidades que genera a partir de la expedición de la 1474, que no se puede acceder a un cargo ni se puede litigar ni se puede actuar dentro de los dos años siguientes después de que uno ha salido de ejercer una función pública, esa me gusta, pero creo que se quedó corta, porque ha debido en algunos eventos ser más prohibitiva por que como tú lo sabes las prohibiciones son eminentemente restrictivas, yo no puedo a través de la analogía ampliarla ni nada, entonces si fuéramos restrictivas por ejemplo en ciertos cargos, sobre todo los altos cargos del Estado debería existir una norma tajante que evitara que una persona salte de una entidad a otra porque solamente le da dos años y debería ser tajante, si usted ya llevo a un determinado cargo y usted ya tiene pensión usted ya no tiene que llegar a otro cargo, para mi hizo falta eso, pongo el ejemplo, un magistrado de una alta corte, sale pensionado como magistrado de la alta corte y aparece una vacante en otra de las altas

cortes, entonces dice pido que me suspendan el pago de la pensión para irme a ese cargo público, entonces debería ser tajante, usted ya no más,.. o para ministro, lo mismo podría suceder en el caso de los ministros, porque pasan de ministerio en ministerio y entonces por eso tenemos esta locura por que no se nombra la gente en una afinidad con lo que ejerció con lo que estudio, con lo que sabe con la experiencia entonces vemos que los vamos rotando por todos los ministerios a ver si cala en alguno, entonces son ministros toderos y eso debería tener un tope.

ANEXO 2

ENTREVISTA AL DOCTOR FERNANDO BRITO RUIZ, PROCURADOR DELEGADO PARA LA VIGILANCIA ADMINISTRATIVA

PREGUNTA 1. DOCTOR FERNANDO, HABLANDO DE LA LEY DISCIPLINARIA EN COLOMBIA LEY 734 DE 2002, ¿CUAL ES SU OPINIÓN SOBRE EL ALCANCE DE ESTA LEY, CREE QUE ESTA ES SUFICIENTE?

RESPONDE: Si, en general yo creo que la Ley 734 hoy en día recoge en muy buena medida todo lo que tiene que ver con el régimen disciplinario, esta Ley comprende tanto a los servidores públicos como a los particulares cuando ellos cumplen determinadas funciones públicas o manejan recursos del Estado, en lo que tiene que ver con los servidores públicos me parece bastante consistente, en lo que tiene que ver con los particulares esto se ha ido ampliando y desarrollando en la medida en que por algunas fallas del sistema, se encuentra que los particulares, sobre todo los que manejan recursos públicos no tienen un control suficiente en donde hay de por medio asuntos tan importantes del Estado, por eso la Ley 1474 de 2011 amplió la cobertura e incluyó ahí otros conceptos relacionados con esos particulares

PREGUNTA 2: CREE USTED QUE DENTRO DE ESOS PARTICULARES QUE AUN NO SE ENCUENTRAN COBIJADOS LA 1474 LOS COBIJO DEFINITIVAMENTE?

RESPUESTA: No, hay una parte que incluyo sobretodo recogiendo lo que dice la sentencia C- 037 de 2003, pero todavía ahí hay unos temas de indefinición que generan alguna dificultad sobre todo a la hora de decir cuando particulares son objeto de régimen disciplinario todavía allí hay que hacer una mayor elaboración, hay que hacer mayores precisiones y mayores consideraciones de cuándo deben ser objeto de régimen disciplinario los particulares porque lo contrario también tiene que ser claro no todos los particulares pueden ser objeto de régimen disciplinario hay que todavía avanzar mucho más allí.

PREGUNTA 3: ESTO TIENE QUE VER MUCHO DOCTOR FERNANDO CON NUESTRA CUARTA PREGUNTA Y ME VOY A PERMITIR SALTAR LA SEGUNDA Y TERCERA, POR QUE EN LA CUARTA PREGUNTA NOS HACIAMOS ESA REFERENCIA ¿QUÉ PARTICULARES QUE EJERCES FUNCIONES PUBLICAS O PRESTAN SERVICIOS PUBLICOS DEBERIAN ESTAR COBIJADOS POR LA LEY DISCIPLINARIA Y POR QUE?

RESPUESTA: Lo que dice la Ley ahora, de alguna manera me parece muy razonable es, las personas naturales como tal, los representantes legales y los

miembros de las juntas o consejos directivos, lo que habla allí es de tres eventos prácticamente, de los que cumplen funciones públicas, entonces lo que hay que determinar en un momento dado es cuando se cumplen específicamente funciones públicas, esos términos ahí todavía son algo ambivalentes.

Lo segundo es, los que prestan servicios públicos en lo que tenga que ver con funciones públicas y lo tercero lo que tiene que ver con el manejo de recursos públicos, el segundo tema todavía me parece que es un poco etéreo y que hay que aterrizarlo mucho más, porque queda en una situación en donde hay que hacer como toda una elaboración para decir quienes prestan servicios públicos y cuando en ejercicio de esos servicios públicos cumplen funciones públicas, es una mezcla un poco digamos difícil de precisar, hay que precisar un mucho más eso.

PREGUNTA 4: DOCTOR, ¿HAY EN OTRAS LATITUDES LA FIGURA DEL PARTICULAR QUE EJERZAN FUNCIONES PUBLICAS?

RESPUESTA: Que yo conozca mucho más allá, no, que yo conozca por lo menos en el sistema Latino Americano no tengo mucha mayor información, yo creo que Colombia es uno de los que más avanzado en ese tema, de los que más tiene como la atención puesta sobre ese tema.

PREGUNTA 5: ¿Y USTED POR QUE CREE QUE EN COLOMBIA SE HAYA DESARROLADO ESA FIGURA EN PARTICULAR?

RESPUESTA: A mí me parece que ahí hay una situación y es que en el fondo hay una gran equivocación, el tema de los particulares que cumplen funciones públicas o prestan servicios públicos es una cuestión que surge con el fin de una parte de achicar el Estado, por otra viene de ciertas prácticas que se conocen como privatización que otros denominan neoliberalismo etc, etc, pero lo que es evidente es que eso es una cosa totalmente disimulada, lo que se ha hecho en algunos casos es entregar ciertas funciones del Estado a los particulares y especialmente lo que tiene que ver con el manejo de los recursos públicos, yo creo que un Estado no puede entregar recursos públicos en los particulares y olvidarse de lo que ellos hagan con esos recursos, me parece que ahí hay una situación que se tiene que aclarar muy bien y esto solo ha sido por un afán de desmontar algunas actuaciones del Estado de reducir el tamaño del Estado y de alguna manera por toda la indefinición que ha existido toda la vida acerca de lo que es función pública y de lo que es servicios público, lo que yo creo es que hay asuntos esenciales que así lo presten particulares deben tener la vigilancia del Estado y específicamente en mi caso considero que todo lo que tiene que ver con manejo de recursos públicos tiene que tener algún control, alguna supervisión y alguna actividad del

Estado para garantizar que eso se haga adecuadamente, el ejemplo en el país no es muy bueno, muchos de esos temas que se han privatizado, llamémoslo así, están funcionando muy mal y muchos particulares se han aprovechado de eso para enriquecimiento propio y de otras personas no se puede confiar que por el solo hecho de entregárselo a los particulares va a ser bien manejado por que eso no va a ser así.

PREGUNTA 6: DOCTOR, CUAL CREE USTED QUE SON LOS APORTES O VANCES IMPORTANTES DEL NUEVO ESTAUTO ANTICORRUPCIÓN O LEY 1474 DE 2011?

RESPONDE: Empieza a hacer mayores precisiones, esto viene de una situación que se concreta en la Constitución del 91 viene de un gran proceso sobretodo en el exterior de entregar muchos asuntos del Estado a los particulares, un proceso de desregularizaciones, un proceso de privatizaciones, ahí hay una serie de aspectos que se concretan en la Constitución del 91 y a partir de allí se arranca casi que de ceros se les entregan a los particulares el manejo de una serie de asuntos del Estado sobre todo de recursos públicos y posteriormente se empiezan a encontrar todas las falencias, todas las fallas, todas las dificultades que esto significa y donde el abuso de los particulares especialmente a mi juicio genera una reacción que se va moldeando a través de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, un poco en la Ley 734 y que se recoge de alguna manera en la 1774, eso es un avance, hay que abonarle, digamos cierta concreción a la Ley 1474 pero si uno la lee encuentra que hay cosas que resultan todavía poco claras frente a lo que debe hacer el Estado en relación con particulares que manejan determinados asuntos del Estado, creo que el proceso va a seguir precisando y ampliando un poco esa cobertura y yo parto de un principio del previsto en el artículo 2do de la Constitución, el Estado, todas sus entidades y todas sus instituciones y los particulares están previstos para que se cumplan los cometidos esenciales en aras del desarrollo de la sociedad , los particulares también son responsables de ese propósito y en la medida en que intervengan con mayor medida en asuntos propios del Estado pues con mayor razón tienen que dar cuentas de sus actuaciones, creo que ese va a ser el panorama que se va a seguir ampliando, que se va a seguir precisando y bajo esa perspectiva, bueno la ley 1474 de alguna manera ayuda a precisar y a aclarar un poco más la situación de los particulares.

¿Y LOS DESACIERTOS QUE USTED CREA QUE TENGA LA MISMA O LO QUE LE HIZO FALTA?, Si, hay algunas imprecisiones, hay algunos términos muy vagos, como se conocen en la doctrina, conceptos jurídicos indeterminados que van a seguir dando lugar a discusiones y a decir cuando si, cuando no, pero de alguna manera si ha avanzado un poco y ha logrado una mayor precisión, ¿Y

COMO POR EJEMPLO DOCTOR DENTRO DEL TEMA de lo QUE LE HIZO FALTA A LA 1474?..

Todo el tema de los servicios públicos, a mí me parece que hay servicios públicos esenciales que por más que estén en manos de los particulares tiene que haber algún grado de responsabilidad, pero esa es una visión muy particular, yo creo que el servicio público del acueducto así esté en manos de particulares es un servicio público esencial y tiene que tener unas grandes regulaciones del Estado y tiene que haber una gran responsabilidad de los particulares que los manejen, esa no es una empresa cualquiera ni es una empresa simplemente para producir recursos y utilidades, pero esa es mi visión.

PREGUNTA 7: FINALMENTE DOCTOR FERNANDO BRITO, ¿QUE CREE USTED QUE HACE FALTA PARA QUE EXISTA UNA COBERTURA TOTAL DE LA LEY DISCIPLINARIA EN COLOMBIA EN CUANTO A LOS PARTICULARES QUE EJERCEN FUNCIONES PUBLICAS?

RESPUESTA: No, no, eso pasa justamente por el tema de definir claramente en qué casos deben responder los particulares, en qué condiciones, bajo qué tipo de circunstancias, en cuales actividades, eso hay que precisarlo bien repito, lo que paso inicialmente es que en la Constitución del 91 se fue entregando una cantidad de actividades en los particulares sin decir nada más, sin regulaciones sin unas medidas claras y concretas y sin unas situaciones claramente delimitadas, apenas ahora se ha ido avanzando en eso, lo que se tiene que hacer es precisar eso muy bien, y que los particulares sepan en todo caso que en esas condiciones tienen que responder, eso no impide además que respondan penalmente, fiscalmente en su momento, pero hay que delimitar eso bien, no puede el Estado entregar sus funciones y sus actividades y sus servicios públicos al manejo de los particulares y cerrar la puerta simplemente e irse para otro lado.

PREGUNTA 8: DOCTOR CREE USTED QUE UNA NUEVA LEY QUE RECOPILE TODO EL TEMA DE LA 1474 Y LA 734 SERIA VIABLE Y SERVIRIA PARA AFIANZAR ESAS DEFICIENCIAS?

RESPUESTA: Si lo que hay que hacer creo es examinar con cuidado que asuntos son los que están en manos de los particulares en donde tocan importantes intereses generales y de toda la colectividad y de qué manera en caso de una irregularidad esos particulares deben responder, creo que toca recoger todo lo que hay en la 1474 y la 734 examinar lo que ha dicho la jurisprudencia, lo que ha dicho la doctrina y precisar algunos puntos adicionales allí, creo que es más como de complementar y de ajustar.

PREGUNTA 9: ¿HAY ALGUN CASO EN PARTICULAR QUE ESTE GENERANDO DIFICULTAD DE ALGUN OPERADOR DE SERVICIOS PUBLICOS O QUE EJERZA FUNCIONES PUBLICAS FUERA DEL TEMA DEL SERVICIO DEL ACUEDUCTO QUE GENERE HOY EN DÍA Y SEA UN CLARO EJEMPLO DE QUE HAY PARTICULARES QUE ESTAN FUERA DE LA COBERTURA DE LA LEY DISCIPLINARIA?

RESPUESTA: Todo el tema del servicio de salud, ahí hay unas grandes indefiniciones hay unos grandes problemas, hay unas grandes discusiones inclusive alrededor de cuáles de esos son recursos públicos eso es un tema que exige una gran elaboración.

BIBLIOGRAFÍA

*REFERENTE DOCTRINAL:

AGUDELO, Nodier. Esquemas del Delito, Curso de Derecho penal, Bogotá D.C. Edi. Temmis, tercera edición, 2002

CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo Diccionario Jurídico Elemental, 17ma Edición, edit., Heliasta S.R.L.2005.

Diario Oficial del Congreso De La República. No. 48.128 de 12 de julio de 2011.

ESPINOSA BOLAÑOS, Alberto, La responsabilidad Disciplinaria De Los Particulares Que Ejercen Funciones Públicas, Lecciones de Derecho Disciplinario Vol 5, Edi, por Instituto de Estudios del Ministerio Publico, Bogotá D.C. 2007.

Estatuto Anticorrupción, Cartilla Estatuto Anticorrupción. Bogotá. Ministerio del Interior y Justicia Colombiano, 201.

FORERO SALCEDO, José R. Revista Nueva Época N° 16, Edi, Kimpres LTDA, Bogotá D.C.2002.

GALÁN P. Juan Manuel; El Rojo de Galán, edit. Planeta colombiana S.A. 1998.

GALINDO HOYOS Julio Roberto. Uribe Uribe, apartes selectos de su obra, Discurso La Patria y La Libertad, Universidad Libre, 1era Edición, Ed., Opciones Gráficas Ltda., Bogotá D.C. 06-2011.

GAMARRA VERGARA, José R. Pobreza, Corrupción y Participación Política: Una Revisión para el Caso Colombiano; Banco De La Republica; Marzo de 2006.

GIL GARCÍA Luz Marina, Relaciones Especiales De Sujeción. Aproximación Histórica Al Concepto, Revista Prolegómenos - Derechos y Valores, Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá, D.C., Colombia - Volumen XII - N° 23 - Enero - Junio 2009.

GÓMEZ STRAUCH Silvano. Procurador Auxiliar para Asuntos Disciplinarios Procuraduría Auxiliar de la Procuraduría General de la Nación. Bogotá, D.C. 27 de noviembre de 2002. PAD- NO 7653.

GÓMEZ SIERRA, Francisco, Constitución Política De Colombia, anotada, 2008, ed. Leyer.

GÓMEZ PAVAJEAU Carlos A. Dogmática del Derecho Disciplinario 2da Edición, Universidad Externado de Colombia, 2002.

GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo, El Derecho Disciplinario en Colombia o Estado del Arte, "las relaciones especiales de sujeción, www.icdd.com

GÓMEZ PAVAJEAU Carlos Arturo y Sánchez Herrera Esiquio Manuel, Lecciones de derecho disciplinario volumen III, del Instituto de Estudios del Ministerio Publico, 2007.

GÓMEZ PAVAJEAU Carlos Arturo. La dogmática como Ciencia del Derecho. Sus especies penal y disciplinaria. Semejanzas y diferencias. Bogotá, Instituto Colombiano de Derecho Disciplinario, 2010.

Guía para la elaboración de proyectos de investigación, 3era edición, Universidad Libre, 2011.

HATTON RAGNHILD, Luis XIV, Biblioteca Salvat de grandes Biografías, Salvat Editores, Barcelona 1985.

HERNÁNDEZ PABÓN Hilda, Revista de Empleo Público, Ejercicio de Funciones Públicas por Particulares, Imprenta Nacional de Colombia 2004.

HERNÁNDEZ, Pedro A. Lecciones de Derecho disciplinario Vol. 6, Edit. Instituto de Estudios del Ministerio Publico.

ARIAS GAVIRIA, Hermán Código Disciplinario Único Ley 200/95; Personería Distrital, Prologo; 1era Edición; 2002.

La nueva Ley de Riesgos Laborales, Ley 1562 de 2012, del Ministerio del Trabajo, artículo 1°, pagina 7, Cartilla, 2012.

Legislación Internacional sobre Derecho Disciplinario, El Nuevo Régimen Disciplinario Del Servidor Público, 1era Edición. Bogotá D.C. Biblioteca Jurídica DIKE. 2002.

MAYA VILLAZÓN Edgardo J. Lecciones de Derecho Disciplinario Vol III, Obra Colectiva, Ed. Procuraduría General de la Nación, Instituto de Estudios del Ministerio Publico, 2007.

MEDINA, MORILLO, Julio cesar y García Lozano, Roberto, Lecciones de Derecho disciplinario, Instituto de Instituto de Estudios del Ministerio Publico, Vol. 6, 2007.

MOLINA, Gerardo. Las ideas Liberales en Colombia 1849-1959, 5ta edición, Edi. Alvi Impresores Ltda., Bogotá D.C. 2006.

ORDOÑEZ MALDONADO, Alejandro, Código Disciplinario Único, Notas de Vigencia, 2011.

PENAGOS, Gustavo, Bases Jurídico Políticas Del Derecho Administrativo, 2da Edición, Edi. Doctrina y Ley, Bogotá D.C., 2009.

PINEDA DE MARTÍNEZ, Rosa. Derecho Disciplinario Manual Práctico. Editorial Librería del profesional 2002.

ROUSSEAU, Juan Jacobo, El contrato Social, Momo Ediciones, Bogota D.C.

SABORÍO VALVERDE, Rodolfo <http://www.cesdepu.com/nbdp/lgap.htm>, 2011, Ley General de la Administración Pública / Ley 6227 de 2 de mayo de 1978.

SÁENZ ALONSO, María Wilse. MORALES AGUDELO, Adela. ESCORCIA ARCOS, Johanna. Régimen Disciplinario De Los Particulares Que Cumplen Funciones Públicas En Colombia, Monografía.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, Derecho Administrativo Parte General, Segunda Edición. Ed. Tecnos, Madrid, España, 2006.

SAYAGUES LASO, Enrique, Tratado de Derecho Administrativo, Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo 2002.

TORRES TARAZONA, Alberto, Aproximaciones a la Seguridad Social en el Estado Social de Derecho, Aspectos Teóricos y Jurisprudenciales, Doctrina y Ley, 2012.

VILLEGAS GARZÓN, Óscar. Estructura de tipo Disciplinario. 1era edi, Grupo ECOMEDIOS, Bogotá D.C. 2005, pag. 54.

*REFERENTE NORMATIVO:

LEYES, DECRETOS Y RESOLUCIONESCONSULTADOS PARA ESTE TRABAJO.

Constitución Política de Colombia

Constitución Española

Ley 4 de 1913

Ley 19 de 1958

Ley 1732 de 1960

Ley 43 de 1990

Ley 27 de 1992

Ley 30 de 1992
Ley 80 del 1993
Ley 100 de 1993
Ley 134 de 1994
Ley 142 de 1994
Acto Legislativo 2 de 1995
Ley 190 de 1995
Ley 200 de 1995
Ley 388 de 1997
Ley 446 de 1998
Ley 489 de 1998
Ley 497 de 1999
Ley 599 de 2000
Ley 610 de 2000
Ley 678 de 2001
Ley 640 de 2001
Ley 720 de 2001
Ley 734 de 2002
Ley 850 de 2003
Ley 906 de 2004
Ley 970 de 2005
Ley 1150 de 2007
Ley 1437 de 2011
Ley 1438 de 2011
Ley 1474 de 2011

Plan Nacional de Desarrollo, Ley 1151 de 2007, documento.

Decreto 2091 de 1939

Decreto 1050 de 1968

Decreto 2400 de 1968

Decreto 3130 de 1968

Decreto ley 130 de 1976

Decreto 272 de 2000.

Decreto 2170 de 2002

Decreto 1011 de 2006

Decreto 1018 de 2007

Resolución 03374 de 2000

Resolución 108 de 2002

***REFERENTE JURISPRUDENCIAL:**

SENTENCIAS CONSULTADAS PARA ESTE TRABAJO

Sentencia de marzo 7 de 1985, M.P. Gaona Cruz, Corte Suprema de Justicia.

Sentencia de febrero 10 de 1993, M.P. Gaona Cruz, Corte Suprema de Justicia.

Sentencia - C-118 de 1996

Sentencia -C-280 de 1996

Sentencia-C- 286 de 1996

Sentencia -C- 181 de 1997

Sentencia-C-563 de 1998

Sentencia -C-769 de 1998

Sentencia -C-866 de 1999

Sentencia-C-708 de 1999

Sentencia -C-647 de 2001

Sentencia -C-181 de 2002

Sentencia -C-233 de 2002

Sentencia -C-948 de 2002

Sentencia -C-977 de 2002

Sentencia -C1076 de 2002

Sentencia -C 176 de 2002

Sentencia -C-037 de 2003

Sentencia -C-869 de 2003

Sentencia -C-249 de 2004.

Sentencia -C-623 de 2004

Sentencia-C-819 de 2006

Sentencia -C-336 de 2008.

Sentencia-C-763 de 2009

Sentencia -C-242 de 2010

Rad, 726, Sala consulta y del Servicio Civil 12 de Oct. /95;

Rad, 792, Mag Ponente, Roberto Suarez Franco, 8 de Mazo del 96;

Rad, 1.190 5 de Mayo de 1999; 1185 de Mayo del 1999;

Rad, 1308 de Dic. de 2000

Rad, 13123 de 8 Marzo de 2001

Acciones de cumplimiento;

ACU.546 del 21 de Enero del 1999

ACU 615. 10 de Marzo del 1999

ACU 655 de 1999

* PERIODICOS

Procurando, Periódico Institucional, Procuraduría General De La Nación, N°1, Bogotá D.C. Agosto de 2002.

*INFOGRAFÍAS

Ámbito Jurídico.Com, [http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-110712-09_\(gobierno_sanciona_el_estatuto_anticorrupcion\)/noti-110712-09](http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-110712-09_(gobierno_sanciona_el_estatuto_anticorrupcion)/noti-110712-09), 2011, Gobierno Sanciona Estatuto Anticorrupción.

BECERRA RUIZ Juan Carlos, en http://hermesoft.esap.edu.co/esap/hermesoft/portal/home_1/rec/arc_12254.pdf, mayo de 2012, estatuto anticorrupción Ley 1474 de 2011

Corrupción y Burocracia: grandes fallas en el sistema de salud en Colombia, finalmente, Redacción, El País, <http://www.elpais.com.co/elpais/california/noticias/denuncia-n-supuestos-nombramientos-irregulares-jueves-29/03/2011.supuestos-nombramientos-irregulares-en-la-administracion-de-ospina>.

DAPKEVICIUS, Rubén Flores <http://direitoadministrativoemdebateartigos.blogspot.com>, 2008 El poder disciplinario en Uruguay. Direito Administrativo em Debate.

El Senado Y Cámara de Diputados de la Nación Argentina <http://www.frt.utn.edu.ar/secretarias/administrativa/doc/ley25164.htm> , 1999, LEY 25164 LEY MARCO DE REGULACION DE EMPLEO PUBLICO NACIONAL.

http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=194638#LinkTarget_245
DECRETO 500/991 DE SEPTIEMBRE DE 1991, Normas Generales De Actuaciones Administrativa y Regulación De Procedimiento En La Administración Central.

http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2002/ley_0743_2002.html

<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=5798>

IBÁÑEZ NAJAR, Jorge Enrique <http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/economia/banrep1/hbrep65.htm>, la Misión del Banco de Reconstrucción y Fomento de 1949, biblioteca virtual, Banco De La Republica De Colombia.

Judiciales, <http://www.caracol.com.co/noticias/judicial/cronologia-del-carrusel-de-contratacion-en-bogota/20110225/nota/1431573.aspx> ,2011, Cronología del 'Carrusel de contratación' en Bogotá.

La Asamblea Legislativa De La Republica De COSTA RICA
http://www.oas.org/juridico/mla/sp/cri/sp_cri-int-text-ley-corrp-enri-ili-fun-pub.pdf,
2004, Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública N°
8422.

La ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA
http://www.ocu.ucr.ac.cr/Leyes/Reglamento_Contratacion_Administrativa.pdf, 2007
Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa Decreto N° 33411-H (se
incluyen modificaciones hechas por el Decreto Ejecutivo N° 33758-H del 2 de
mayo de 2006, Gaceta No 93 del 16 de mayo de 2007.

La corrupción es grave, pero es peor ignorarla, informe sobre corrupción en
Colombia, de igual forma Por El espectador.com,
<http://www.elespectador.com/noticias/judicial/articulo-334846-corrupcion-y-burocracia-grandes-fallas-el-sistema-de-salud-colom-judicial>, 27 de marzo de 2012.

Ley del empleado público en España:
http://www.udc.es/comiteempresa/docs/7_2007_EST_Bas_Emp_Pub.pdf

Ministerio De la presidencia, <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>, 1978, Constitución Española.

MARTÍNEZ C. Edgar, El Servidor Público,
<http://funcionpublicaesap.blogspot.com/p/el-servidor-publico.html>

MARTÍNEZ ROMERO, Wladimir http://wladimirmartinez.blogspot.com/2009/10/el-fallo-en-blanco-de-1873-y-fallo_10.html, 2009, El Derecho: Una manifestación de Poder.

MAYA VILLAZÓN, Edgardo J, Estado Actual de Derecho Disciplinario En Colombia, www.colegiodederechodisciplinario.com

MAYA VILLAZÓN, Edgardo J, www.colegiodederechodisciplinario.com o en
<http://www.ordenjuridico.gob.mx/Publicaciones/Libros2011/memoriaELECTRONICA.pdf> Estado Actual de Derecho Disciplinario En Colombia, memorias del segundo congreso internacional de derecho disciplinario.mexico.2011.

Nación <http://www.eluniversal.com.co/cartagena/nacional/nuevo-escandalo-de-corrupcion-en-el-estado-56803>, 2011, Nuevo Escandalo de Corrupción en el Estado.

Nacional, http://www.laopinion.com.co/noticias/index.php?option=com_content&task=view&id=374260&Itemid=29. Julio de 2011, Corrupción le costo a Colombia \$189 Billones de Pesos.

PERDOMO VIDAL, Jaime, Reforma Administrativa De 1968: Antecedentes, Teoría De La Organización y Funcionamiento, Sus Principales Consecuencias http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documents/8Vidalult..pdf

Pobreza, Corrupción y Participación Política: Una Revisión para el Caso Colombiano; Banco De La Republica; Marzo de 2006. Elisabet Ungar, <http://www.transparenciacolombia.org.co/Publicaciones/PublicacionesTI/tabid/162/Default.aspx>, 2011.

Presidente de la Republica, <http://www0.parlamento.gub.uy/leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=10388&Anchor=> , 1943, Decreto - Ley 10.388 ESTATUTO DEL FUNCIONARIO.

REDACCIÓN JUSTICIA <http://m.eltiempo.com/justicia/juan-camilo-salazar-podra-ser-el-primer-condenado-por-escndalo-ais/10946993> 2011, Ejemplar condena de más de 10 años a ex viceministro por el caso AIS

Redacción ELTIEMPO.com. http://www.eltiempo.com/justicia/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-11714322.html. Mayo de 2012, Actas con espacios en blanco, nuevo escándalo en la Judicatura

Redacción, http://www.procuraduria.gov.co/html/noticias_2009/noticias_502.htm. Tomado el 18 de julio de 2011, Procurador General anuncia lucha sin cuartel a la corrupción.

