

## EL DERECHO DISCIPLINARIO Y EL DERECHO PENAL FRENTE A LAS OBLIGACIONES DE PROTECCIÓN Y PREVENCIÓN DE LOS DERECHOS EL CASO DEL ACCESO A LA INFORMACIÓN

4

En efecto, las normas constitucionales tienen dos dimensiones para su lectura: de un lado, están las herramientas con las que bajo el principio de legalidad cuenta el funcionario, en este caso el Alcalde o Gobernador, para ejercer sus funciones; de otro, están las sanciones que se ocasionan por su omisión o incumplimiento.

A continuación, revisaremos las normas más relevantes, dejando claro que pueden existir otras en el Código Penal y en el Código Disciplinario Único referidas a la protección y prevención de violaciones a los derechos de las personas, que complementan esta visión.

### **La justicia disciplinaria y los derechos**

En primer lugar, vale la pena señalar que el concepto de lo disciplinario no se funda en la idea de generar un régimen policial frente al funcionario, pero sí se trata de desarrollar dentro de la lógica del Estado de derecho y con mayor énfasis en el Estado social de derecho, la idea de poner límites a las acciones que los funcionarios, no obstante de no incurrir en una acción punible, sí violan los objetivos para los cuales se les otorgó el poder que ostentan.

De esta forma, el Ministerio Público, en cabeza de la Procuraduría General de la Nación, tiene la competencia constitucional para llevar a cabo esta vigilancia. Así las cosas, tanto la Defensoría del Pueblo como las Personerías, ejercen parte de este poder vigilante, pero se radica la función disciplinaria principalmente en la Procuraduría, teniendo competencias residuales las Personerías en su municipio y la Defensoría solo de vigilancia, sin posibilidad de proferir sanciones, y únicamente en temas relacionados con los derechos e intereses colectivos.

Respecto a la Procuraduría, es necesario resaltar que se tienen dos aspectos de esta función disciplinaria: el tradicional proceso sancionatorio y la función preventiva, que desarrolla las nociones constitucionales señaladas y, especialmente, entiende que los funcionarios deben conocer y desarrollar estrategias para evitar el daño social que se produce cuando omiten o se extralimitan en el ejercicio de sus funciones.

De esta forma, y en consonancia con diversos fallos de la Corte Constitucional (Sentencia C-251 de 2002 y Sentencia C-774 de 2001), así como la jurisprudencia internacional, el Estado colombiano debe, dentro de sus obligaciones, generar metodologías de prevención y protección de los derechos. Es decir, los funcionarios no deben esperar que se genere el daño o las consecuencias nocivas, sino que deben generar esquemas que permitan la pronta atención y prevención de eventos que puedan ser violatorios de los derechos de las personas: “El deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguardia de los derechos humanos” (Sentencia del 29 de julio de 1988, caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras) .

De esta manera, la doctrina de la prevención comporta las directivas de la Procuraduría sobre la materia y todas las acciones del Estado tendientes evitar el menoscabo de los derechos.

De forma particular del tema que nos atañe, la Ley 1712 de 2014 establece funciones determinadas del sistema de protección de derechos radicado en el Ministerio Público. Su artículo 23 señala:

Funciones del Ministerio Público. El Ministerio Público será el encargado de velar por el adecuado cumplimiento de las obligaciones estipuladas en la presente ley. Para tal propósito, la Procuraduría General de la Nación en un plazo no mayor a seis meses establecerá una metodología para que aquel cumpla las siguientes funciones y atribuciones:

•El derecho disciplinario y el derecho penal frente a las obligaciones de protección•

- a) Desarrollar acciones preventivas para el cumplimiento de esta ley;
- b) Realizar informes sobre el cumplimiento de las decisiones de tutelas sobre acceso a la información;
- c) Publicar las decisiones de tutela y normatividad sobre acceso a la información pública;
- d) Promover el conocimiento y aplicación de la presente ley y sus disposiciones entre los sujetos obligados, así como su comprensión entre el público, teniendo en cuenta criterios diferenciales para su accesibilidad, sobre las materias de su competencia mediante la publicación y difusión de una guía sobre el derecho de acceso a la información;
- e) Aplicar las sanciones disciplinarias que la presente ley consagra;
- f) Decidir disciplinariamente, en los casos de ejercicio de poder preferente, los casos de faltas o mala conducta derivada del derecho de acceso a la información;
- g) Promover la transparencia de la función pública, el acceso y la publicidad de la información de las entidades del Estado, por cualquier medio de publicación;
- h) Requerir a los sujetos obligados para que ajusten sus procedimientos y sistema de atención al ciudadano a dicha legislación;
- i) Realizar, directamente o a través de terceros, actividades de capacitación de funcionarios públicos en materia de transparencia y acceso a la información;
- j) Efectuar estadísticas y reportes sobre transparencia y acceso a la información de los órganos de la administración del Estado y sobre el cumplimiento de esta ley;
- k) Entregar en debida forma las respuestas a las peticiones formuladas con solicitud de identificación reservada a las que se refiere el parágrafo del artículo 40 de la presente ley;
- l) Implementar y administrar los sistemas de información en el cumplimiento de sus funciones, para lo cual establecerá los plazos y criterios del reporte por parte de las entidades públicas que considere necesarias.

Las entidades del Ministerio Público contarán con una oficina designada que dispondrá de los medios necesarios para el cumplimiento de las anteriores funciones y atribuciones.

En efecto, para el cumplimiento de esta tarea tanto la Defensoría del Pueblo, a través de su Oficina de Asuntos Constitucionales, como la Procuraduría, por medio del Grupo de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional<sup>42</sup>, vienen desarrollando este trabajo. Se destacan las actividades

.....  
42 De forma detallada se puede consultar la Resolución de la PGN 146 de 2014.

del grupo de la Procuraduría, pues se ha construido material didáctico, elaborado mapas de riesgo y estándares de registro de la información activa, así como informes de tutela que se refieren al derecho de acceso a la información pública, entre otros. También es de gran importancia para el presente trabajo la matriz de autodiagnóstico que presenta el grupo, puesto que en ella se encuentran establecidos de forma clara todos los elementos que integran la ley como obligaciones de los entes territoriales y todos aquellos que sean considerados sujetos obligados a la protección del derecho de acceso a la información pública, y resulta de mucha utilidad para la revisión de cada despacho si cumple con sus obligaciones.

Con todas las medidas preventivas tomadas, desafortunadamente no todos los mandatarios y funcionarios cumplen con el ejercicio de esta función preventiva, con lo cual la justicia disciplinaria contempla tales hechos y los sanciona. A continuación, revisemos de manera general cuáles son las omisiones y acciones sancionadas en el ámbito disciplinario.

### *El Código Disciplinario Único y los derechos*

La relación entre las obligaciones de los Estados en la defensa de los derechos, los preceptos constitucionales que fijan las metas y razones de su existencia y la justicia disciplinaria saltan a la vista y recalcan la importancia de los derechos en el quehacer cotidiano de los funcionarios, particularmente de los que tienen responsabilidades derivadas de la confianza depositada en el ciclo democrático.

El artículo 34 del Código Disciplinario Único señala:

Artículo 34. Deberes. Son deberes de todo servidor público: 1. Cumplir y hacer que se cumplan los deberes contenidos en la Constitución, los tratados de Derecho Internacional Humanitario, los demás ratificados por el Congreso, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas, los contratos de trabajo y las órdenes superiores emitidas por funcionario competente. Los deberes consignados en la Ley 190 de 1995 se integrarán a este código.

Como advertimos, los funcionarios, sin excepción, tienen como tarea el cumplimiento de los deberes consagrados por el Estado colombiano en los tratados

•El derecho disciplinario y el derecho penal frente a las obligaciones de protección•

internacionales, dejando de lado la argumentación que su cumplimiento no hace parte de las funciones de cada uno de los niveles territoriales.

La descentralización de los derechos, si bien comporta respeto por cada uno de los departamentos y las alcaldías, también implica la realización de los objetivos constitucionales y compromisos adquiridos por el representante de las relaciones internacionales, que no es otro que el Presidente de la República y, con él, Gobierno nacional. Ahora bien, esto no significa que el poder central no procure mejorar los planes y programas relacionados con la concreción de estos deberes, sobre todo tratándose de los derechos humanos, como tampoco se desentienda de los deberes que la Constitución y la ley han radicado en él.

La clave para entender esta relación de responsabilidades se centra en dos argumentos: el principio de responsabilidad local, que nace en la concepción misma de la descentralización y la democracia local, y los principios de gradualidad y proporcionalidad, que impiden que se sobrecargue a ciertos sectores del Estado o regiones la realización de sus objetivos constitucionales.

Por otra parte, el parágrafo segundo del mismo artículo, señala el deber de cumplimiento y condena la omisión o suspensión de un servicio esencial:

Cumplir con diligencia, eficiencia e imparcialidad el servicio que le sea encomendado y abstenerse de cualquier acto u omisión que cause la suspensión o perturbación injustificada de un servicio esencial, o que implique abuso indebido del cargo o función.

Desde la perspectiva de los derechos, sin duda alguna se puede pensar en las consecuencias que se presentan si no se atienden las obligaciones, tanto acciones positivas como negativas (o también, respeto y garantía), a poblaciones como los niños, las mujeres o las personas con discapacidad<sup>43</sup>, o en los casos particulares de población que está en peligro sus derechos<sup>44</sup>.

.....  
43 En el caso particular de esta población, y en relación con el rol de los sujetos obligados de los que hemos venido hablando, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (MinTIC) expidió la Resolución 3564 del 31 de diciembre de 2015, la cual formula los lineamientos respecto a los estándares de publicación y divulgación de la información, accesibilidad en medios electrónicos para la población con discapacidad, formulario electrónico para la recepción de solicitudes de acceso a la información pública, datos abiertos y condiciones de seguridad en medios electrónicos, que deben cumplir todos los sujetos obligados de la Ley 1712 de 2014, sean públicos o de carácter privado.

44 En complemento de los deberes citados se deben tener en cuenta los parágrafos 15 y 34 del citado artículo 34:

De forma consonante con los deberes citados, el artículo 35, reitera los argumentos constitucionales hacia los funcionarios y su actitud frente a los derechos, el citado artículo dice así:

Artículo 35. Prohibiciones. A todo servidor público le está prohibido: 1. Incumplir los deberes o abusar de los derechos o extralimitar las funciones contenidas en la Constitución, los tratados internacionales ratificados por el Congreso, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas y los contratos de trabajo.

En esta misma lógica de protección y compromiso institucionales, dice el párrafo 26, que se debe interpretar sistemáticamente no solo con la Constitución, sino con el principio de no discriminación establecido en el artículo 3° de la Ley de Transparencia. Señala el párrafo:

Distinguir, excluir, restringir o preferir, con base en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra de la vida pública (artículo 1°, Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, aprobada en Colombia mediante la Ley 22 de 1981).

Así mismo, cuando el Código Disciplinario Único explica las condiciones en las cuales se revisa la gravedad o levedad de la falta y los criterios de la graduación de la sanción, también reitera la importancia de los derechos para estudiar las condiciones en las cuales los funcionarios públicos son juzgados por sus responsabilidades disciplinarias:

Artículo 43. Criterios para determinar la gravedad o levedad de La falta. Las faltas gravísimas están taxativamente señaladas en este código. Se determinará si la falta es grave o leve de conformidad con los siguientes criterios: 1. El grado de culpabilidad. 2. La naturaleza esencial del servicio. 3. El grado de perturbación del servicio. 4. La

---

15. Ejercer sus funciones consultando permanentemente los intereses del bien común, y teniendo siempre presente que los servicios que presta constituyen el reconocimiento y efectividad de un derecho y buscan la satisfacción de las necesidades generales de todos los ciudadanos.

34. Recibir, tramitar y resolver las quejas y denuncias que presenten los ciudadanos en ejercicio de la vigilancia de la función administrativa del Estado.

•El derecho disciplinario y el derecho penal frente a las obligaciones de protección•

jerarquía y mando que el servidor público tenga en la respectiva institución. 5. La trascendencia social de la falta o el perjuicio causado.

No cabe duda que frente a la responsabilidad de protección, prevención y promoción de los Alcaldes y Gobernadores el grado de responsabilidad, la naturaleza esencial del servicio y la trascendencia social son factores que implican importantes consecuencias para estos mandatarios.

El artículo 47 señala la gravedad del daño social que se ocasiona con las acciones u omisiones de los funcionarios, así como la protección especial que se da a las minorías protegidas y el deber de cuidado con los derechos a libertad individual e integridad de las personas, puesto que su violación puede ocasionar la comisión de faltas gravísimas que causan las más importantes sanciones en la justicia disciplinaria: “Artículo 47. Criterios para la graduación de la sanción (...) g) El grave daño social de la conducta; h) La afectación a derechos fundamentales”.

Las normas disciplinarias muestran una importante sensibilidad frente a la actitud de los funcionarios, y en especial de Alcaldes, como responsables de las políticas públicas locales y, como iniciamos este apartado, más que hacer una reflexión sobre el carácter sancionatorio de este cuerpo jurídico se orienta a la prevención y el diseño de estrategias que permitan a los integrantes del Estado colombiano disfrutar de lo más valioso que protege la Constitución: sus derechos.

Pero reiteramos que el foco de la discusión sobre la realización de los derechos en las regiones no está únicamente el castigo y la persecución, sino más bien en la construcción de una cultura preventiva y garantista de los derechos. Las autoridades locales tienen mucho que decir sobre el particular, pues son ellas las que reconocen las limitaciones y dificultades de sus lugares de trabajo, y son ellas las que pueden diseñar con acierto las políticas públicas que garanticen la materialización de los derechos y la promoción de los mismos. De poco sirven un sinnúmero de investigaciones, si el Estado ha dejado de cumplir sus obligaciones centrales con la población. La transparencia y el compromiso con los derechos son la verdadera garantía en el quehacer cotidiano de los municipios.

## **El derecho penal y las responsabilidades de los derechos en lo local**

Como complemento a las faltas establecidas en el Código Disciplinario Único, se presenta el Código Penal que, en el mismo sentido del anterior, incorpora los

tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad<sup>45</sup> (art.93 de la C.N.), es decir, todos los referidos a los derechos humanos, y también la defensa de los bienes jurídicos tutelados en virtud del articulado de 1991.

Señalaremos algunos tipos penales que, a nuestra consideración, dan ejemplo de esta incorporación y acompañan el espíritu garantista y de prevención del proyecto del Estado social de derecho materializado en la Constitución de 1991. No implica, entonces, que se exponga la totalidad de las normas o que otros tipos penales no protejan intereses compatibles con el pensamiento de respeto a los derechos humanos.

Una forma genérica de prevención hacia las acciones desviadas de los funcionarios se presenta con los diversos tipos de prevaricato, tipo penal tradicional en esta materia. Quizás bajo la reflexión que se hace sobre la responsabilidad de los funcionarios locales frente a los derechos, el tipo penal que puede tener más relevancia es el prevaricato por omisión, en especial, ocurre en algunas oportunidades que los funcionarios desconocen la centralidad de los derechos humanos bajo su gestión y, por tanto, pasan por alto las acciones a las cuales están obligados. Estas acciones pueden ser para el cumplimiento de obligaciones de respeto de los derechos o de garantía de los mismos:

Artículo 414. Prevaricato por omisión. Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1º. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente: El servidor público que omite, retarde, rehúse o deniegue un acto propio de sus funciones, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a noventa (90) meses, multa de trece puntos treinta y tres (13.33) a setenta y cinco (75) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por ochenta (80) meses.

De forma genérica consideramos que también es objeto de protección en el campo del acceso a la información, cualquier acto violatorio del principio de no discriminación, que como vimos se está sancionado disciplinariamente, pero también en el estatuto penal:

Artículo 134a. Actos de racismo o discriminación. <Artículo adicionado por el artículo 3º de la Ley 1482 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> El que arbitrariamente impida, obstruya o restrinja el pleno ejercicio de los derechos de las personas por

.....  
45 Entre otras, véanse: Sentencia C-010 de 2000 (MP Alejandro Martínez Caballero) y Sentencia C-047 de 2006 (MP Rodrigo Escobar Gil).



•El derecho disciplinario y el derecho penal frente a las obligaciones de protección•

razón de su raza, nacionalidad, sexo u orientación sexual, incurrirá en prisión de doce (12) a treinta y seis (36) meses y multa de diez (10) a quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

De igual forma, en el caso de la transparencia y el derecho de acceso a la información pública, el artículo 29 de la Ley 1712 de 2014 señala:

Artículo 29. Responsabilidad penal. Todo acto de ocultamiento, destrucción o alteración deliberada total o parcial de información pública, una vez haya sido objeto de una solicitud de información, será sancionado en los términos del artículo 292 del Código Penal.

En efecto, el citado Código señala:

Artículo 292. Destrucción, supresión u ocultamiento de documento público. <Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1º. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente:> El que destruya, suprima u oculte total o parcialmente documento público que pueda servir de prueba, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses.

Si la conducta fuere realizada por un servidor público en ejercicio de sus funciones, se impondrá prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento ochenta (180) meses e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

Si se tratare de documento constitutivo de pieza procesal de carácter judicial, la pena se aumentará de una tercera parte a la mitad.

Ahora bien, el legislador mediante la Ley 1723 de 2009 efectuó una reforma al Código Penal, con la que se añadieron varios tipos penales relacionados con la protección de datos en general. Aunque los delitos se derivan de forma especial a la protección de datos personales, cuyo objeto de desarrollo y protección se encuentra en la Ley 1581 de 2012, existen algunos elementos que se encuentran en relación con el derecho de acceso a la información y la transparencia, dado que la regla general en transparencia es la difusión salvo las excepciones; mientras que en la protección de datos personales la norma es restrictiva con el objeto de proteger justamente lo que por excepción es público. Una regula lo público y la otra la órbita privada.

Así las cosas, los funcionarios públicos no deben afectar estos datos personales, como tampoco recibir beneficio por su venta o publicación. De forma diferente se comprende la información pública que debe conocerse y puede ser reutilizada teniendo como insumo estos datos abiertos. Señala el artículo 269F:

Violación de datos personales. <Artículo adicionado por el artículo 1° de la Ley 1273 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> El que, sin estar facultado para ello, con provecho propio o de un tercero, obtenga, compile, sustraiga, ofrezca, venda, intercambie, envíe, compre, intercepte, divulgue, modifique o emplee códigos personales, datos personales contenidos en ficheros, archivos, bases de datos o medios semejantes, incurrirá en pena de prisión de cuarenta y ocho (48) a noventa y seis (96) meses y en multa de 100 a 1000 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En el mismo sentido, los funcionarios deben guardar aquellos datos que se consideran reservados conforme a las normas de la Ley 1712 de 2014, en especial el título que lo regula, tanto información que pueda ocasionar daño a intereses personales como públicos. Advierte el Código Penal:

Artículo 194. Divulgación y empleo de documentos reservados. El que en provecho propio o ajeno o con perjuicio de otro divulgue o emplee el contenido de un documento que deba permanecer en reserva, incurrirá en multa, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor.

Estos delitos se ven agravados cuando es un funcionario público el que realiza estos actos. La transparencia se fundamenta en la legitimidad del Estado, no solo para conocer sus actuaciones, sino también para que los ciudadanos confíen en su gestión. Por ello, la interpretación del principio de buena fe, establecido en la Ley 1712 de 2014, no solo implica que quien utilice la información lo haga atendiendo el principio, sino también quien la maneja y almacena, ya que el Estado tiene como depositario muchas informaciones de carácter sensible y que están resguardadas por las normas de protección de datos, lo que implica un máximo deber de cuidado en su custodia como parte de la función pública.

La Ley 1273 de 2009 indica:

Artículo 269h. Circunstancias de agravación punitiva. Las penas imponibles de acuerdo con los artículos descritos en este título, se aumentarán de la mitad a las tres cuartas partes si la conducta se cometiere:

1. Sobre redes o sistemas informáticos o de comunicaciones estatales u oficiales o del sector financiero, nacionales o extranjeros.
2. Por servidor público en ejercicio de sus funciones.

Como parte de los esquemas u organizaciones de la corrupción los funcionarios o particulares pueden intentar dañar los datos o sistemas que los contengan, con el objeto de ocultar actuaciones delictivas. Por ello, el Código Penal establece de forma concordante con el citado artículo 292:

•El derecho disciplinario y el derecho penal frente a las obligaciones de protección•

Artículo 269d. Daño informático. <Artículo adicionado por el artículo 1° de la Ley 1273 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> El que, sin estar facultado para ello, destruya, dañe, borre, deteriore, altere o suprima datos informáticos, o un sistema de tratamiento de información o sus partes o componentes lógicos, incurrirá en pena de prisión de cuarenta y ocho (48) a noventa y seis (96) meses y en multa de 100 a 1.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

A modo de conclusión, la prevención es una manera de gobernar, un estilo que implica, como explicamos en la primera parte de este libro, el desarrollo de los principios de descentralización, territorialidad, gobernabilidad y garantía de los derechos. La sanción es apenas una consecuencia, un articulado que se adjunta al verdadero objeto del proyecto del Estado social de derecho, que es la creación de un Estado más fuerte para generar las condiciones de vida que impone la noción de integralidad de los derechos; es decir, la idea de que los derechos como formas de vida de los ciudadanos implican el respeto y la garantía de todos los derechos, y para eso existen y se legitiman todas las autoridades.