



Boletín Informativo

22 de Enero de 2014

El presente boletín contiene un resumen emitido por la Relatoría de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de las providencias relevantes recientemente proferidas por la Sala

**Auto Rad. N° 42801 04/12/2013 M.P. Dr.
FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO**

**EL IMPEDIMENTO POR AMISTAD ÍNTIMA SE
EXTIENDE CUANDO ÉSTA EXISTE CON EL NÚCLEO
FAMILIAR DE ALGUNA DE LAS PARTES**

ANTECEDENTES RELEVANTES

El Dr. A.B.O.P, magistrado del Tribunal Superior, manifestó impedimento para conocer del recurso de apelación dentro del proceso seguido contra C.E.A.G y E.R.G, con fundamento en la causal 5 del art. 56 de la Ley 906 de 2004. Argumentó amistad íntima con el padre de la imputada. Éste fue negado por sus compañeros de Sala al considerar que la amistad íntima no era con alguna de las partes sino con el padre de una de ellas.

PRINCIPALES ARGUMENTOS:

IMPEDIMENTO - Amistad íntima o enemistad grave:
Se extiende al núcleo familiar de las partes

«Sobre esta causal y en relación con un supuesto de hecho semejante al que ahora concita la atención, la Corte en reciente oportunidad manifestó, con fundamento en el principio de taxatividad que gobierna el instituto de las recusaciones y los impedimentos, que la circunstancia de que entre el padre del implicado y el funcionario judicial haya una amistad íntima no se adecuaba al motivo impediendo previsto en el artículo 5° del artículo 56 de la Ley 906 de 2004.

No obstante lo anterior, la Sala considera necesario precisar el alcance de la causal advertida, animada esencialmente por el interés de garantizar, como no puede ser de otra manera, la rectitud, transparencia, objetividad e imparcialidad de la función de administrar justicia.

En ese sentido, si bien en el artículo 5° del artículo 56 de la Ley 906 de 2004 se consagra como motivo de separación para conocer de un determinado asunto, que la amistad íntima se concrete entre una de las partes y el operador judicial, conviene señalar que por el interés supremo de asegurar el prestigio de la administración de

justicia, los lazos entrañables de afecto y fraternidad a que se refiere la norma en cita, debe entenderse que se extienden al núcleo familiar de las partes, en aras de salvaguardar la objetividad e imparcialidad de aquella.

En efecto, no llama a dudas que las relaciones que se tejen entre las personas en el devenir de sus vidas pueden llegar a estados de cercanía lindantes con los que surgen con sus consanguíneos más cercanos, al punto que las expresiones de afecto, solidaridad y relación permanentes resultan tan fuertes como los que se tienen con los miembros de la propia familia.

A su vez, esas relaciones de especial afecto que afloran entre las personas bajo una estrecha de amistad, conducen a que los sentimientos que se profesen terminen, bien extendiéndose a los miembros del núcleo familiar de cada una de ellas, o que por lo menos se despierte un particular sentimiento de consideración frente a sus integrantes.

Ahora, es indudable que dentro de las expresiones de afecto, protección, auxilio y acompañamiento más fuertes que pueden surgir entre los seres humanos, está la que se deriva de la relación entre padres e hijos y a su vez también es claro que la misma se constituye en un valor muy apreciable en la sociedad.

Bajo esa perspectiva, resulta fácil concluir, que cuando se teje una estrecha amistad con otra persona, los sentimientos aludidos entran en juego cuando se trata de adoptar decisiones vinculadas con los hijos de aquel con quien se mantiene una amistad íntima.

En esa medida, no puede la Corte ser ajena a esa realidad social y de allí que ahora precise, en los términos que anteceden, el alcance de la causal prevista en el numeral 5° de la Ley 906 de 2004, a pesar de que en el reciente pasado hubiera acudido al principio de taxatividad para resolver un caso que recogía una situación de hecho semejante a la que ahora se ventila aquí.

(...)

A pesar del principio de taxatividad que gobierna el instituto de los impedimentos y las recusaciones, no

debe perderse de vista que en un juicio de ponderación debe prevalecer el prestigio de la administración de justicia por la vía de enviar al conglomerado social el mensaje de que en un caso como el que se ventila en esta oportunidad, no sería de buen recibo por la comunidad, que el Magistrado encargado de resolver un aspecto sustancial de una actuación donde está involucrada nada menos que la hija de la persona con quien se tiene un entrañable vínculo de amistad, participara de la decisión a adoptar.».

DECISIÓN:

Declara fundada la causal de impedimento.

Sentencia Rad. N° 37246 11/12/2013 M.P.

Dr. GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

PRESUPUESTOS PARA QUE PROCEDA LA REBAJA DE LA PENA POR CONFESIÓN

ANTECEDENTES RELEVANTES

La Secretaria de Tesorería del Departamento fue condenada como coautora de los delitos de hurto calificado y agravado y falsedad en documento público, por desviar dineros que debían destinarse a los trabajadores jubilados.

La defensa acudió en casación alegando, entre otros, la violación directa de la ley por falta de aplicación del artículo 283 puesto que no se apreció y valoró debidamente la confesión de su prohijada lo cual repercutió en la no concesión del subrogado de la condena condicional.

PRINCIPALES ARGUMENTOS:

CONFESIÓN - Requisitos para tener derecho a la reducción

«La Sala ha determinado que para la procedencia del beneficio invocado se demanda que la confesión, como elemento de convicción, sea simple o calificada, constituya el fundamento de la sentencia en el entendido de su utilidad en la facilitación de la investigación, siendo causa mediata o inmediata de las demás evidencias sobre las cuales finalmente se construye la decisión condenatoria.

(...)

Acorde con lo anotado, para la Sala es innegable que la confesión de la sindicada en lo concerniente a la conducta punible contra el patrimonio económico, se presenta oportuna, eficaz y determinante para la realización de la justicia, tal como se reclama en los pronunciamientos ya citados, acerca de la procedencia de la reducción de pena por confesión. ».

DECISIÓN:

Casa parcialmente; concede subrogado; no casa

Sentencia Rad. N° 42133 18/12/2013 M.P. Dr. EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

ELEMENTOS DEL DELITO DE PECULADO POR APLICACIÓN OFICIAL DIFERENTE

ANTECEDENTES RELEVANTES

La Sala de Casación Penal procede a emitir sentencia anticipada contra del ex Gobernador del departamento de Córdoba, A. I. A. D., quien aceptó los cargos por los delitos de prevaricato por acción y peculado por aplicación oficial diferente.

PRINCIPALES ARGUMENTOS:

PECULADO POR APLICACIÓN OFICIAL DIFERENTE - Se estructura

«Dado que el tipo penal protege el adecuado y ordenado manejo del presupuesto, impidiendo dar a los dineros públicos un destino diferente al fijado por las autoridades competentes, acorde con la estructura básica del Estado cimentada en la separación de poderes; al ejecutivo le está vedado usurpar las facultades del legislativo, como si se tratara de una autoridad con funciones ilimitadas. Esta naturaleza ha de consultarse para determinar el contenido y alcance de los siguientes elementos requeridos para la estructuración de conducta punible:

El sujeto activo es calificado debido a que es un servidor público quien debe poseer bienes del Estado o de empresas o instituciones en las cuales éste tenga parte bajo su administración o custodia, por razón o con ocasión de sus atribuciones. Debe tener la disponibilidad jurídica o material sobre los bienes.

El sujeto pasivo recae en la administración pública, como titular de bien jurídico tutelado.

El objeto material es el o los bienes de propiedad del Estado total o parcialmente. Solo a ellos se les puede proporcionar una aplicación oficial diferente a la originalmente asignada.

La conducta se debe ejecutar de cualquiera de estas tres maneras: a) dar a los bienes aplicación oficial diferente de aquella a que están destinados, b) comprometer sumas superiores a las fijadas en el presupuesto, c) invertirlos o utilizarlos en forma no prevista en éste.

Aplicación oficial diferente

El uso de los bienes, dinero o cualquier otra clase de propiedad del Estado o de empresas o de instituciones en que éste tiene parte, está determinado en el presupuesto de gastos en el cual se señala la cuantía y la finalidad perseguida por la administración con cada apropiación global, partida especial, artículo o renglón.

Carrera 8 N° 12 A – 19. Bogotá D.C.

(...)

Para que la aplicación sea diferente es imprescindible que sea disímil a la fijada para el bien en la ley, ordenanza y reglamento.

La Sala el 6 de abril de 2006, en el radicado 23084, determinó que este delito se comete así los traslados presupuestales no autorizados se hagan entre rubros correspondientes a salarios, prestaciones sociales o destinados a gastos de inversión social, por atentar, de todas formas, contra la ejecución ordenada del presupuesto transgrediendo la decisión política contenida en él y resultar afectados los rubros relacionados con salarios o prestaciones sociales de los servidores o con inversión social.

Comprometer sumas superiores a las fijadas en el presupuesto.

Ello se presenta cuando el funcionario excede la cantidad presupuestada. Se caracteriza por dos circunstancias: no puede haber ánimo de aprovechamiento en el agente porque de ser ello así se tipificaría el punible de peculado por apropiación; y el comprometimiento de la suma debe darse en el mismo renglón o rubro, de lo contrario recaería en otra de las formas ejecutivas de este delito.

Puede suceder que el servidor público arbitrariamente realice contratos u operaciones con los cuales no se varía el destino de los bienes, sino que compromete sumas o cantidades que sobrepasan la correspondiente asignación presupuestal.

Inversión social.

Para la tipificación de esta conducta punible no solo se exige la indebida aplicación, afectación, o utilización indebida de un rubro, sino, además, la producción de un perjuicio para la inversión social, los salarios o las prestaciones sociales de los servidores.

(...)

Así entonces, para determinar si la partida presupuestal aplicada de forma diferente sin autorización del órgano legislativo atañe o no a la inversión social, es necesario cuando se trata de entidades territoriales, acudir al plan de desarrollo departamental o municipal, en este caso, al acuerdo u ordenanza que contengan el presupuesto anual de rentas y gastos, y al reglamento a que alude el artículo 31 de la Ley 152 de 1994 u orgánica del plan de desarrollo.

(...)

De otro lado, así el propósito perseguido por el autor del delito sea plausible, benéfico, o el resultado provechoso, el delito se estructura. Ello en razón a que

con él el legislador quiso regular y disciplinar la ejecución del gasto por parte de la administración pública, la planificada administración de los bienes del Estado. Se tutela pues la eficacia, la buena marcha no solo de la ejecución del gasto sino la utilización de los bienes por parte de los servidores públicos.

El daño consiste en la infidelidad del empleado con la función que se le encomendó y con los deberes que tiene hacia la administración y para con la comunidad social. La norma tutela el interés de la administración pública en sus manifestaciones de lealtad, fidelidad, eficacia, prestigio, probidad y corrección de los funcionarios públicos, que se reflejan en el manejo ajustado a derecho de los bienes del Estado.».

DECISIÓN:

Condena; no condena en perjuicios; y, niega subrogados.

SALVAMENTO PARCIA DE VOTO: DRA. MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

SENTENCIA ANTICIPADA - Es diferente al allanamiento o aceptación de cargos del nuevo Sistema Penal Acusatorio

Auto Rad. N° 35204 18/12/2013 M.P. Dr. LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

TRÁMITE DE LA OBJECCIÓN AL DICTAMEN PERICIAL Y

DIFERENCIA ENTRE EL CARGO Y LA FUNCIÓN AL INTERIOR DE LA POLICÍA NACIONAL Y SU RELEVANCIA BCUANDO SE CUMPLEN FUNCIONES DE POLICÍA JUDICIAL

NOTA: SE TRATA DE PROVIDENCIA EN RESERVA QUE POR SU IMPORTANCIA SE PUBLICA SU EXTRACTO

ANTECEDENTES RELEVANTES

Se pronuncia la Sala sobre el incidente de objeción presentado por la defensora contra los resultados del dictamen pericial grafológico realizado a su poderdante.

PRINCIPALES ARGUMENTOS:

DICTAMEN- Objeción: Trámite incidental / **DICTAMEN** - Objeción: Procedencia

«La objeción se tramita como incidente, esto es, que del escrito donde se postula se corre traslado a los demás sujetos procesales por el término común de cinco días (artículo 139 ibídem), a efecto de que hagan las manifestaciones pertinentes.

Para que se disponga el trámite incidental establecido para esa eventualidad, es necesario tal y como lo viene

pregonando la Sala de tiempo atrás "precisar el error, entendido éste, en términos generales, como el conocimiento equivocado de una cosa y que, en el campo de la prueba técnica, se traduciría en el falso concepto que se tenga sobre el objeto o los fenómenos científicos, técnicos o artísticos materia de la pericia", de suerte que de no haberse cometido, las conclusiones del perito habrían sido totalmente distintas.

En los términos de la legislación procesal, para demostrar el error no basta con oponerse a las conclusiones de la pericia cuando éstas aparentemente puedan resultar desfavorables a los intereses de determinado sujeto procesal, con la pretensión de que no sean tenidas en cuenta por el funcionario judicial, sino que es indispensable indicar de manera nítida, en qué consistió el yerro, en qué parte del dictamen se presentó, y de qué manera dio lugar a la equivocación en las conclusiones.»

POLICÍA NACIONAL - Estructura orgánica: Relación con funciones de policía judicial

«La Policía Nacional se organiza de manera jerárquica a través de rangos, para efectos de mando, régimen disciplinario y justicia penal militar. Así, en la carrera profesional del Nivel Ejecutivo existen, de menor a mayor, los grados de Patrullero, Subintendente, Intendente, Intendente Jefe, Subcomisario y Comisario - Decreto 132 de 1995-.

Estos niveles o categorías, aclárese, difieren del cargo, pues éste es el que contiene las atribuciones que cumple el servidor, aspecto que confunde la defensa al considerar que la denominación "Patrullero" equivale a la función, o lo que es lo mismo, que una persona con grado de "Patrullero", carece de conocimientos para rendir concepto en materia de grafología forense.

(...)

En conclusión, si bien el perito (...) se encuentra en el grado de "Patrullero", es indudable que su cargo en la Policía Nacional es "Técnico Profesional en Documentología", calidad en la cual suscribió el informe. ».

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Rad: 13663 | Fecha: 09-06-1998 | Tema: DICTAMEN - Objeción: Trámite incidental

Rad: 14029 | Fecha: 16-12-1998 | Tema: DICTAMEN - Objeción: Trámite incidental/DICTAMEN - Objeción: Procedencia

Rad: 26076 | Fecha: 11-04-2007 | Tema: DICTAMEN - Objeción: Trámite /DICTAMEN - Objeción: Procedencia

DECISIÓN:

No disponer la apertura del incidente

Auto Rad. N° 42591 18/12/2013 M.P. Dr. FERNANDO ALBERTO CASTRO

LA RESTITUCIÓN DE OBJETOS DE QUE TRATA EL ART. 64 DE LA LEY 600 DE 2000 NO PUEDE HACERSE A TRAVÉS DE LA FACULTAD CONSAGRADA EN EL ART. 30 DE LA MISMA LEY

ANTECEDENTES RELEVANTES

La Dra. E.J.M.M fue designada como Fiscal Local encargada. Mientras fungió como tal, tuvo conocimiento de la actuación por los delitos de invasión de tierras, daño en bien ajeno y hurto calificado, cuya denunciante era M.L.C.C.

Una vez aquélla negada la solicitud de la víctima atinente a definir la situación jurídica de los sujetos involucrados, esta última presentó tres nuevas peticiones: (...) "La primera, con oficio 1436 del 16 de julio de 2010, dirigida a apelar el referido proveído; la segunda, mediante oficio 1448 del 25 de julio de 2010, atinente a que procediera a acusar o precluir la investigación No. 152.481; la tercera, con oficio 1449 de 25 de julio de 2010 en la que demandó la restitución inmediata de su predio."

Las mismas también fueron negadas, por lo cual la denunciante presentó denuncia penal por los delitos de prevaricato por acción y omisión.

Adelantada la actuación, la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior solicitó la preclusión de la investigación que fue negada en primera instancia bajo el argumento que "en punto del oficio 1449 en el que la víctima demandó la restitución inmediata de su predio, para el Tribunal "aflora el dolo" exigido por el tipo penal de prevaricato por acción en la resolución del 5 de agosto de 2010, del hecho de que la funcionaria en lugar de proceder a hacer la "devolución el bien inmueble], al esta[r] acreditada sumariamente la propiedad", optó por exigirle a la solicitante un abogado para oírla, una "condición el artículo 30 [de la Ley 600 de 2000] no requiere."

Esta decisión fue apelada y remitida a la Corte.

PRINCIPALES ARGUMENTOS:

ACCESO AL EXPEDIENTE Y APOORTE DE PRUEBA POR EL PERJUDICADO - Presupuestos: No procede para solicitar la restitución de objetos / **RESTITUCIÓN DE OBJETOS** – Procedencia

«La facultad otorgada por la precitada norma a la víctima o perjudicado para "acceder al expediente" sin la representación de abogado, sigue estando limitada a los fines consagrados en el artículo 30 del C.P.P, esto es

Carrera 8 N° 12 A – 19. Bogotá D.C.

a: (1) la posibilidad de ser informadas o notificadas de las distintas actuaciones procesales, y (2) hacer solicitudes específicas, con la posibilidad de aportar pruebas conducentes o pertinentes para el logro de dicho objetivo.

Luego, entonces, aquella preceptiva debe ser interpretada de manera restrictiva, pues se trata de una excepción legal a la regla general de acceder a la justicia mediante apoderado judicial, consagrada en el artículo 229 de la Constitución Política.

En otras palabras, el mencionado criterio de interpretación del artículo 30 de la Ley 600 de 2000, no excluyó o eliminó la exigencia de contar con la asistencia de quien es versado en leyes para intervenir en los diferentes actos del proceso penal, por el contrario, resaltó la importancia de la intervención técnica, en razón a la complejidad que revisten los tecnicismos jurídicos en la regularidad de la función y de la actividad judicial.

Entonces, al analizar la petición presentada por la víctima, (...) se observa que el objeto de su solicitud no era “acceder al expediente”, en el sentido de que le fuera notificada o suministrada cierta información de las actuaciones adelantadas en la investigación No. (...), sino de obtener “la restitución inmediata de su predio”.

(...)

Dicha petición, en efecto, requería un especial conocimiento tanto del solicitante como del funcionario encargado de dar respuesta a tal requerimiento, por cuanto mientras que al peticionario se le exige que acredite debidamente la calidad de “dueño, poseedor o tenedor legítimo” del “objeto material o instrumentos del delito que sean de libre comercio”, obsérvese, términos o vocablos que tienen un significado especial en el lenguaje técnico jurídico; al servidor público se le exige “que esté conociendo de la actuación”, es decir que tenga a su disposición el material probatorio necesario para concluir que se ha demostrado “sumariamente” tal calidad, lo cual no lo eximen del análisis de la pertinencia y conducencia de los elementos suasorios aducidos por el peticionante.

(...)

Luego, entonces, el artículo 30 de la Ley 600 de 2000, condicionado en su exequibilidad, es susceptible de interpretarse con el efecto lógico que le atribuyó la indiciada, esto es, que la petición de “restitución del inmueble” presentada por la señora (...) mediante oficio (...), al igual que las solicitudes que realizó mediante oficios y (...) desbordaban el fin de tal norma, en tanto el legislador ha establecido para tal efecto procedimientos o herramientas específicas, tal como el

consagrado en el artículo 64 del Código de Procedimiento Penal, en el que se exige a la funcionaria contar con elementos probatorios conducentes y pertinentes en orden a verificar si el solicitante acredita o no la calidad de dueño, poseedor o tenedor “del objeto material o instrumento del delito”. »

DECISIÓN:

Rechaza solicitud, revoca.

Auto. Rad. N° 42637 18/12/2013 SALA DE CASACIÓN PENAL

AUTO A TRAVÉS DEL CUAL SE ACEPTA EL CONFLICTO DE COMPETENCIAS PROPUESTO POR LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN PARA CONOCER EN SEGUNDA INSTANCIA DE UNA DECISIÓN PROFERIDA EN PROCESO DISCIPLINARIO

NOTA: SE TRATA DE PROVIDENCIA EN RESERVA QUE POR SU IMPORTANCIA SE PUBLICA SU EXTRACTO

ANTECEDENTES RELEVANTES

Mediante auto del 6 de noviembre de 2013, la Sala de Casación Penal se abstuvo de resolver el recurso de queja formulado contra un auto proferido dentro del proceso disciplinario que se sigue por un Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito con una de las empleadas de su Despacho. Lo anterior, al considerar, con fundamento en decisiones de la Sala Plena de la Corporación, que dicha competencia le correspondía a la Procuraduría General de la Nación.

Ésta, a través de su Delegada para la Vigilancia Judicial y la Policía Judicial, en decisión del 4 de diciembre de 2013, resolvió devolver a esta Sala la actuación proponiendo conflicto negativo de competencias administrativas. Lo anterior, con fundamento en “*la decisión de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado del 13 de agosto de 2013, proferida dentro del radicado 11-001-03-06-000-2013-00207-00*”.

PRINCIPALES ARGUMENTOS:

PROCESO DISCIPLINARIO - Competencia: Segunda instancia

«En la decisión en cuestión se recoge la doctrina que se venía señalando en punto de que la segunda instancia de los procesos disciplinarios seguidos contra empleados judiciales corresponde a la Procuraduría General de la Nación, se observa que para el efecto se utiliza un conjunto de argumentos que no son válidos frente a la Carta Política, la ley y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, amén de que no logran desvirtuar el acierto de la postura inicial, la cual sí se pliega tanto al

ordenamiento jurídico anotado como a lo señalado por el referido Tribunal.

(...)

Nótese sobre el particular, que en la parte considerativa de la providencia de marras, se expresa que la Sala de Consulta y Servicio Civil, de conformidad con el numeral 10º del artículo 112 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), es la competente para “resolver los conflictos de competencias administrativas entre organismos del orden nacional o entre tales organismos y una entidad territorial o descentralizada...” (negrilla fuera de texto) y luego se reitera lo propio pero con fundamento en el artículo 39 de la misma ley y se señala que “el asunto discutido es de naturaleza administrativa” (negrilla igualmente fuera de texto).

Ahora, una vez se planteó el problema jurídico que correspondía resolver, se expresó que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 125 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, los servidores de la Rama Judicial se dividen en funcionarios (magistrados, jueces y fiscales) y empleados (esto es, las demás personas que ocupan cargos en las corporaciones y despachos judiciales), tras lo cual se expuso que a los primeros los disciplina el Consejo Superior de la Judicatura según el artículo 111 *ibídem* y respecto a los últimos lo hacen sus superiores jerárquicos, acorde con lo establecido en el artículo 115 *eiusdem*.

Señalado lo anterior, se precisó que la intervención de la Procuraduría General de la Nación, en materia disciplinaria, únicamente es posible en los eventos en que ejerza su poder preferente, según lo prevé el artículo 277-6 de la Constitución Política, y luego se indicó que las decisiones que se adopten frente a los empleados judiciales en aplicación de la competencia señalada en el artículo 115 de la Ley 270 de 1996, “(i) son demandables ante la jurisdicción contencioso administrativa; (ii) para efectos de su control judicial debe agotarse previamente la vía gubernativa; y (iii) los recursos administrativos se tramitarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 50 Código Contencioso Administrativo, hoy 74 de la Ley 1437 de 2011” (negrillas fuera de texto).

Por tanto, hasta aquí se evidencia que en la decisión objeto de análisis, se reconoce que lo relativo a la acción disciplinaria seguida contra empleados judiciales de los Tribunales Superiores —y los juzgados— es un asunto eminentemente de carácter administrativo.

Además, es del caso señalar desde ahora, aun cuando luego se volverá sobre el punto, que no es cierto que la

Procuraduría General de la Nación, en cuanto hace a los empleados judiciales, únicamente pueda actuar en relación con ellos si ejerce su poder disciplinario preferente, pues también tiene, respecto de éstos, una competencia residual, conforme lo expresó la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia con fundamento en el artículo 76 del Código Disciplinario Único, toda vez que en el inciso 3º de esta norma se consagra que: “En aquellas entidades donde no sea posible organizar la segunda instancia, será competente para ello el funcionario de la Procuraduría a quien le corresponda investigar al servidor público en primera instancia”.

Ahora, inmediatamente después de lo que atrás se recordó, en la decisión del Consejo de Estado del 13 de agosto de 2013 que es objeto de análisis, se indicó que “Esta regulación [se hacía referencia al artículo 115 de la Ley 270 de 1996,] responde a las mismas reglas de la Ley 734 de 2002, en la que la competencia disciplinaria sobre los servidores públicos está asignada a las oficinas de control interno de cada entidad, y, cuando ellas no existen, al superior inmediato del investigado (artículo 76); [así que] la intervención de la Procuraduría es igualmente excepcional para los casos en que «por razones de estructura organizacional» no es posible garantizar la doble instancia (*ibídem*)”, de donde se sigue que con esta última afirmación se ignora lo señalado en el inciso 3º del artículo 76 del Código Único Disciplinario, cuyo texto se transcribió en el párrafo anterior.

De otra parte, la Sala de Consulta y Servicio Civil en la decisión del 13 de agosto de 2013, para dar sustento a la conclusión según la cual, en materia disciplinaria y en cuanto hace a los empleados judiciales, la competencia de la segunda instancia corresponde al superior “funcional” según la organización de la administración de justicia, que no “jerárquico” como se indica en el inciso 1º del artículo 76 de la Ley 734 de 2002, trajo a colación el contenido del artículo 11 de la Ley 270 de 1996 donde se señalan cuáles son los “órganos que integran las distintas jurisdicciones”. (negrilla fuera de texto)

Conviene aclarar entonces, que en modo alguno es posible confundir, el concepto de “superior funcional” con el de “superior jerárquico”, en tanto son distintos.

Al efecto es preciso recordar que el concepto de “superior funcional” hace relación a la competencia que tiene el funcionario judicial de mayor categoría en relación con el de menor para revisarle las decisiones de carácter jurisdiccional que pronuncie, es decir, las que emita en ejercicio de su “función” de administrar justicia, concretamente en los términos que señala el

artículo 228 de la Constitución Política, competencia que por lo demás, únicamente puede establecerse por ley ordinaria y que en lo que toca con la jurisdicción penal, es precisada en el Código de Procedimiento de esa materia.

Adicionalmente, también cabe anotar que el “superior funcional” en modo alguno tiene injerencia en los asuntos administrativos de manejo de personal de los despachos de inferior categoría, pues lo relacionado con ello está regulado con total independencia del Código de Procedimiento Penal.

De otra parte, el concepto de “superior jerárquico”, como se desprende de lo preceptuado en el parágrafo 3º del artículo 76 del Código Disciplinario Único, aun cuando ello puede hallarse en variada normatividad administrativa laboral, es aquel que por excelencia tiene el manejo de personal, en particular orientando y controlando sus tareas.

Entonces, bajo el equívoco de confundir el concepto de “superior funcional” con el de “superior jerárquico”, en la decisión del Consejo de Estado del 13 de agosto de 2013 que se viene analizando, se prosigue con la argumentación y se trae a colación un pasaje de la sentencia C-836 de 2001 de la Corte Constitucional, en el cual se afirma que “La consagración constitucional de una estructura jurisdiccional que, aun cuando desconcentrada, es funcionalmente jerárquica, implica que, si bien los jueces tienen competencias específicas asignadas, dentro de su jerarquía habrá —en principio— un juez superior encargado de conocer las decisiones de los inferiores”; frente a lo cual es preciso mencionar, que lo anterior se dijo por el Tribunal Constitucional, en orden a poner de manifiesto la importancia de la función unificadora de la jurisprudencia en cabeza de la Corte Suprema de Justicia, pues luego de lo arriba anotado, inmediatamente señaló: “En la justicia ordinaria dicha estructura tiene a la Corte Suprema en la cabeza, y eso significa que ella es la encargada de establecer la interpretación que se debe dar al ordenamiento dentro de su respectiva jurisdicción, de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución”.

En esa medida, se tiene que las expresiones “jerárquica” y “jerarquía” utilizadas en el pasaje de la sentencia C-836 de 2001, no se emparentan con el concepto de “superior jerárquico” sino con el de “superior funcional”, en orden a explicar, que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, como máximo órgano de la jurisdicción ordinaria, era vinculante, pues acto seguido la Corte Constitucional afirmó: “Esta Corporación se ref[iere] al papel que cumple la

unificación de la jurisprudencia para darle unidad al ordenamiento jurídico”.

No es posible, por tanto, que la Sala de Consulta y Servicio Civil, en su decisión del 13 de agosto de 2013, acuda al pasaje de la sentencia C-836 de 2001 que transcribió, para concluir que de las expresiones “jerárquica” y “jerarquía” se pueda intercambiar el concepto de “superior jerárquico” con el de “superior funcional” y por esa vía afirmar que en materia disciplinaria éste último, dentro de su respectiva jurisdicción, sea el competente para conocer de las decisiones de segunda instancia que en dicha materia se dicten con ocasión de las investigaciones adelantadas contra empleados judiciales, pues insístase, son conceptos distintos con alcances obviamente diversos, como se dejó esbozado en precedencia.

Dígase entonces, que en la Rama Judicial ningún magistrado o juez es “superior jerárquico” de otro, sino que son meramente “superiores funcionales”, puntualmente respecto de las precisas competencias que se les concede por excelencia en los códigos, en orden a revisar sus decisiones “jurisdiccionales”, mas en modo alguno son lo primero (superior jerárquico), para examinar la conducta administrativa de sus subalternos y bajo esa perspectiva tener potestad disciplinaria o intervenir en esas actuaciones.

(...)

Entonces, un asunto es que la Rama judicial esté “organizada” jerárquicamente y otro muy distinto es que un “superior funcional” de un funcionario judicial (magistrado o juez) sea “superior jerárquico” de un inferior, como se quiere presentar en la decisión del 13 de agosto de 2013, en orden a trasladar la competencia en materia disciplinaria, de la Procuraduría General de la Nación a los Tribunales Superiores —y los juzgados del circuito—, en relación con la segunda instancia de las decisiones disciplinarias adoptadas frente a empleados judiciales cuando su superior jerárquico es un magistrado o un juez, pues repítase, los conceptos de “superior funcional” y “superior jerárquico” son distintos.

(...)

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 115 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, corresponde a los funcionarios conocer de los procesos disciplinarios contra los empleados respecto de los cuales sean sus superiores jerárquicos y tal como se ha dejado explicado, el concepto de “superior jerárquico” es distinto del de “superior funcional”, no cabe duda que legalmente (inciso 3º del artículo 76 de la Ley 734 de 2002) es a la Procuraduría General de la Nación a quien compete conocer en segunda instancia de los

Carrera 8 N° 12 A – 19. Bogotá D.C.

procesos de la índole advertida en donde sean posibles empleados judiciales.

(...)

conforme se ha venido desbrozando paulatinamente, una vez se recordó en el proveído de marras la controversia que se estaba dilucidando en esa oportunidad, se afirmó que se recogía el criterio anterior, fijado dentro del radicado No. 11-001-03-06000-2006-00060-00 del 22 de junio de 2006, el cual, valga anotar, también se repite en los radicados números 11-001-03-06-000-2006-00065-00 del 28 de junio de 2006 y 11-001-03-06-000-2007-00056-00 del 19 de julio de 2007, donde se trataron supuestos de hecho semejantes al que aquí ocupa la atención.

Como se puede apreciar, la decisión del 13 de agosto de 2013 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado de la que se vale la Delegada para la Vigilancia Judicial y la Policía Judicial en aras de concluir que la competencia para conocer del recurso de queja formulado por (...), dentro de la acción disciplinaria que se le sigue en primera instancia por un Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá; en realidad no ofrece una base argumentativa capaz de desvirtuar la postura que pretende reemplazar, puesto que allí se acude a razonamientos que carecen de apoyo en la Carta Política, la ley y la Corte Constitucional.

Es preciso añadir, que de conformidad con la sentencia C-816 de 2011, que incluso se cita por la Sala de Consulta y Servicio Civil, cuando se pretende cambiar un precedente jurisprudencial, aun cuando sea de forma horizontal, hay que agotar una carga argumentativa específica que en esta oportunidad se reputa ausente y de allí que lo que se evidencia, es que se cambia una postura debidamente fundamentada, por otra que no lo está adecuadamente, pues solamente se propone una visión que, como se ha venido explicando, riñe con la Carta Política, la ley y el criterio de la Corte Constitucional.

(...)

Conforme se ha venido desbrozando paulatinamente, una vez se recordó en el proveído de marras la controversia que se estaba dilucidando en esa oportunidad, se afirmó que se recogía el criterio anterior, fijado dentro del radicado No. 11-001-03-06000-2006-00060-00 del 22 de junio de 2006, el cual, valga anotar, también se repite en los radicados números 11-001-03-06-000-2006-00065-00 del 28 de junio de 2006 y 11-001-03-06-000-2007-00056-00 del 19 de julio de 2007, donde se trataron supuestos de hecho semejantes al que aquí ocupa la atención.

Como se puede apreciar, la decisión del 13 de agosto de 2013 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado de la que se vale la Delegada para la Vigilancia Judicial y la Policía Judicial en aras de concluir que la competencia para conocer del recurso de queja formulado por (...), dentro de la acción disciplinaria que se le sigue en primera instancia por un Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá; en realidad no ofrece una base argumentativa capaz de desvirtuar la postura que pretende reemplazar, puesto que allí se acude a razonamientos que carecen de apoyo en la Carta Política, la ley y la Corte Constitucional.

Es preciso añadir, que de conformidad con la sentencia C-816 de 2011, que incluso se cita por la Sala de Consulta y Servicio Civil, cuando se pretende cambiar un precedente jurisprudencial, aun cuando sea de forma horizontal, hay que agotar una carga argumentativa específica que en esta oportunidad se reputa ausente y de allí que lo que se evidencia, es que se cambia una postura debidamente fundamentada, por otra que no lo está adecuadamente, pues solamente se propone una visión que, como se ha venido explicando, riñe con la Carta Política, la ley y el criterio de la Corte Constitucional.

(...)

En resumen, como quiera que la providencia del Consejo de Estado en la que se apoya la Procuraduría General de la Nación para proponer el conflicto negativo de competencias administrativas, no logra evidenciar el desacierto del criterio que venía imperando, pero además, se opone a lo señalado por la Corte Constitucional, la Carta Política y la ley, se acepta el conflicto propuesto y por tanto se dispone remitir la actuación a la Sala de Consulta y Servicio Civil, para lo de su cargo, en relación con el recurso de queja formulado por (...) contra el auto del (..) de (..) de (..) proferido por un Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de (..), que no concedió el recurso de apelación respecto de la decisión que le negó el archivo de las diligencias dentro de la investigación disciplinaria que se sigue en su contra.»

DECISIÓN:

Se acepta el conflicto propuesto.