

, 6 de agosto de 1990.

Licenciado
Ramón Lima C.
Vice-Ministro de
Gobierno y Justicia
E. S. D.

Señor Vice-Ministro:

Acusamos recibo de su nota Nº 274-D.L. fechada el pasado 28 de junio, recibida en esta Procuraduría el 2 de julio del año en curso, mediante la cual nos consulta aspectos relacionados con la "suspensión del cargo" de un funcionario público ordenada por el funcionario de instrucción o por el tribunal de conocimiento".

Concretamente plantea dos (2) interrogantes, los cuales pasamos a contestar en el mismo orden que se consiguran.

1. ¿En caso que el funcionario de instrucción o el tribunal de conocimiento ordene la detención del servidor público, pero no decreta la suspensión del ejercicio del cargo público que desempeña, o no lo comunique a la autoridad nominadora, puede ésta de oficio suspender del cargo al funcionario detenido?
¿Incurriríamos en extralimitación de funciones o en abuso de autoridad al proceder de oficio, con la suspensión?

Para responder adecuadamente a esta interrogante, debemos tener presente que la detención de un servidor público es decretada, por regla general, cuando existe prueba de la participación del mismo en el hecho delictuoso que se investiga o que ha dado lugar a la pretensión punitiva del Estado. en efecto, ello se colige de lo dispuesto en el artículo 2470, en relación con los artículos 2468, 2471 y 2472, todos del Código Judicial.

En cuanto a la suspensión del cargo, el artículo 2470 citado establece que: "Cuando el hecho, que es materia del proceso tenga señalada por la Ley sanción de prisión, se decretará la detención y la consiguiente suspensión del cargo que ejerce el imputado".

De acuerdo con esta norma, cuando se decreta la detención de un servidor público, debe ordenarse asimismo la suspensión del cargo que ejerce el imputado. Así lo declaró recientemente el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, al resolver recurso de amparo de garantías constitucionales interpuesto por el Fiscal Rodrigo Miranda, mediante sentencia de 1 de junio de 1990, que en lo medular expresa:

"Es evidente, de acuerdo con el transcrito precepto, que cuando la autoridad competente decreta la detención de un funcionario judicial o de un agente del Ministerio Público, debe también decretar la suspensión o separación del cargo que ejerce. Pero, repetimos, ello no significa que un funcionario no pueda ser suspendido o separado de su cargo si no se halla detenido".

Siendo ello así, resulta extraño que el funcionario de instrucción o el tribunal de conocimiento no haya ordenado la suspensión del cargo de un servidor público, al que se le atribuye la comisión de un ilícito, habiéndose decretado su detención.

No obstante, comoquiera que la comisión de un ilícito penal constituye causal de destitución -incluso para el personal de carrera administrativa- en conformidad con lo dispuesto en el artículo quinto, numerales g) y q) del Decreto de Gabinete Nº 137 de 1969, por el cual se reforma la Ley 4 de 1961 y el decreto Ley 7 de 1962 (sobre administración de personal), la autoridad nominadora puede ordenar la suspensión del cargo del funcionario mientras se tramita el expediente de destitución correspondiente, tal como lo establecen los artículos décimo primero y décimo segundo del citado decreto. Dichos artículos son del siguiente tenor literal:

"Artículo décimo primero: El sueldo del empleado contra el cual se tramite un expediente de despido será suspendido a partir de la fecha en que sea separado del cargo. Si el fallo

correspondiente fuere absolutorio, el empleado será de inmediato reintegrado al puesto y se le pagarán los sueldos que dejó de percibir.

Artículo décimo segundo: La autoridad nominadora queda facultada para separar inmediatamente de su cargo al empleado contra el cual se tramita un expediente de despido. Sin embargo, no podrá nombrar sustituto durante el período del trámite de la destitución, ni antes de producirse el fallo de la Junta de personal en los casos en que el empleado haya presentado reclamación ante esta. Si el fallo definitivo no se produjere en el lapso de un mes a partir de la fecha en que el empleado fue separado del cargo, la autoridad nominadora podrá nombrar provisionalmente un sustituto en el puesto vacante, siempre y cuando el sueldo respectivo fuere pagado con partidas extraordinarias y no con la asignación presupuestaria del cargo."

Sobre la relación que se da entre la responsabilidad penal y la disciplinaria, SAYAGUES LASSO, nos comenta:

"Hemos señalado antes que las responsabilidades penal y disciplinaria no se excluyen una de la otra y que, por lo tanto, un mismo hecho puede motivar la aplicación de sanciones penales y disciplinarias (supra nº 190). No obstante hay estrechas vinculaciones en el fondo y en el procedimiento, que plantean cuestiones de sumo interés.

a) Frente a un hecho presumiblemente delictuoso cometido por un funcionario en el ejercicio de sus funciones, la administración debe instruir el correspondiente sumario administrativo, poniendo además el hecho en conocimiento de la justicia penal a los fines consiguientes. Pero la intervención de ésta no suspende los procedimientos administrativos, los cuales deben continuar para la calificación definitiva o imposición de las sanciones pertinentes, que

en la generalidad de los casos será la destitución.

b) El pronunciamiento administrativo definitivo es independiente del penal. En la regla en la generalidad de los casos. Esto es lógico porque un hecho puede no llegar a constituir delito, pero el falta administrativa grave que dé base a la destitución, o porque hay indicios de culpabilidad bastantes a juicio de la administración, aunque insuficientes para la represión penal; etc. Sin embargo, a veces el fallo penal debe prevalecer sobre el pronunciamiento administrativo. Esto ocurre cuando la sentencia establece claramente que el funcionario no cometió los hechos que se le imputan y por los cuales fué sancionado administrativamente, o cuando ordena al funcionario por hechos delictuosos que la administración no consideró probados, por cuya razón no le aplicó sanciones; en el primer caso la administración debe revocar la sanción y en el segundo imponer la que corresponda.

c) El funcionario al que se le impute la comisión de un delito y es procesado, se encuentra impedido de concurrir a sus tareas. Ello obliga a considerar su situación administrativa y adoptar las medidas consiguientes.*

Por lo expuesto, consideramos que procede decretarse la suspensión del cargo, como medida preventiva, mientras se tramita la destitución del servidor público sindicado de la comisión de un delito, ya que la estabilidad en el cargo de un servidor público, "estará condicionada a su competencia, lealtad y moralidad en el servicio", en conformidad con lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 295 de la Constitución Nacional.

*2. Al momento de concederle al sindicado fianza de excarcelación, ésta le sirve para no ser detenido, o bien después de serlo para obtener su libertad durante el proceso.
¿Debemos entender que al recibir este beneficio se levanta la suspensión del cargo?

A este respecto, compartimos la opinión de la Dirección de Asesoría Legal del Ministerio a su digno cargo, que la fianza de excarcelación le permite al sindicato obtener su libertad, no obstante "el servidor público no podrá ocupar nuevamente su cargo, hasta tanto no exista un sobreseimiento provisional o definitivo o sentencia ejecutoriada que lo absuelva". En caso de ser absuelta, su reincorporación deberá atemperarse a lo establecido en el primer inciso del artículo 71 de la Ley 20 de 1983.

Finalmente, conceptuamos que la exigencia establecida en el segundo inciso del artículo 71 citado relativo a que el miembro de la Fuerza Pública solamente puede ser dado de baja en virtud de sentencia ejecutoriada, cuando sea acusado de delito contra la integridad física, daños a la propiedad o la libertad de una persona sorprendida por aquel, cuando ejecutaba o planeaba un delito contra la integridad física de alguna otra persona, la seguridad o salud pública, tráfico de drogas, intentos de entrar por la fuerza o violentamente en algún recinto o vehículo ajeno adolece de vicios de inconstitucionalidad; situación esta que oportunamente advertiremos ante el Pleno de la honorable Corte Suprema de Justicia.

Esperando haber absuelto debidamente su solicitud, nos suscribimos.

Del Señor Vice-Ministro, con toda consideración y aprecio,

Atentamente,

AURA FERAUD
Procuradora de la Administración.

RA/AF:au