

**REFLEXIONES
ACADEMICAS EN DERECHO
DISCIPLINARIO Y
CONTRATACIÓN ESTATAL**

VOLUMEN III

**MEMORIAS
SEGUNDO CONGRESO
INTERNACIONAL DE DERECHO
DISCIPLINARIO**



Bogotá, D. C., noviembre de 2012

Memorias Segundo Congreso Internacional de Derecho Disciplinario

© Procuraduría General de la Nación, 2012

© Instituto de Estudios del Ministerio Público, 2012

Editor:

Instituto de Estudios del Ministerio Público

Carrera 5 N°. 15-80 piso 16. Bogotá, D. C.

PBX: (1) 587 8750 Ext. 11621

Tel.: 2832721 Ext. 115

<http://iemp.procuraduria.gov.co>

Todos los derechos reservados.

Dirección de la colección:

Carlos Humberto García Orrego

Autores en este volumen:

Alejandro Ordóñez Maldonado

Gustavo Quintero Navas

Fernando Brito Ruiz

Luiz Gustavo Simões Valença de Melo

Jesús Alejandro Garzón Rincón

Paula Andrea Ramírez Ocampo

David Alonso Roa Salguero

César Augusto Duarte Acosta

Miguel Ángel Reyes Poblete

Rafael José Durán Mantilla

Patricia Villasana Rangel

José Rory Forero Salcedo

Diomedes Yate Chinome

Maria Clara Galvis

Carlos Humberto García Orrego

Juan Carlos Novoa Buendía

Jaime Mejía Ossma

Alfonso Cajiao Cabrera

John Harvey Pinzón Navarrete

José Omar Ortiz Peralta

Antonio Gómez Merlano

Diseño gráfico:

Hernán Hel Huertas O.

Diseñador gráfico IEMP

Coordinación editorial:

Hernán Hel Huertas O.

Diseñador gráfico IEMP

Diagramación e impresión

Imprenta Nacional de Colombia

Impreso en Colombia

Bogotá, noviembre de 2012

Primera edición

1000 ejemplares

Esta publicación fue editada y financiada por el Instituto de Estudios del Ministerio Público.

Las opiniones expresadas en el presente libro son responsabilidad de los autores y no compromete a la Procuraduría General de la Nación ni al Instituto de Estudios del Ministerio Público.

ISBN: en trámite



Alejandro Ordóñez Maldonado

PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

Martha Isabel Castañeda Curvelo

VICEPROCURADORA GENERAL DE LA NACIÓN

Christian José Mora Padilla

DIRECTOR DEL INSTITUTO DE ESTUDIOS DEL MINISTERIO PÚBLICO

Carlos Humberto García Orrego

JEFE DE CAPACITACIONES DEL INSTITUTO DE ESTUDIOS

DEL MINISTERIO PÚBLICO

COORDINADOR GENERAL DEL CONGRESO

Jaime Mejía Ossman

PROCURADOR PRIMERO DELEGADO PARA LA CONTRATACIÓN ESTATAL

RELATOR GENERAL

Camilo Andrés García Gil

JEFE UNIDAD COORDINADORA PARA LA CONTRATACIÓN ESTATAL

AUXILIAR DE RELATORÍA

CONTENIDO GENERAL

PRESENTACIÓN	14
SALUDO DE BIENVENIDA	15
<i>Christian José Mora Padilla</i>	
PRIMER EJE TEMÁTICO - POLÍTICA DISCIPLINARIA Y ÉTICA PÚBLICA.....	18
<i>Alejandro Ordóñez Maldonado</i>	
I. ÉTICA PÚBLICA	19
BUENAS PRÁCTICAS, ÉTICA Y DERECHO DISCIPLINARIO	24
<i>Gustavo Quintero Navas</i>	
I. INTRODUCCIÓN.....	26
II. EL DERECHO AL BUEN GOBIERNO	27
III. EL FUNCIONARIO PÚBLICO Y EL BUEN GOBIERNO	51
IV. EL CIUDADANO Y EL BUEN GOBIERNO	53
V. PROPUESTAS DESDE EL DERECHO DISCIPLINARIO	54
VI. CONCLUSIONES.....	75
BIBLIOGRAFÍA.....	77
LOS PARTICULARES EN EL DERECHO DISCIPLINARIO	80
<i>Fernando Brito Ruiz</i>	
INTRODUCCIÓN.....	82
I. LA SITUACIÓN DE LOS PARTICULARES FRENTE AL RÉGIMEN DISCIPLINARIO. ALGUNAS REFERENCIAS HISTÓRICAS.....	83
II. NORMAS DE LA CONSTITUCIÓN QUE PREVÉN LA PARTICIPACIÓN DE LOS PARTICULARES EN ASUNTOS DEL ESTADO	84
III. EL PROCESO DE DESREGULACIÓN DE ACTIVIDADES DEL ESTADO Y LA ENTREGA PAULATINA A LOS PARTICULARES DE ASUNTOS DEL ESTADO.	85
IV. EVOLUCIÓN NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL DEL RÉGIMEN DISCIPLINARIO QUE SE APLICA A LOS PARTICULARES	87
V. PARTICULARES QUE SON SUJETOS DEL RÉGIMEN DISCIPLINARIO.....	94

VI. FALTAS Y SANCIONES ATRIBUIBLES A LOS PARTICULARES	96
VII. CONCLUSIONES.....	98
LA PROBIDAD ADMINISTRATIVA EN EL SISTEMA JURÍDICO BRASILEÑO	100
<i>Luiz Gustavo Simões Valença de Melo</i>	
I. INTRODUCCIÓN.....	102
II. PROBIDAD ADMINISTRATIVA	103
III. AUTONOMÍA DE LA SANCIONES POR IMPROBIDAD	103
IV. LA CONSTITUCIÓN BRASILEÑA Y EL COMBATE A LA IMPROBIDAD ADMINISTRATIVA.....	104
V. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL ACTO DE IMPROBIDAD.....	106
VI. CASOS DE IMPROBIDAD COMUNES EN BRASIL	108
VII. SANCIONES	109
VIII. VEINTE AÑOS DE LA LEY DE IMPROBIDAD.....	110
IX. CONCLUSIÓN.....	111
BIBLIOGRAFÍA.....	112
MESA REDONDA PRIMER EJE TEMÁTICO	114
<i>Moderador: Jesús Alejandro Garzón Rincón</i>	
DESARROLLO DE LA MESA REDONDA	117
SEGUNDO EJE TEMÁTICO - CONTROL DE LEGALIDAD	
NON BIS IN IDEM EN EL DERECHO COMPARADO	
(ALEMANIA, ESTADOS UNIDOS, ESPAÑA, ITALIA)	120
<i>Paula Andrea Ramírez Ocampo</i>	
I. INTRODUCCIÓN.....	122
II. APROXIMACIÓN AL PRINCIPIO DEL NON BIS IN IDEM	124
III. ÁMBITO.....	126
IV. PLASMACIÓN LEGISLATIVA DEL PRINCIPIO	127
V. FUNDAMENTACIÓN.....	128
VI. LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL SOBRE EL PRINCIPIO DE NON BIS IN IDEM	128
VII. EL PRINCIPIO DE NON BIS IN IDEM EN EL DERECHO COMPARADO.	131
LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO	
Y SUS RECIENTES APORTES AL DERECHO DISCIPLINARIO	142
<i>David Alonso Roa Salguero</i>	

I.	INTRODUCCIÓN.....	144
II.	UNA DOGMÁTICA CON RECONOCIMIENTO JURISPRUDENCIAL ...	145
III.	ALCANCES Y LÍMITES AL CONTROL DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DISCIPLINARIOS. ALGUNAS PROPUESTAS DOCTRINALES EXISTENTES PARA EL FORTALECIMIENTO DE ESE CONTROL.....	151
IV.	CONCLUSIONES.....	169
	BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA	170
	MESA REDONDA SEGUNDO EJE TEMÁTICO	174
	<i>Moderador: César Augusto Duarte Acosta</i>	
	INTERVENCIÓN DEL DOCTOR ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDEZ..	176
	INTERVENCIÓN DE LA DOCTORA PAULA ANDREA RAMÍREZ BARBOSA	177
	INTERVENCIÓN DEL DOCTOR DAVID ALONSO ROA SALGUERO.....	178
	TERCER EJE TEMÁTICO - DERECHOS HUMANOS Y DERECHO DISCIPLINARIO	
	LA INCIDENCIA DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DEL DERECHO	
	INTERNACIONAL HUMANITARIO EN EL ÁMBITO DISCIPLINARIO	180
	<i>Miguel Ángel Reyes Poblete</i>	
A.	PARTE GENERAL.....	183
I.	INTRODUCCIÓN.....	183
II.	¿POR QUÉ IMPORTA APLICAR LOS DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO DISCIPLINARIO?	183
III.	APLICACIÓN DE NORMAS	184
IV.	DERECHO PENAL ADMINISTRATIVO.....	185
V.	CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y DERECHO DISCIPLINARIO	187
VI.	ALGUNOS ASPECTOS DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO.....	189
B.	INCIDENCIA EN DERECHO INTERNO	190
VII.	INCIDENCIA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO DISCIPLINARIO	190
VIII.	ANÁLISIS COMPARATIVO DE SITUACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DISCIPLINARIA ADMINISTRATIVA	195
	1. EL CASO DE CHILE	195
	2. EL CASO DE ARGENTINA.....	198
	3. LA SITUACIÓN DE BRASIL	199

4. LA SITUACIÓN DE PERÚ	200
5. LA SITUACIÓN DE VENEZUELA	201
IX. INCIDENCIA DEL DERECHO INTERNACIONAL	
HUMANITARIO EN EL DERECHO DISCIPLINARIO	202
C. CONCLUSIONES.....	202
X. COMENTARIOS.....	202
XI. PROPUESTAS	203
BIBLIOGRAFÍA.....	205
VÍCTIMAS EN EL PROCESO DISCIPLINARIO.....	208
<i>Rafael José Durán Mantilla</i>	
I. ACERCAMIENTO AL TEMA DE LAS VÍCTIMAS EN LA JUSTICIA.....	210
II. LAS VÍCTIMAS EN EL PROCESO DISCIPLINARIO	213
III. CONCLUSIONES	226
BIBLIOGRAFÍA.....	227
CUARTO EJE TEMÁTICO DERECHO COMPARADO	
LA APLICACIÓN DEL DERECHO DISCIPLINARIO EN MÉXICO,	
LA IMPLEMENTACIÓN DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDADES	
ADMINISTRATIVAS DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS A NIVEL	
FEDERAL POR LOS ÓRGANOS INTERNOS DE CONTROL	
DEPENDIENTES DE LA SECRETARÍA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA.....	228
<i>Patricia Villasana Rangel</i>	
I. EVOLUCIÓN DEL MARCO JURÍDICO DISCIPLINARIO	
EN MÉXICO	230
II. ORÍGENES, COMPETENCIA, ESTRUCTURA ORGANIZACIONAL,	
MISIÓN, VISIÓN DE LA SECRETARÍA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA	
Y ACCIONES GUBERNAMENTALES PRIORITARIAS, SUS ÓRGANOS	
INTERNOS DE CONTROL	243
III. LA COORDINACIÓN GENERAL DE ÓRGANOS DE VIGILANCIA	
Y CONTROL, LOS ÓRGANOS INTERNOS DE CONTROL,	
LAS FACULTADES DE SUS TITULARES Y SUS SUBALTERNOS	
LOS TITULARES DE QUEJAS Y RESPONSABILIDADES;	
LOS SISTEMAS FISCALIZADORES MATERIALES Y ELECTRÓNICOS	
QUE ESTOS IMPLEMENTAN DENTRO DEL ÁMBITO DE SUS	
RESPECTIVAS COMPETENCIAS.....	247

IV.	OBLIGACIONES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS; IMPLEMENTACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIDADES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS POR PARTE DE LOS TITULARES DE RESPONSABILIDADES DE LOS ÓRGANOS INTERNOS DE CONTROL Y ESTRUCTURA DE LAS RESOLUCIONES.	258
V.	SANCIONES CONTEMPLADAS DENTRO DE LA LEY FEDERAL DE RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS.....	265
VI.	CONCLUSIONES.....	266
	BIBLIOGRAFÍA.....	268
FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DE LA POTESTAD DISCIPLINARIA DEL ESTADO COLOMBIANO. LA INFLUENCIA DEL DERECHO COMPARADO.		
	<i>José Rory Forero Salcedo</i>	270
I.	BASES TEÓRICAS DEL DERECHO DISCIPLINARIO.....	272
II.	DERECHO DISCIPLINARIO Y RELACIONES ESPECIALES DE SUJECCIÓN.....	276
III.	LÍMITES MATERIALES A LA POTESTAD DISCIPLINARIA CONSECUENCIA DE LA LEGALIDAD SANCIONADORA DISCIPLINARIA.....	282
IV.	LÍMITES PROCESALES A LA POTESTAD DISCIPLINARIA EMANADOS DEL DEBIDO PROCESO.....	292
V.	GARANTÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS Y CUMPLIMIENTO DE SUS DEBERES FUNCIONALES	295
VI.	LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN BUSCA DE LA EXCELENCIA	298
LA ILICITUD SUSTANCIAL DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO COMPARADO		
	<i>Diomedes Yate Chinome</i>	302
I.	DE LA PRIMERA DE LAS INQUIETUDES PLANTEADAS.....	303
II.	CONCLUSIÓN.....	310

EL DERECHO DISCIPLINARIO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS..... 312

Doctora María Clara Galvis

- I. EL DERECHO DISCIPLINARIO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS 313
- II. ESTÁNDARES Y REGLAS SOBRE DERECHO DISCIPLINARIO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA 316

MESA REDONDA

CUARTO EJE TEMÁTICO 324

Moderador: Carlos Humberto García Orrego

PATRICIA VILLASANA RANGEL. MÉXICO. 325

MARÍA CLARA GALVIS. 327

QUINTO EJE TEMÁTICO - VISIÓN TEORÉTICA DEL DERECHO

DISCIPLINARIO. PROBLEMÁTICAS ACTUALES

DEL INJUSTO PENAL AL ILÍCITO DISCIPLINARIO 330

Juan Carlos Novoa Buendía

- I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA 332
- II. ASPECTOS GENERALES DEL INJUSTO PENAL..... 332
- III. EL ILÍCITO DISCIPLINARIO 333
- IV. EL ILÍCITO DISCIPLINARIO:
¿HACIA UNA CONCEPCIÓN DUALISTA?..... 336

¿EXISTE FUERO DISCIPLINARIO MILITAR? 338

Jaime Mejía Ossman

- I. ¿QUÉ ES TENER FUERO? 340
- II. ¿CUÁL ES LA RAZÓN DE CONTAR CON UN FUERO
PARA EL PERSONAL MILITAR? 340
- III. ¿CUÁL ES LA EVOLUCIÓN DEL FUERO MILITAR EN COLOMBIA
DESDE EL ÁMBITO PURAMENTE NORMATIVO?..... 341
- IV. ¿QUÉ COMPRENDE EL FUERO MILITAR EN COLOMBIA? 342
- V. ¿ES NECESARIO APOYAR REALMENTE A NUESTRAS
FUERZAS MILITARES? 343
- VI. ¿QUÉ HACER ENTONCES? 345
- VII. ¿EXISTE UN FUERO DISCIPLINARIO MILITAR? 347

ACUMULACIÓN Y CONEXIDAD EN MATERIA DISCIPLINARIA, EVOLUCIÓN COMO INSTRUMENTO DE LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN.....	350
<i>Alfonso Cajiao Cabrera</i>	
I. ACUMULACIÓN Y CONEXIDAD	352
II. ¿HASTA CUÁNDO SE PUEDE DAR LA ACUMULACIÓN POR CONEXIDAD?.....	364
MESA REDONDA DEL QUINTO EJE TEMÁTICO	370
<i>Moderador: John Harvey Pinzón Navarrete</i>	
I. DEL INJUSTO PENAL AL ILÍCITO DISCIPLINARIO.....	372
II. «EL FUERO MILITAR DISCIPLINARIO»	374
SEXTO EJE TEMÁTICO - ASPECTOS DE PROCESALES	376
LA ACTIVIDAD PROBATORIA DISCIPLINARIA CON POSTERIORIDAD A LA LEY 1474 DE 2011	376
<i>José Omar Ortiz Peralta</i>	
I. REMISIÓN PARA LA PRÁCTICA PRUEBAS.....	378
II. MEDIOS TÉCNICOS COMO MEDIO DE PRUEBA.....	380
III. PRUEBA TRASLADADA	383
IV. TRÁMITE PROBATORIO EN EL PROCEDIMIENTO VERBAL	385

PRESENTACIÓN

Los fenómenos de la criminalidad que se presentan hoy tienen una dimensión universal que traspasa las fronteras de los Estados y que ponen en riesgo su viabilidad e institucionalidad. Una de estas modalidades se presenta a través de la corrupción, que afecta de manera sustancial el sector público, con una alta complicidad del privado. Dentro de este contexto, la Procuraduría General de la Nación, como órgano rector del Ministerio Público, y por ende la encargada de la vigilancia de la conducta oficial de los servidores públicos y del cuidado de los bienes y patrimonio público, así como de la protección de los derechos humanos, ha programado el primer Congreso Internacional de Derecho Disciplinario, con el objeto de conocer los principales instrumentos con que cuentan los países latinoamericanos para la lucha contra la corrupción, compartir experiencias exitosas y de esta forma generar gestión del conocimiento existente en la materia.

Se pretende con este primer Congreso Internacional dar a conocer las principales instituciones y herramientas con que cuentan los países latinoamericanos, partiendo de los ordenamientos para el control de las actuaciones de los servidores públicos, aprovechando la ocasión para dar a conocer la doctrina de la Procuraduría General de la Nación, presentar el análisis de las principales tendencias jurisprudenciales que en torno a la materia se han generado.

El Instituto de Estudios del Ministerio Público, como unidad de capacitación del Ministerio Público, aprovecha la oportunidad para fortalecer su estrategia de internacionalización, vinculando a profesores de reconocido mérito académico en el ámbito latinoamericano y a los más reconocidos juristas, directivos del Estado y doctrinantes nacionales para crear un escenario de divulgación y confrontación de tesis en torno al derecho disciplinario y de regímenes de control de las actuaciones de quienes prestan sus servicios a la función pública.

Carlos Humberto García O.

Jefe División de Capacitación IEM

SALUDO DE BIENVENIDA

Importante cita la que tenemos en el día de hoy para dar alcance a una ilusión que empezó hace un año; el poder institucionalizar estos encuentros internacionales sobre un tema tan vital y tan vertebral en los ejes de la Procuraduría General de la Nación como es el derecho disciplinario. Este evento es importante por la experiencia de otros países que en este tema han tenido, por los connotados conferencistas que nos acompañan y por esta selecta audiencia, cultora y respetuosa de las labores disciplinarias en Colombia.

Más que registrar la importancia del evento, quisiera aprovechar en esta pequeña bienvenida del Instituto de Estudios del Ministerio Público, dar dos significados de mucha trascendencia; primero, este evento hay que entenderlo dentro de la estrategia de consolidar al Instituto de Estudios del Ministerio Público como un centro de pensamiento en materia disciplinaria, alentados y orientados por nuestro presidente del Consejo Académico, el señor Procurador General de la Nación, tenemos una masa crítica incorporada a nuestra red de formadores e investigadores conocedores del tema disciplinario, son personas que están dando aportes a un centro de pensamiento a través de constantes artículos, escritos en las diferentes revistas del Instituto de Estudios. Segundo, hemos seguido posicionando, a nivel interno y externo, el análisis crítico sobre todos estos temas de derecho disciplinario.

Ustedes saben también que los centros de pensamiento se preocupan por sugerir políticas públicas y en eso también está el Instituto de Estudios, de la mano de sus formadores e investigadores. Hoy, el Instituto cuenta con tres publicaciones, nuestra tradicional *Innova*, que es la trimestral de noticias y artículos sobre diferentes temas; otra revista que está próxima a ser certificada por Colciencias, llamada *Rostros y Rastros*, que trata sobre temas de derechos humanos, cuestiones penales, etcéteraétera y por último, pero no menos importante, la obra *Reflexiones Académicas*, la cual se publica de manera semestral, desarrollando diversos temas relacionados con la contratación estatal y el derecho disciplinario.

Dentro de los análisis que competen a los centros de pensamiento, también hacemos los estudios de derecho comparado, conocemos las experiencias de otros países, las tendencias sobre estas materias, recordemos que el derecho es muy dinámico, que las problemáticas están evolucionando todos los días y que los cambios que ha tenido el derecho disciplinario, por ejemplo la Ley 201 de 1995, siempre han estado muy de cerca a regulaciones sobre anticorrupción, que en este momento la volvemos a tener con la Ley 1474 de 2011. Igualmente, se

ha presentado el gran debate de hasta dónde llega la independencia del derecho disciplinario, su autonomía y su injerencia con otros derechos en el marco del ordenamiento jurídico Colombiano. Se ha creado toda una cultura del derecho disciplinario a través de sanciones ejemplarizantes, de acuerdo con el tipo de faltas que cometen los servidores públicos, con miras a crear toda una cultura anticorrupción; una cultura de buen ciudadano Colombiano, la cual si se cumple con todos esos principios, todos esos deberes, toda esa conceptualización, no hay que llegar a esas horas a veces tan difíciles, tan dolorosas de las sanciones disciplinarias.

Por último, también debo decirles que hacen parte de esa filosofía del centro de pensamiento, las publicaciones a las cuales me referí y sea esta la oportunidad de invitarlos nuevamente para que sigan allegando artículos de la mejor calidad y actualidad. Qué honor para el Instituto y qué honor para la Procuraduría y para el resto de entidades que nuestros formadores poco a poco estén incursionando como escritores de alto nivel. Es muy raro encontrar dentro del Estado Colombiano una entidad como la Procuraduría General de la Nación que se da el lujo de contar dentro de sus funcionarios y dentro de la red de formadores e investigadores, con personas de las altas calidades y trayectoria en el campo del conocimiento, lo que consolida al Instituto como un centro del pensamiento en materia disciplinaria, y que propende por que cada día el derecho disciplinario adquiera mayor autonomía, mayor nombre y apellido, mayor presencia y prestancia en el ordenamiento jurídico Colombiano, a través de las doctrinas, estudios, jurisprudencia, aportes de conocedores en esta materia, toda vez que este derecho tiene una gran perspectiva y un recorrido importante en el país; aunque todavía nos falta mucho.

La otra cuestión que también quería comentarles es que todas estas acciones están enmarcadas en un estudio en el cual estamos empeñados y en el que algunos de ustedes están participando; en el estudio de prospectiva de la Procuraduría 2030; estamos hilando largo, hablando a 18 años, cuando la Procuraduría General de la Nación cumpla 200 años y esa clase de aportes y de contribuciones son las que competen a dirigentes, a líderes como los que tenemos en la Procuraduría, como lo es el señor Procurador, quien no es funcionario de pensar en próximos meses o en pocos años, porque él piensa que las Instituciones hay que proyectarlas y por ende adelantarnos al mandato de los tiempos.

Entonces, dentro de ese enfoque de prospectiva tiene sentido todo esto que estamos hablando y que estamos tratando de hacer con su concurso en materia disciplinaria, al igual que la evaluación de impacto de las acciones del Instituto de Estudios del Ministerio Público en el cuatrienio Ordóñez, para mostrar cómo

este tiempo ha sido muy productivo y para demostrarlo contratamos a la Universidad Nacional, que es experta en todos estos temas de evaluación de impacto, para que de acuerdo con una metodología rigurosa, nos diga exactamente qué tanto han impactado en la sociedad Colombiana las acciones del Instituto y al tiempo aprovecharlas para reorientar algunas cosas que sean susceptibles de mejoramiento.

Finalmente, señor Procurador y aprovechando la ocasión, quisiera compartirle un logro de su administración conseguido el día de ayer en el marco del encuentro internacional de cooperativas en Cartagena. La Confederación Cooperativa Italiana concedió un reconocimiento a la labor de la Procuraduría General de la Nación y el Instituto de Estudios del Ministerio Público y entregó el emblema del cooperativismo Italiano. No ha pasado inadvertido este tipo de actividades sobre política pública que Usted tanto nos ha insistido en las acciones que debe tener el Instituto de Estudios. Estos son estudios no solamente para el país sino que están teniendo connotaciones internacionales en las políticas públicas de otros países americanos y ya empiezan a ser reconocidos por esta confederación que tiene tanta tradición en Italia, en Europa. Felicitaciones señor Procurador, Usted es el gestor de todos estos reconocimientos y ojalá el preludio de esa buena noticia lo sea también de unas muy próximas que llegarán en días cercanos, gracias a su gestión para la Procuraduría y para el país.

Muchas gracias.

CHRISTIAN JOSÉ MORA PADILLA

DIRECTOR DEL INSTITUTO DE ESTUDIOS DEL MINISTERIO PÚBLICO

PRIMER EJE TEMÁTICO

Política disciplinaria y ética pública

ÉTICA PÚBLICA

ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO

Procurador General de la Nación

Permítaseme cumplir en esta presentación el rito de instalación y alguna reflexión que me corresponde hacer dentro de este primer eje temático. Este foro, este seminario, este Congreso Internacional de Derecho Disciplinario constituye, como lo refería el doctor Christian Mora, un hito muy importante dentro del cumplimiento de nuestras funciones con el Instituto, tiene que ver secuencialmente con la cualificación, no solo de nuestros funcionarios sino de los diversos órganos estatales que se dedican a la labor disciplinaria, en cumplimiento del control disciplinario, también con abogados litigantes que acuden en representación de los funcionarios públicos para plasmar y defender los derechos de las personas que eventualmente se encuentran vinculadas procesalmente a las actuaciones disciplinarias, por eso es muy satisfactorio generar estos escenarios, es nuestro deber, nuestra obligación. Indudablemente, ofrece muchos frutos, frutos que se observan en una mayor confiabilidad en nuestra institucionalidad, ya que fortalecen la institucionalidad en la medida en que el cumplimiento de la función disciplinaria esté enmarcada dentro de los valores constitucionales, eso quiere decir, en la medida en que encarne el debido proceso, el derecho a la defensa, el respeto a la legalidad; en esa medida genera confianza, genera tranquilidad, porque a la función disciplinaria no se le debe temer, no puede convertirse en un instrumento para perseguir a nadie pero tampoco para generar impunidad, porque esos son los riesgos que se tienen cuando se ostentan las competencias que nosotros poseemos, y no hay nada más deslegitimador de la institucionalidad que los organismos de control pierdan su rumbo, se desborden o se caricaturicen; eso le hace perder confianza al ciudadano, no frente a los órganos de control sino frente al Estado mismo, y en últimas, eso afecta nuestro sistema político, nuestro sistema jurídico y le estaríamos prestando un precario servicio a la sociedad.

Ya hay suficientes factores de deterioro, de incredulidad, de desconfianza, para agregar uno más, porque nuestra función, casi que nuestra sagrada función tiene o se convierte en un instrumento legitimador del ordenamiento jurídico; no hay nada más peligroso que una autoridad sin control, pero no hay nada más nefasto que un control politizado, que un control instrumentalizado; para eso, desde luego, se debe tener carácter, independencia, ponderación y cualificación, conocimiento; no basta con la buena voluntad, es requisito indispensable la competencia, la transparencia, la objetividad.

Entonces, es muy satisfactorio para la Procuraduría y personalmente como jefe del Ministerio Público instalar este Congreso, también por la calificación de los expositores; no hay uno solo de los conferenciantes que no sea autoridad en la materia, tanto nacional como internacionalmente. Encontramos funcionarios públicos, funcionarios vinculados a la Procuraduría, a otras entidades, exfuncionarios, tratadistas; todos los ejes temáticos son de trascendental importancia; la política disciplinaria y la ética pública; el control de legalidad; los derechos humanos y el derecho disciplinario; el derecho comparado; la visión teórica del derecho disciplinario - problemáticas actuales; el procedimiento disciplinario. Yo, sinceramente, no había visto un seminario de derecho disciplinario donde se tocara su universo y con un auditorio tan calificado.

Ustedes permanentemente están ejerciendo la función disciplinaria, entonces, no solamente por la autoridad de los expositores sino por la autoridad del auditorio, aquí nadie puede venir a improvisar porque se corre el riesgo de hacer el ridículo; porque ustedes no se van a dejar meter los dedos a la boca. Se tocarán los más variados temas; es un delicioso foro intelectual, un escenario académico inigualable, con representantes de las más variadas escuelas, lo que garantiza controversia y discusión. No le podemos tener miedo a la discusión, a la controversia, de eso se trata, con el debido respeto y con la seriedad científica y académica.

Como yo he sufrido la intolerancia, entonces soy un defensor de que exista la pluralidad, que no sea uniforme, porque sería antitético hablar de la pluralidad uniforme, de la cual muchos hoy hacen la apología. Hace pocos días masacraron a una Procuradora Delegada que aspiraba a ser magistrada de la Corte Constitucional, por el terrible delito de no pensar como otros quieren que piense, es decir porque se hace la apología de la pluralidad uniforme. Nosotros somos partidarios de una pluralidad que no sea uniforme, de que haya distinciones para que la controversia, y este Congreso va a ser un ejemplo de ello, porque plasma distintos representantes y escuelas.

Ustedes conocen muy bien cómo el derecho disciplinario o el poder disciplinario es una garantía de la función pública; encontramos allí deberes, obligaciones, prohibiciones, régimen de incompatibilidades, de inhabilidades, conflicto de intereses, y en últimas, ello es lo que está protegiendo, si se quiere, los valores y principios que están, que son rectores de la función pública, que se encuentran en nuestro mismo ordenamiento constitucional, como los principios de transparencia, moralidad, honradez, lealtad, imparcialidad, objetividad y saben ustedes muy bien que ellos tienen como propósito lograr el buen funcionamiento del Estado, y en el cumplimiento de los fines públicos viene a ser el derecho disciplinario un instrumento para garantizarlo, que se convierte hoy en un instrumento eficaz contra

el flagelo de la corrupción entendida, como los clásicos la hubieron entendido, como el sacrificio del interés general por el interés particular, la prevalencia del interés particular sobre el interés general. El incumplimiento de las funciones y los deberes públicos tiene como consecuencia ese sacrificio del interés general. Y si hoy algo deslegitima a los ordenamientos jurídicos y políticos es precisamente la corrupción, una especie de creciente avalancha que va destruyendo confianza, credibilidad e institucionalidad. Lograr recuperar la institucionalidad construida en años, en siglos, no es tarea fácil; destruirla sí lo es.

Lo que Colombia tenía de estabilidad política y digamos que tiene, aunque hoy bastante cuestionada y que era un referente para Hispanoamérica, precisamente era la institucionalidad; analicen todos los escenarios políticos regionales y encontrarán que en Colombia sobresale, porque ello es característico o ha sido característico en nuestra historia política, la fortaleza institucional.

Dilapidar la institucionalidad es muy sencillo, construirla como hemos logrado los Colombianos es muy difícil, de ahí la importancia que se tiene y la función que desempeñan instituciones como la nuestra. Por eso, nosotros tenemos que ser relegitimadores cuando existan amenazas deslegitimadoras, eso es como un reto, como un compromiso que está ahí en la institucionalidad, que está ahí en nuestra historia. No en vano Simón Bolívar cuando pergeñó la creación del cuarto poder, hablaba de un órgano con independencia y con autoridad que garantizara las costumbres públicas, y eso está en el ADN, puede que no con las mismas palabras, pero está en el ADN del poder disciplinario, del poder moral.

No necesitamos hacer esfuerzos dialécticos para demostrar que el primer reto que tiene Colombia, que tiene la sociedad Colombiana es el combate contra la corrupción. Tirios y Troyanos, Moros y Aceitunos, todos estamos de acuerdo, pensemos lo que pensemos, en esta necesaria pluralidad que no puede ser uniforme, estamos de acuerdo en ello, en el combate contra la corrupción, y hay desde luego dos niveles y yo, esto lo he repetido a hora y a deshora, a tiempo y a destiempo, con prudencia y con imprudencia, hasta la saciedad, por todos los rincones, y me he ganado varios coscorriones, pero con franciscana resignación los he soportado; no he admitido la corrección porque sé que no estoy en ningún error, porque más vale estar en la soledad que coincidir en el error, he dicho que hay dos niveles y que no basta con el instrumento político, jurídico sancionatorio, que es importante lo que hacemos en la función disciplinaria; que es menester actuar pronta y cumplidamente; que es menester dar frutos inmediatos; que es menester obtener esos frutos inmediatos, me refiero a sanciones en tiempos reales, cuando todavía los funcionarios estén ahí, ejerciendo sus funciones, porque también es cierto que no hay nada más desolador que pasen los días, que pasen los años, que terminen los períodos y que la ciudadanía

encuentre que su queja o que tal acto escandaloso no fue dignamente sancionado; entonces es un deber nuestro, jurídico, ético, político, actuar pronta y cumplidamente, en tiempos reales, claro, y de allí se ejerce una pedagogía dirigida al ciudadano, porque eso le confiere al ciudadano confianza, una pedagogía que le indique que sus instituciones todavía funcionan, que se ha de tener confianza en ellas y una pedagogía a los corruptos para que entiendan que por lo menos corren riesgos, que no pueden contar con la impunidad en sus planes criminales, eso se entiende que se debe hacer a través del instrumento disciplinario y de los procesos verbales, creo que nosotros hemos dado ejemplo en eso, nos podremos haber equivocado, cometido errores, eso se presta a todas las suspicacias que ustedes quieran, pero hemos sido ejemplo; el otro día cuando le pedí a algún funcionario de la Procuraduría que hiciéramos una información estadística, entre otras cosas para tener insumos cuando empezaran los escarceos mediáticos, en el 2009, el primer año no tramitamos una decena de procesos verbales; en 2010 fueron doscientos, en 2011 fueron doscientos cincuenta y en 2012 más de 600; eso es actuar pronta y cumplidamente y desde luego, siendo profundamente respetuosos del derecho de la defensa y del debido proceso; es utilizar el derecho disciplinario como un instrumento para combatir la corrupción.

Lo hemos dicho, lo hemos repetido, es necesario pero no es suficiente y hay un tema que le compete a la sociedad y que no es, como vuelvo y repito, un instrumento estrictamente jurídico, es de carácter cultural; la sociedad también debe estar muy comprometida en ello, porque, no nos digamos mentiras, aquí hay un paradigma cultural subyacente que es el motor, digamos que es la locomotora de la corrupción, por traer una figura muy conocida en la esfera política y administrativa; es esa locomotora un paradigma del cual se cree, muchas personas pretenden que la función pública es la ocasión para el beneficio personal y se pretende que la autoridad sea para servirme de y no para servir.

En un viejo texto de ciencia política, medieval, no digo el autor para que no me pulvericen y me digan que soy un confesional irredimible, que se llama *El régimen de los príncipes*, el gobierno de los príncipes, dice que la función de la autoridad *regnare et servire*, ejercer la autoridad es servir, servir al bien común y no servirse de, y la desnaturalización de la función pública, el incumplimiento del deber y de la función es precisamente eso, la pretensión de que la función es una ocasión para servirme de ella, esa es la corrupción, póngase en el escenario económico, en el escenario contractual, en cualquier escenario funcional, y esa es la corrupción, un paradigma desafortunado que se ha acrecentado.

Los partidos políticos, la sociedad civil, la Iglesia, los medios de comunicación, en fin todos si se quiere, debemos suscitar un movimiento cultural que logre permear las conductas individuales, porque esa demolición, ese ácido arsénico que diariamente

le echan a los valores y principios sobre los cuales tradicionalmente se construyó nuestra civilidad, institucionalidad y nuestra cultura tiene como frutos esa especie de anorexia axiológica, por llamarlo de alguna manera. No sé qué quiere decir pero me suena bonito y ustedes comprenden la idea; qué quiere decir esa anorexia axiológica, claro, ese ácido arsénico... si todos los días someten a nuestra juventud a ver la vida del gran capo y de ahí para atrás todas las que ustedes quieran, de todas las cadenas para ser muy democrático en eso, entonces, desde luego, eso tiene sus frutos y los estamos recogiendo, no nos digamos mentiras.

Termino con una especie de reflexión: Esta mañana cuando me levanté a tratar de ordenar estas ideas recordé que en algún momento había leído un texto y gracias a Dios lo encontré, no obstante el desorden que normalmente existe en las bibliotecas; es un texto de un autor muy poco conocido, Pocock, James Pocock, el texto es *el momento de Maquiavelo, el pensamiento político Florentino y la tradición republicana Atlántica*, es de editorial Tecno de Madrid, y es citado por una autora Argentina pero que vive en Colombia, la doctora Liliana Irisar, en *El humanismo cívico*, dice así: “La ley y la corrupción. La corrupción surge inicialmente como un proceso generalizado de declive moral cuyos inicios resultan difíciles de anticipar y su progreso en el tiempo casi imposible de resistir [...]”, el orden constitucional, ahora que tantas cosas se habla acerca de una constituyente, pero no quiero derivar en ello, porque la solución a estos temas no es modificando leyes ni constituciones; otro problema que es subyacente al problema jurídico es el moral, el problema ético que no se cambia con una ley y menos con una Constitución.

Dentro de quince años estaremos con los mismos problemas más agudizados. Las razones en las cuales se justificó la Asamblea Nacional Constituyente del 91 fueron las mismas que hoy se aducen, entonces uno está de acuerdo con toda la justificación que hacen, pero la solución no es esa, pasa lo mismo, que cuando leemos una sentencia y estamos de acuerdo con la parte motiva pero no con la resolutive, “la corrupción surge inicialmente como un proceso generalizado de declive moral cuyos inicios resultan difíciles de anticipar y su progreso en el tiempo casi imposible de resistir, el orden constitucional está enraizado en el orden moral y es justamente el orden moral el que la corrupción afecta (así como los pescados que se empiezan a pudrir por la cabeza), por un lado pues no puede haber bone orden, es decir buena ley, sin bone costumbre, es decir buenas costumbres, pero una vez que las bone costumbre, que las buenas costumbres se hayan perdido, las posibilidades de que las buenas leyes por si solas tengan éxito en restaurar aquellas es una utopía”.

Muchas gracias.

BUENAS PRÁCTICAS, ÉTICA Y DERECHO DISCIPLINARIO

GUSTAVO QUINTERO NAVAS *

** Abogado de la Universidad Santo Tomás. Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia. Magíster (D. E. A.) y doctor en Derecho Público Interno de la Universidad de Nantes (Francia). Profesor Asociado de la Universidad de los Andes (Bogotá, Colombia). El autor agradece la valiosa colaboración del abogado de la Universidad Nacional de Colombia, Sebastián Camilo Moreno Guerrero, en esta investigación.*



I. INTRODUCCIÓN

Percibir y evaluar el desempeño de la administración pública en sus múltiples actividades, a la hora de satisfacer las necesidades básicas de las personas, de garantizar sus derechos individuales y colectivos, y, por ende, de justificar su existencia en el marco de un Estado Social de Derecho¹, no necesita de muchas elucubraciones teóricas, ni siquiera se requiere ser un profesional en determinada área del conocimiento. Basta simplemente con ejercer como ciudadano o habitante del territorio nacional las actividades propias del cotidiano vivir, en las que siempre está involucrado el Estado.

En ese sentido, transitar por una carretera agrietada y en evidente descuido, advertir la demora de algunas entidades al resolver un derecho de petición, padecer los trámites a los que son sometidos los usuarios de las entidades promotoras de salud para la prestación del servicio, notar el atraso en la construcción de obras públicas, leer, mirar o escuchar los diversos medios de comunicación denunciando diariamente nuevos casos de corrupción de funcionarios públicos; estos y muchos otros son síntomas de distorsión entre los postulados de la buena administración que expresan nuestras normas jurídicas y la realidad.

Sin embargo, las malas prácticas de la administración pública no pueden imputársele únicamente a ella, negando un trasfondo cultural orientado al engaño y a la corrupción, y en la mayoría de los casos, al desconocimiento y a la ignorancia de los derechos, pero sobre todo, de las obligaciones que conlleva vivir en sociedad.

Frente a este Estado de cosas, el derecho ha concebido diversas herramientas que procuran mantener el adecuado funcionamiento de la administración. Dentro de ellas se encuentra el derecho disciplinario, que en la jurisprudencia de la Corte Constitucional se entiende como un instrumento esencial para la organización estatal, en la medida en que está orientado a *“asegurar el cumplimiento de los principios que regulan el ejercicio de la función pública, como lo son los de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (C. P. artículo 209)”*².

¹ Respecto al concepto de administración pública, ver: SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. “Tratado de Derecho Administrativo”. Tomo I – Introducción. Universidad Externado de Colombia. 3ª Ed. Bogotá D. C. 2003, p. 32-47. Igualmente, consultar: MONTAÑA PLATA, Alberto. “Fundamentos de Derecho Administrativo”. 1ª ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá D. C. 2010, pp. 60-85.

² Corte Constitucional. Sentencia C-818 de 2005. M. P. Rodrigo Escobar Gil.

Es claro entonces que el derecho disciplinario, como arista del derecho administrativo sancionador, debe encaminarse a que el personal que sirve a la administración actúe adecuadamente, dentro de los cauces de los principios y deberes constitucionales que tienen las entidades públicas. Solo en el cumplimiento de ese cometido se justifica la actuación disciplinaria.

En ese orden de ideas, este escrito pretende ofrecer una serie de reflexiones sobre el derrotero que ha seguido nuestro derecho disciplinario en aras de efectuar su labor preventiva y correctiva frente al personal de la administración, y la sintonía que esta tiene para con la calidad de las actividades de la administración.

En ese sentido, nuestra propuesta parte del planteamiento que ha surgido en el derecho comparado sobre el derecho al “buen gobierno” o a la “buena administración” a partir de la manifestación de la denominada “Declaración del Milenio”, proferida en el seno de la Organización de Naciones Unidas; de la expedición de la Carta Europea de Derechos Humanos y, entre nosotros, del Código Iberoamericano de Buen gobierno.

Luego, nos aproximamos a lo que entendemos por buen gobierno en el derecho Colombiano, esbozamos la participación que debería tener tanto el servidor del Estado como el ciudadano del común en el entendimiento de las buenas prácticas administrativas, y finalizamos con alguna serie de planteamientos que, desde el derecho disciplinario, proponemos para armonizarlo con el concepto de buena administración.

II. EL DERECHO AL BUEN GOBIERNO O A LA BUENA ADMINISTRACIÓN

I. CONCEPTO

Bajo los cambios sociales, políticos y económicos que se han presentado en los últimos años, y en el contexto propio de un Estado Social de Derecho, la administración pública ha modificado sustancialmente sus roles, abandonando concepciones pretéritas sobre el papel del Estado respecto de sus ciudadanos³. Es así como la función de la administración ha cambiado y se ha extendido por fuera de ciertos límites que eran insospechados hace un siglo. En ese sentido, ha manifestado nuestro Tribunal Constitucional:

³ Consultar: RESTREPO MEDINA, Manuel Alberto. “La respuesta del derecho administrativo a las transformaciones recientes del Estado Social de Derecho”. En RESTREPO MEDINA, Manuel Alberto (ed.) “El Derecho Administrativo en los Albores del Siglo XX”. Universidad del Rosario. Facultad de Jurisprudencia. Bogotá D. C. 2007, pp. 37-55.

“Ciertamente, la adopción de la fórmula “Social de Derecho” implicó la transformación del antiguo modelo reducido de Estado, propio del liberalismo clásico, para dar paso a una estructura político administrativa mucho más compleja, promotora y responsable de toda una dinámica social dirigida hacia la satisfacción de las necesidades básicas de la población en campos como los de la salud, la vivienda, el trabajo, la educación, la alimentación, la seguridad, etcétera, satisfacción de necesidades concebida ahora como derecho de cada cual y no como mera beneficencia. Este cambio de perspectiva significó la ampliación del concepto de función ejecutiva, es decir, un aumento de la actividad de la Administración, al cual correspondió el crecimiento de su estructura orgánica que se vio ampliada con nuevas formas de entidades públicas”⁴.

La inclusión del Estado Social de Derecho como fórmula definitoria de toda la administración pública conlleva a que también se haya sufrido una sustancial transformación del enfoque de la disciplina jurídico-administrativa. Aquí, el ciudadano adquiere un rol protagónico, así como lo expone el profesor Rodríguez-Arana:

“El Derecho Administrativo moderno parte de la consideración central de la persona y de una concepción abierta y complementaria del interés general. Los ciudadanos ya no son sujetos inertes que reciben, única y exclusivamente, bienes y servicios públicos del poder. Ahora, por [...] su inserción en el Estado social y democrático de Derecho, [...] deben convertirse en actores principales de la definición y evaluación de las diferentes políticas públicas. El interés general ya no es un concepto que define unilateralmente la Administración sino que ahora, en un Estado que se define como social y democrático de Derecho, debe determinarse, tal y como ha señalado el Tribunal Constitucional en una sentencia de 7 de febrero de 1984, a través de una acción articulada entre los poderes públicos y los agentes sociales. En efecto, el interés general, que es el interés de toda la sociedad, de todos los integrantes de la sociedad, ya no es patrimonializado por el poder público, ya no puede ser objeto de definición unilateral por la Administración. Ahora, como consecuencia de la proyección de la directriz participación, el interés general ha de abrirse a la pluralidad de manera que el espacio público pueda ser administrado y gestionado teniendo presente la multiforme y variada conformación social”⁵.

⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-736 de 2007. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁵ RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. “El derecho fundamental a la buena administración en el marco de la lucha contra la corrupción”. En página web: http://derecho.posgrado.unam.mx/congresos/ConIbeConMexDA/pony_prog/JaimeRodriguezArana.pdf. P. 6. (consultada el 17-ago-2012).

Es entonces cuando a las entidades públicas, además de exigírseles acciones cuya obligatoriedad proviene directamente de la Constitución, también se le compete a prestar sus servicios bajo estándares de calidad. Ello no puede permitir que se caiga en la confusión de comparar la actividad del Estado con la que realizan las organizaciones de carácter privado, sino que parte de una serie de procesos de reforma y modernización en los que se pretende conseguir que la administración pública sea más eficaz y eficiente⁶. En este modelo los administrados deben ser actores de la organización pública que les otorga su legitimidad. A mayor participación e inclusión de la sociedad en las decisiones de la administración, mayor legitimidad institucional:

“Si la consecución de la legitimidad es adoptada como presupuesto de actuación por los dirigentes políticos como presupuesto de actuación por los dirigentes políticos y administrativos, se requerirá poner más énfasis en los efectos de la acción pública desde la perspectiva del logro de la inclusión, la participación e integración sociales, que en buscar el logro de la eficacia o la eficiencia por sí misma”⁷.

Ello supone una nueva cultura de la gestión pública “*en la que las relaciones entre los poderes públicos y los ciudadanos se alejen del Corte autoritario y de plena subordinación de etapas anteriores para pasar a una relación más fluida, flexible, y mucho más cercana*”⁸ que como hemos dicho, no se trata de equiparar a la administración con las entidades privadas porque “*una cosa es aproximar a la administración, hacerla más participativa, facilitar el ejercicio de derechos y cumplimiento de las obligaciones de los ciudadanos [...] y otra muy distinta (es) pretender igualar la posición jurídica de los ciudadanos y la administración*”⁹.

En este contexto, surge el planteamiento del derecho al buen gobierno o a la buena administración, que en principio no se encierra en un único concepto, sino que, como lo afirma Nevado-Batalla Moreno “*se configuraría por el momento como un concepto síntesis que agruparía toda una serie de derechos (y deberes) reconocidos de manera dispers*”¹⁰. Así, el principio de legalidad del cual se des-

⁶ NEVADO-BATALLA MORENO, Pedro T. “Legalidad y buena administración. Garantías del ciudadano frente a la corrupción y las malas prácticas en la gestión pública”. Pontificia Universidad Javeriana - Grupo Editorial Ibáñez. Colección Internacional No. 19. Bogotá D.C. 2009, pp. 26-27.

⁷ SÁEZ ARENILLA, Manuel. “Crisis y reforma de la administración pública”. Netbiblo. Madrid. 2011, p. 107.

⁸ NEVADO-BATALLA MORENO. Ob.cit. pp. 26-27.

⁹ Ibíd.

¹⁰ Ibíd. p. 28.

prenden otras tantas garantías, el derecho/deber de participación, la responsabilidad del Estado, el principio de equidad, el principio/deber de transparencia, la posibilidad real y efectiva de encontrar consenso, la eficacia y la eficiencia, el debido proceso administrativo, entre otros, integran el universo de postulados que componen una buena administración.

No obstante, sin demeritar la noción ofrecida anteriormente, el Código Iberoamericano del Buen gobierno adoptado el 23 de junio de 2006 en la ciudad de Montevideo¹¹, asume que “buen gobierno” es *“aquel que busca y promueve el interés general, la participación ciudadana, la equidad, la inclusión social y la lucha contra la pobreza, respetando todos los derechos humanos, los valores y procedimientos de la democracia y el Estado de Derecho”*¹².

En este punto, es importante señalar que el derecho a un buen gobierno se ha concebido como un complemento imprescindible para los Estados que pretendan la defensa de los derechos fundamentales de quienes habitan su territorio. La Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, explica la relación entre buen gobierno y derechos humanos de la siguiente manera:

“La buena gobernanza y los derechos humanos se refuerzan entre sí. Los principios de derechos humanos proporcionan un conjunto de valores que orientan la labor de los gobiernos y de otros agentes políticos y sociales. Además, ofrecen un conjunto de pautas de actuación respecto de las cuales deben rendir cuentas esos agentes. Por otro lado, los principios de derechos humanos informan el contenido de las actividades en materia de buen gobierno: pueden instruir para la elaboración de marcos legislativos, políticas, programas, asignaciones presupuestarias y otras medidas. Sin embargo, si no hay una buena gobernanza, los derechos humanos no pueden ser respetados y protegidos de manera sostenible. La aplicación efectiva de los derechos humanos depende de que exista un entorno propicio y favorecedor. Ello incluye la existencia de instituciones y marcos jurídicos apropiados, así como de procesos políticos, administrativos y de gestión responsables de atender y satisfacer los derechos y las necesidades de la población”¹³.

¹¹ Por Colombia, participó Fernando Grillo Rubiano, Director Administrativo de la Función Pública.

¹² Código Iberoamericano para el Buen gobierno. Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD) Capítulo I. Punto no. 4. En página web: http://www.clad.org/formacion/documentos/declaraciones/codi_goiber.pdf (consultada el 17-ago-2012)

¹³ Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. “Prácticas de Buen gobierno Para La Protección De Los Derechos Humano”. Ginebra, 2008, p. 1. Publicación disponible en página web: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GoodGovernance.pdf>

2. CONSAGRACIÓN A NIVEL INTERNACIONAL

Como hemos afirmado, el planteamiento del derecho a una buena administración proviene de una serie de manifestaciones que varios organismos multilaterales han efectuado, con el objetivo de establecer las bases que fijen el derrotero para las administraciones públicas internas, y además para que los Estados adquieran compromisos políticos serios que mejoren las condiciones de vida de los habitantes de sus respectivos territorios, pese a que la mayoría de estas herramientas no se consideran elevadas a la categoría de verdaderos tratados internacionales.

A partir de la enunciación de los siguientes instrumentos, queremos destacar el alcance que en distintos niveles jurídicos ha tenido el derecho a la buena administración que hemos venido comentando y que sin duda integran las obligaciones de una administración pública que está sometida al cambio constante bajo el enfoque central de la defensa y promoción de los derechos ciudadanos.

2.1. Carta de derechos humanos de la unión europea – artículo 41 (2000)

Mediante este instrumento, aprobado en Niza el 7 de diciembre del año 2000, se adoptó el derecho “a una buena administración” como un derecho subjetivo y fundamental¹⁴, calificativo que denota su trascendencia en el ordenamiento jurídico continental-europeo. Sobre su importancia, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de primera instancia considera que el derecho en comento “*forma parte de los principios generales del Estado de Derecho comunes a las tradiciones constitucionales de los Estados miembro*”¹⁵, y la doctrina comprende la calificación de “fundamenta” a partir del cambio de concepción de la administración pública, donde el ciudadano asume un papel central:

“En efecto, el ciudadano es ahora, no sujeto pasivo, receptor mecánico de servicios y bienes públicos, sino sujeto activo, protagonista, persona en su más cabal expre-

nance_sp.pdf (consultada el 25-ago-2012)

¹⁴ Sobre el origen, contenido y naturaleza del derecho a una buena administración en el ámbito de la Unión Europea, consultar: NIETO GARRIDO, Eva. “Administración Europea y Derechos Fundamentales: Los derechos a una buena administración, de acceso a los documentos y a la protección de datos de carácter persona” En: NIETO GARRIDO, Eva y MARTÍN DELGADO, Isaac. “Derecho administrativo europeo en el Tratado de Lisboa”. Capítulo Segundo. Marcial Pons. Madrid, 2010, pp. 55-68.

¹⁵ TRIBUNAL EUROPEO DE PRIMERA INSTANCIA. Sala Segunda Ampliada. Sentencia de 30 de enero de 2002. Asunto T-54/99. Demandante: max.mobil Telekommunikation Service GmbH. Demandado: Comisión de las Comunidades Europeas.

sión, y, por ello, aspira a tener una participación destacada en la configuración de los intereses generales porque estos se definen, en el Estado social y democrático de Derecho, a partir de una adecuada e integrada concertación entre los poderes públicos y la sociedad articulada. Los ciudadanos, en otras palabras, tenemos derecho a que la gestión de los intereses públicos se realice de manera acorde al libre desarrollo solidario de las personas. Por eso es un derecho fundamental de la persona, porque la persona en cuanto tal requiere que lo público, que el espacio de lo general, esté atendido de forma y manera que le permita realizarse, en su dimensión de libertad solidaria, como persona humana desde diferentes dimensiones”¹⁶.

El artículo 41 de la Carta señala textualmente:

“Artículo 41

Derecho a una buena administración

1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable.

2. Este derecho incluye en particular:

- *el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente,*

- *el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial,*

- *la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones.*

Toda persona tiene derecho a la reparación por la comunidad de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los derechos de los Estados miembros.

4. Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los tratados y deberá recibir una contestación en esa misma lengua”.

Como puede verse, la formulación del derecho a una buena administración no es única sino que es el conjunto de varios derechos que sustentan la actividad del Estado moderno y que, acudiendo a la expresión del profesor Nevado-Batalla Moreno, es “servidor de los ciudadanos y escudo de las libertades”¹⁷.

¹⁶ ARANA-RODRÍGUEZ, Ob.cit. p. 19.

¹⁷ NEVADO-BATALLA. Ob.cit. p. 56.

2.2. Declaración del Milenio de la Organización de Naciones Unidas – Capítulo V (2000)

El 8 de septiembre de 2000, a través de la denominada “*Declaración del Milenio*”¹⁸ aprobada mediante Resolución A/Res./55/2, fundamentada expresamente en los propósitos y principios de la Carta de Naciones Unidas y en el respeto a los valores de libertad, igualdad, solidaridad, tolerancia, respeto por los recursos naturales y responsabilidad común de los Estados, señaló dentro de sus objetivos impulsar los derechos humanos, la democracia y el buen gobierno. Con miras a ese objetivo, los firmantes se comprometen a “*promover la democracia y fortalecer el imperio del derecho y el respeto de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales internacionalmente reconocidos, incluido el derecho al desarrollo*”.

En su capítulo quinto, el documento hace alude a los siguientes deberes y compromisos del Estado:

“Respetar y hacer valer plenamente la Declaración Universal de Derechos Humanos”.

“Esforzarnos por lograr la plena protección y promoción de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de todas las personas en todos nuestros países”.

“Aumentar en todos nuestros países la capacidad de aplicar los principios y las prácticas de la democracia y del respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las minorías”.

“Luchar contra todas las formas de violencia contra la mujer y aplicar la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer”.

“Adoptar medidas para garantizar el respeto y la protección de los derechos humanos de los migrantes, los trabajadores migratorios y sus familias, eliminarlos actos de racismo y xenofobia cada vez más frecuentes en muchas sociedades y promover una mayor armonía y tolerancia en todas las sociedades”.

“Trabajar aunadamente para lograr procesos políticos más igualitarios, en que puedan participar realmente todos los ciudadanos de nuestros países”.

“Garantizar la libertad de los medios de difusión para cumplir su indispensable función y el derecho del público a la información”.

¹⁸ En página web: <http://www.un.org/spanish/milenio/ares552.pdf> (consultada el 17-ago-2012)

Para hacer efectivo este amplio catálogo de derechos ciudadanos frente a las entidades públicas, es necesaria la presencia de *“una administración pública responsable, eficiente, eficaz y transparente, tanto a nivel nacional como internacional”*¹⁹, de manera que, en el contexto de la “Declaración del Milenio” se reconoce que en *“la mejor gestión de los asuntos públicos y una administración pública más eficiente se encuentran probablemente entre los elementos más importantes de la promoción del programa de desarrollo nacional de un país. Mejorar y reformar los sistemas e instituciones de gobierno, incluido el fortalecimiento de la capacidad del sector público, son tareas de crucial importancia para aliviar la pobreza, hacer que la mundialización redunde en beneficio de todos, intensificar la participación de los ciudadanos en todos los niveles de la gestión de los asuntos públicos, proteger el medio ambiente, promover el desarrollo sostenible, prevenir conflictos violentos o salir adelante una vez producido”*²⁰.

De acuerdo con los documentos que han desarrollado este objetivo, para la ONU un buen gobierno es aquel que cuenta con capacidades *“para conducir la economía; movilizar recursos; conseguir cierto grado de justicia social; promover un medio propicio para la actividad de cada uno, y garantizar la paz y la seguridad”* y que por ende posee las siguientes cualidades: *“1) La capacidad para gobernar y la capacidad institucional; 2.) La capacidad de formulación de políticas; 3.) La capacidad administrativa y de gestión; 4.) La capacidad financiera; 5.) El perfeccionamiento de los recursos humanos, y 5.) La suficiencia tecnológico”*²¹.

Como puede apreciarse, los compromisos adquiridos en la Declaración del Milenio se acoplan perfectamente con los postulados de la buena administración en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho, bajo la perspectiva aquí propuesta: una administración activa, participativa, responsable, imparcial, eficiente y eficaz, enmarcada dentro del principio de legalidad, que consagra la sumisión de la administración pública al ordenamiento jurídico

¹⁹ ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. Asamblea General. Resolución A/RES/57/277. “administración pública y desarroll”. En página web: [http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/un/unpan008493 .pdf](http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/un/unpan008493.pdf) (consultada el 17-ago-2012)

²⁰ ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. Asamblea General. Consejo Económico y Social. Informe del Secretario General “El papel de la administración pública en la aplicación de la Declaración del Milenio de las Naciones Unidas”. Documento A/57/262 - E/2002/82. Disponible en página web: <http://www.uimunicipalistas.org/redes/redrecursoshumanos/data/1253132473.pdf> (consultada el 17-ago-2012).

²¹ ORREGO MORALES, Camilo José. “La buena administración del Estado: Comprensión de los mecanismos alternativos de solución de conflictos desde la gerencia jurídica pública”, p. 11. Documento en formato .pdf, en página web: <http://www.mij.gov.co/econtent/library/documents/DocNewsNo1787DocumentNo5750.pdf> (consultado el 16-ago-2012).

y que tiene como objetivo fundamental garantizar los derechos humanos de la población²².

2.3. Código Iberoamericano para el buen gobierno de Montevideo (2006)

Por último, destacamos que el Código Iberoamericano para el Buen gobierno, citado anteriormente²³, constituye un instrumento de suma importancia para el entendimiento del alcance del derecho al buen gobierno.

Basado en el respeto a la dignidad humana y en el respeto de la autonomía y libertad del ser humano, como valores esenciales de toda sociedad, un buen gobierno está llamado a reconocer, respetar y promover *“todos los derechos humanos –civiles, políticos, sociales, culturales y económico–”,* en su naturaleza interdependiente y universal. Para ello, dice el Preámbulo del Código, resulta primordial *“que la actuación gubernamental consista en la práctica de la promoción del interés general, y se aleje del reprochable abuso de los recursos públicos para fines de interés partidista o particula”*.

En ese orden de ideas, los Estados firmantes señalan que es inaceptable:

- “1. Un gobierno que ampare y facilite la corrupción”.*
- “2. Un gobierno que dificulte el escrutinio público sobre su toma de decisiones”.*
- “3. Un gobierno que no tome en cuenta las necesidades de sus ciudadano”.*
- “4. Un gobierno irresponsable y que no rinda cuentas”.*

En desarrollo de esas manifestaciones, el Código desarrolla en 42 puntos una serie de reglas que constituyen el marco de actividad del poder ejecutivo del Estado. Dentro de esta serie de postulados, es apreciable la incidencia transversal que en su formulación poseen los principios de igualdad y no discriminación, de prevalencia del interés general, legalidad, transparencia, participación, respeto y reconocimiento de las culturas indígenas, etcétera.

Respecto de la ética que deben seguir los miembros del poder ejecutivo, el Código establece como deberes expresos:

²² Ver: ibíd. p. 9-22.

²³ Ver cita 12.

Evitar el uso abusivo del poder, “en especial los privilegios informativos, reguladores y competenciales para perseguir a personas, instituciones o empresas que actúen en el marco de la legalidad”. (Numeral 16).

Abstenerse de realizar actividades privadas que puedan constituir un conflicto de intereses (Numeral 17).

No aceptar favores, tratos, servicios o situaciones que signifiquen un privilegio o ventaja injustificada respecto del resto de los ciudadanos (Numerales 18 a 20).

No influir “en la agilización o resolución de trámite o procedimiento administrativo sin justa causa y, en ningún caso, cuando ello comporte un privilegio en beneficio de los titulares de esos cargos o su entorno familiar y social o cuando suponga un menoscabo de los intereses de terceros” e impedir, por ende, el tráfico de influencias (Numeral 21).

Asumir las responsabilidades políticas por las decisiones y actuaciones tomadas por sí mismos, en ejercicio de sus funciones y por los organismos que dirigen. Los inferiores jerárquicos deberán responder ante sus superiores, y estos últimos no podrán derivar la responsabilidad propia de sus cargos hacia los funcionarios que tiene a su cargo (Numeral 22).

Ejercer las competencias propias del cargo con arreglo al principio de buena fe y dedicación al servicio público, evitando en todo momento conductas que vayan en contravía de estos principios y que afecten la neutralidad del ejercicio de la función. Así mismo, no utilizarán indebidamente la información que conozcan por razón del cargo (Numerales 23 y 24).

Tratándose del desempeño en cargos ejecutivos o de dirección de partidos políticos, asociaciones o fundaciones, estos nunca se inmiscuirán en el ejercicio eficaz e imparcial de sus funciones. Importante cuando se trata de funcionarios de elección popular, de origen político y con funciones de carácter deliberativo (Numeral 25). Procurar que, en el ejercicio de sus funciones, el desempeño de los miembros del poder ejecutivo sea referente de ejemplaridad en la actuación de los demás empleados públicos. Este comportamiento se extiende, igualmente, al cumplimiento de las obligaciones ciudadanas impuestas por las leyes. (Numeral 30).

También el mencionado Código se enfoca en la integración del poder ejecutivo y de aquellos que en el ejercicio de sus competencias formen otras ramas del poder público. En ese sentido, consagra que los gobiernos deberán adelantar las siguientes funciones específicas:

Promover la igualdad de derechos y oportunidades, y remover los obstáculos que puedan dificultar el acceso a estos (Numeral 13).

Cuando le corresponda al poder ejecutivo, en el ámbito de sus competencias, deberá procurar que las altas corporaciones judiciales “sean ocupadas por juristas de reconocida trayectoria, honestidad probada e independencia acreditada” (Numeral 9). Promover y garantizar políticas y programas de carrera, participación y formación con el objetivo de profesionalizar la administración pública (Numeral 37).

Tenemos entonces que este instrumento reúne las características del deber ser de una buena administración, no solo en la finalidad del ejercicio de las funciones públicas, claramente impregnadas por la defensa y promoción de los derechos fundamentales y por la satisfacción del interés general, sino también en la forma misma en que los funcionarios públicos realicen la labor que se les encomienda, ateniéndose siempre a niveles de ética que demuestren su probidad en el cargo para el cual fueron electos o nombrados.

3. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO A LA BUENA ADMINISTRACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

En relación con la normatividad jurídica interna Colombiana, podemos advertir una similitud con otros ordenamientos estatales, particularmente con el español, que al igual que el nuestro no contempla una norma positiva que consagre expresamente el derecho a la buena administración, pero su construcción es posible a partir de normas que se encuentran en la Constitución y en las leyes²⁴.

Es así que en España se han identificado como normas fundamentales del derecho que comentamos, aquellas que obligan a la administración a actuar con fundamento en el “*respeto al ordenamiento jurídico, la promoción de la libertad y la igualdad, la certeza y la seguridad, la interdicción de la arbitrariedad, la objetividad, la eficacia, el mérito y la capacidad en el acceso a la condición de personal al servicio de las administraciones públicas, la participación e información de los ciudadanos, etcétera*”²⁵.

Parecido al caso español, antes descrito, es el ordenamiento jurídico Colombiano que encuentra en sus principales fuentes normativas los componentes del derecho al buen gobierno o a la buena administración. En efecto, puede afirmarse que en buena parte (si no es que en la totalidad) de los artículos de la Constitución Política de Colombia se halla el sustrato básico de la orientación

²⁴ NEVADO-BATALLA MORENO, ob. cit. p. 28.

²⁵ Ibíd. pp. 30-31.

de una buena actividad de las entidades administrativas y su desarrollo legal ha sido más que abundante.

De todo el conjunto normativo que expondremos a continuación, pueden distinguirse dos tipos de preceptos: (1) aquellos que guían el funcionamiento de la administración y, (2) aquellos que señalan el desempeño ético y de comportamiento del personal al servicio de la administración.

3.1. Normas orientadoras de la actividad de la administración pública

Desde el preámbulo de la Constitución Política de 1991, que en nuestro ordenamiento jurídico posee carácter vinculante,²⁶ pasando por el artículo 1º ibídem, que identifica a Colombia con la fórmula del Estado Social de Derecho, que consagra los principios de democracia, participación, pluralismo, solidaridad y que establece la obligatoriedad del respeto de la dignidad humana y por el artículo 2º que indica las finalidades del Estado en las tres ramas del poder público, y en particular de la administración pública, tienen como objetivos “*servir a la comunidad, promover la prosperidad general, garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución*”, son normas vinculantes para la administración pública en el ejercicio de sus funciones.

Es innegable además, siguiendo el artículo 2º de la Carta Política, que se hace vinculante a la administración todo el Título II del texto fundamental, que contiene:

Los derechos fundamentales reconocidos expresamente por la Constitución y aquellos que se integran al ordenamiento jurídico Colombiano a través del denominado “*bloque de constitucionalidad*”²⁷ (artículos 53, 93 y 94), entre los cuales, en estrecha relación con la actividad administrativa se tienen los derechos a:

²⁶ “El Preámbulo da sentido a los preceptos constitucionales y señala al Estado las metas hacia las cuales debe orientar su acción; el rumbo de las instituciones jurídicas. Lejos de ser ajeno a la Constitución, el Preámbulo hace parte integrante de ella. Las normas pertenecientes a las demás jerarquías del sistema jurídico están sujetas a toda la Constitución y, si no pueden contravenir los mandatos contenidos en su articulado, menos aún les está permitida la transgresión de las bases sobre las cuales se soportan y a cuyas finalidades apuntan. El Preámbulo goza de poder vinculante en cuanto sustento del orden que la Carta instaura y, por tanto, toda norma -sea de índole legislativa o de otro nivel- que desconozca o quebrante cualquiera de los fines en él señalados, lesiona la Constitución porque traiciona sus principios”. (Corte Constitucional. Sentencia C-479/92. M. P. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero).

²⁷ Un primer concepto de “bloque de constitucionalidad” lo ofrece la Corte Constitucional, cuando señaló que: “El bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad [...], por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución.

La vida (artículo 11);

La igualdad ante la ley y la prohibición de actuaciones discriminatorias por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica (artículo 13);

La prohibición de penas crueles, inhumanas o degradantes (artículo 12);

La intimidad y hábeas data (artículo 15);

Al libre desarrollo de la personalidad (artículo 16);

A la libertad de prensa, opinión e información (artículo 20 en concordancia con el artículo 73);

A presentar peticiones respetuosas a las autoridades y a obtener pronta resolución, el derecho de petición (artículo 23);

A circular libremente por el territorio nacional (artículo 24);

Al trabajo en condiciones dignas y justas (artículo 25);

A la libertad, y en desarrollo de ello a la inexistencia de penas imprescriptibles (artículo 28);

Al debido proceso, al derecho de defensa y de contradicción, particularmente en las actuaciones administrativas (artículo 29);

En relación con el debido proceso, a que se apelen o consulten los fallos que decidan de fondo una controversia jurídica, en desarrollo del derecho a la doble instancia (artículo 31);

Al derecho de asociación y en particular, de asociación sindical (artículo 38 y 39);

A la participación, conformación, ejercicio y control del poder político, y en desarrollo de este: A elegir y ser elegido; a tomar parte en elecciones y formas de participación democrática; a constituir partidos y movimientos políticos; a revocar el mandato de los funcionarios de elección popular; a tener iniciativa en las corporaciones públicas; a interponer acciones públicas en defensa del orden constitucional y legal; a acceder al desempeño de cargos públicos y especialmente a obtener garantía de la participación de la mujer en los niveles decisorios de la administración pública (artículo 40);

Los llamados “derechos sociales, económicos y culturales”:

A la familia (artículo 41);

Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional [...]”. (Corte Constitucional. Sentencia C-225/95. M. P. Alejandro Martínez Caballero). Sobre el tema, consultar además, entre otros: UPRIMNY YEPES, Rodrigo. “El Bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrina” En página web: http://www.dejusticia.org/admin/file.php?table=documentos_publicacion&field=archivo&cid=46 (consultada el 27-ago-2012).

A la igualdad de género (artículo 42);

A la protección especial de la población infantil, adolescente y de tercera edad (artículo 44 a 46);

A quienes se encuentran en situación de debilidad física y/o síquica (artículo 47);

A la seguridad social (artículo 48);

A la salud y el saneamiento ambiental (artículo 49);

A una vivienda digna (artículo 51);

A la recreación y al deporte como actividades que fomentan la formación integral de las persona, preservan y desarrollan una mejor salud en el ser humano (artículo 52);

A la capacitación laboral, formación y habilitación profesional y técnica a quienes lo requieran, a propiciar que quienes estén en edad de trabajar, y especialmente a quienes padezcan de disminuciones físicas tengan puestos de trabajo acordes con sus condiciones de salud (artículo 54);

Al respeto de la propiedad privada como una función social que implica obligaciones (artículo 58);

A que se protejan los bienes de uso público, de interés cultural, histórico o arqueológico (artículo 62);

A la educación que tenga como objetivos el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica y a los demás bienes y valores de la cultura (artículo 67);

A acceder a los documentos públicos (artículo 74);

Los derechos colectivos y medioambientales

A que exista control de calidad de los bienes y servicios ofrecidos a la comunidad (artículo 78);

Al goce de un ambiente sano y por ende, a que el Estado planifique el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, a que se haga efectiva la prohibición de fabricación de armas tóxicas y a que se garantice el espacio público (artículos 79 y 80);

Además, deben destacarse otra serie de lineamientos indispensables en el marco una buena administración:

La consagración constitucional de la responsabilidad del Estado y de los servidores públicos (artículos 6°, 90, 121 y 124);

La presunción de buena fe en las actuaciones ante las autoridades (artículo 83);

El principio de legalidad, al señalar que “Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley” (artículo 121 en concordancia con los artículos 4° y 6° *ibíd.*);

Consagrar la regla general del ingreso a la carrera administrativa con base en los méritos y calidades de los aspirantes (artículo 125).

Como corolario de lo anterior, la Constitución en el artículo 209 fija el derrotero de la función administrativa y los principios a los que debe ceñirse:

La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley. (Se subraya).

Descendiendo de la órbita constitucional, son numerosas las normas que desarrollan de una u otra forma los derechos fundamentales, que generan acciones afirmativas a favor de poblaciones en situación de debilidad manifiesta haciendo efectivo el principio de igualdad, que establecen las facultades y competencias de las entidades del Estado y que en general, reglamentan los derechos para que estos adquieran eficacia material.

Vale la pena poner énfasis en las actuaciones de la administración, que como se observó en el artículo 209 citado, se explican a partir de determinados principios, valores y finalidades. El legislador, a través del recientemente expedido Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), que se produce como resultado de la necesidad de adecuar la actividad administrativa al fenómeno de la constitucionalización del derecho y a las nuevas concepciones sociales y económicas²⁸, reitera, especifica y amplía los principios rectores de las actuaciones administrativas. Particularmente, en su artículo 3º, indica que estas serán efectuadas “*a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la parte primera de este Código y en las leyes especiales*” con arreglo a los principios de “*debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad*” cuyo alcance es definido -pero no limitado- en la norma citada.

²⁸ Ver: Exposición de motivos al proyecto de Ley 198 de 2009. En: Gaceta del Congreso número 1173 de 2009. Año XVIII. Y, ÁLVAREZ JARAMILLO, Luis Fernando. Presentación del libro “Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo” del profesor Enrique José Arboleda Perdomo. 1ª ed. Legis. Bogotá D. C. 2011, páginas xvii a xxxiv.

Y si nos detenemos en algunas de las esferas más representativas del derecho administrativo, encontramos que el legislador ha puntualizado su sujeción a los principios y finalidades ampliamente reseñados, por ejemplo:

En materia de contratación pública, la ley indica expresamente que los servidores públicos buscarán con la celebración de contratos estatales *“el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines”*. (Ley 80 de 1993. Artículo 3°).

En tratándose del régimen de empleo público y carrera administrativa, la Ley 909 de 2004 que regula el tema señala que la función pública²⁹ sigue los principios de *“igualdad, mérito, moralidad, eficacia, economía, imparcialidad, transparencia, celeridad y publicidad”*. Y particularmente en el de mérito, la mencionada norma manifiesta que junto a los criterios *“de las calidades personales y de la capacidad profesional, son los elementos sustantivos de los procesos de selección del personal que integra la función pública”* (artículo 2°).

En materia urbanística y de ordenamiento territorial, mediante la Ley 388 de 1997 en su artículo 2° fundamenta la actividad de ordenamiento en tres principios: *“1. La función social y ecológica de la propiedad. 2. La prevalencia del interés general sobre el particular. 3. La distribución equitativa de las cargas y los beneficios”*. Y en su artículo 3° la norma indica las finalidades de esta actividad: el acceso y el goce de los espacios públicos, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la seguridad de los asentamientos humanos ante la contingencia de los riesgos naturales.

En síntesis, se advierte que el ordenamiento jurídico Colombiano contempla un conjunto de normas que clara y expresamente ciñen la administración pública a los postulados de un buen gobierno, a la protección de los derechos y garantías fundamentales de las personas y al interés general.

3.2. Régimen de comportamiento de los funcionarios públicos

Dada la naturaleza de sus funciones, y porque es a través de ellas que la administración pública torna eficaces los derechos consagrados en las normas jurídicas, es que al personal que sirve a las entidades del Estado se le exige una determinada probidad y conducta frente a la sociedad. Ello se explica a partir de la necesidad de la administración de proveerse de servidores para realizar sus

²⁹ “[...] la noción de “función público” atañe al conjunto de las funciones que cumple el Estado, a través de los órganos de las ramas del poder público, de los órganos autónomos e independientes, (artículo 113) y de las demás entidades o agencias públicas, en orden a alcanzar sus diferentes fines”. (Corte Constitucional. Sentencia C-037 de 2003. M. P. Álvaro Tafur Galvis).

labores y de estos de aceptar que en virtud de sus funciones deben actuar acordes con ciertos cánones de conducta:

“Esta necesidad de valerse laboralmente de servidores ha llevado al Estado a lo largo de su existencia a adoptar unilateralmente un estatuto general regulatorio de las relaciones y condiciones de trabajo establecidas con estos, con miras a asegurar el cumplimiento de los cometidos institucionales que justifican sus existencia.

Esta relación de servicios se corresponde con un deber de fidelidad que compromete al servidor con una determinada ética del cargo en la realización de su trabajo generador para este, en una forma particular, de una obligación respecto al Estado “y que obliga, por otra, al Estado, a una asistencia especial”³⁰.

Se trata, en todo caso, de una relación de complementariedad y no de oposición, porque el servidor público actúa en nombre de la administración, como su proyección dinámica y exteriorización de su voluntad, en virtud de una vinculación laboral [...]”³¹.

En lo tocante al régimen de comportamiento del personal al servicio del Estado, la Constitución Política Colombiana consagra como principio general la responsabilidad del servidor público por la infracción de la Constitución y de las leyes y por la omisión o extralimitación de sus funciones (artículo 6º). En consecuencia, se debe advertir que las conductas reprochables al funcionario público son, en general, aquellas que riñen con su actividad como servidor del Estado, que tengan la capacidad real de afectar su idoneidad para ostentar el cargo y su imparcialidad en el ejercicio de sus facultades³².

Este cuestionamiento desde la ética no puede extenderse entonces a terrenos vagos e indeterminados que contradigan determinada postura moral (diferente a la ética) y que por ende son ajenas al servicio que presta el funcionario, puesto que un juzgamiento desde esa perspectiva desconoce los derechos fundamentales³³. La Corte Constitucional, en el ámbito del derecho disciplinario, tuvo oportunidad de tocar el tema y de considerar lo siguiente:

³⁰ KLAUS STERN, *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 647, (cita del autor).

³¹ ISAZA SERRANO, Carlos Mario. “Teoría General del Derecho Disciplinario”. 2ª ed. Temis. Bogotá D. C., 2009, pp. 40-41.

³² “De todos modos, sea como fuere, sí se acepta la influencia de la ética en el derecho disciplinario, tal como aquí la hemos planteado, debe entenderse sin equívocos que ella depende, se funda y está “estrechamente relacionada con el servicio a los ciudadanos” que realiza la función pública”. (GÓMEZ PAVAJEAU. Carlos Arturo. “Dogmática del Derecho Disciplinario” 4ª ed. Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 231.)

³³ Sobre el tema, ver: LUGO VERDUZCO, Adolfo. “La ética en el servicio público”. En: GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. (coord.) “Los valores en el derecho mexicano. Una aproximación”. Fondo de

“El grado de indeterminación de los conceptos acusados, en un contexto sancionatorio, ofrece un amplio margen de discrecionalidad a la autoridad encargada de establecer si un servidor incurrió o no en tal prohibición, de suerte que las personas no cuentan con un criterio que les permita prever con certeza si una determinada actuación atenta o no contra tales conceptos. La penumbra que deben enfrentar los ciudadanos en estos casos es constitucionalmente inadmisibles. Representa un desconocimiento claro del principio de legalidad y tipicidad en materia sancionatoria, suscitando una inseguridad jurídica tal, que los ciudadanos carecen de referentes para saber cuál es la conducta que de ellos se demanda, o cuál la que se les permite. La indeterminación de estos conceptos y la incertidumbre que pueden generar, han sido resaltadas por la doctrina, incluso en otras áreas del derecho diversas al derecho penal o sancionatorio”³⁴.

Como variantes de este régimen ético de los funcionarios públicos pueden destacarse:

El establecimiento de inhabilidades e incompatibilidades

La naturaleza de las funciones públicas hace que bajo la observancia del interés general se establezcan una serie de acciones que impidan la asunción de un cargo o una labor pública y otras que en el ejercicio del cargo excluyen al sujeto de la posibilidad de mantenerse u ostentar el rol de funcionario público. Es por esa razón que en muchas disposiciones constitucionales y legales se enlista una serie de conductas y acciones que, con fines preventivos, hacen inhábil a la persona que asume un cargo, o que, ya en ejecución de sus funciones, excepcionalmente se les prohíbe ejercer de forma concomitante con la investidura de servidor público. Estas conductas constituyen las inhabilidades e incompatibilidades, que por restringir derechos fundamentales y ciudadanos (a la igualdad de trato frente a los particulares, a elegir y ser elegido y a acceder a cargos públicos) en aras de proteger bienes jurídicos superiores (la prevalencia del interés general y la moralidad administrativa) son taxativas y de interpretación restrictiva³⁵.

Cultura Económica. Universidad Autónoma de México. México D. F. 1997. pp. 223-234.

³⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-350 de 2009. M. P. María Victoria Calle Correa.

³⁵ Ver, entre otros: Corte Constitucional: Sentencia C-903 de 2008. M. P. Jaime Araújo Rentería, y CONSEJO DE Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Conceptos de 29 de abril de 1998, Rad. 1.097. C. P. Augusto Trejos Jaramillo y de 18 de junio de 2004. Rad. 1.578. C. P. Susana Montes de Echeverri.

En el ordenamiento jurídico-administrativo Colombiano es posible identificar dos grandes grupos de inhabilidades³⁶ e incompatibilidades: (a) aquellas que impiden el acceso a cargos públicos; (b) aquellas que impiden la contratación con las entidades del Estado. Se encuentran dentro de este grupo, entre otros:

1. No poder ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, quienes hayan sido condenados por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado, así como tampoco quienes hayan dado lugar, con dolo o culpa grave calificada por sentencia judicial ejecutoriada, a la condena del Estado a cumplir con una reparación patrimonial, salvo que asuma con su mismo patrimonio dicha condena (artículo 122, Const.).
2. La prohibición del nepotismo, es decir, nombrar como empleados a personas con las que se tenga parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o quienes estén unidos por matrimonio o unión permanente (artículo 126 Const.)
3. A los empleados del Estado que se desempeñen en la rama judicial, en los órganos electorales, de control y de seguridad, les es prohibido tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos políticos (artículo 127 Const.)
4. No poder desempeñar más de un empleo público ni recibir más de una asignación proveniente del tesoro público (artículo 128 Const.)

³⁶ En el artículo 37 de la Ley 734 de 2002, se consagran las denominadas inhabilidades sobrevivientes, que en concepto de la Procuraduría Delegada para Asuntos Disciplinarios son los hechos que afectan “*el ejercicio del cargo por la presencia de una circunstancia que se produce durante su desempeño, y que no existía al momento de tomar posesión del cargo en cuestión o de pretender el acceso al servicio*”. (Consulta 495 de 2002. En página web: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=24240> Visitada el 17-ago-2012) Entre tanto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional clasifica las inhabilidades entre aquellas con alcance sancionatorio y aquellas que no suponen una sanción: “*El ordenamiento jurídico consagra dos tipos de inhabilidades en consideración a la naturaleza y la finalidad de la limitación. En uno de los grupos están las inhabilidades relacionadas directamente con la potestad sancionadora del Estado, la cual se aplica en los ámbitos penal, disciplinario, contravencional, correccional y de punición por indignidad política. En el otro grupo se hallan las inhabilidades que no constituyen sanción ni están relacionadas con la comisión de faltas, sino que corresponden a modalidades diferentes de protección del interés general y obedecen a la efectividad de principios, derechos y valores constitucionales, como son la lealtad empresarial, moralidad, imparcialidad, eficacia, transparencia o sigilo profesional, entre otros postulados. Desde este segundo punto de vista, la inhabilidad no constituye una pena ni una sanción, sino una garantía de que el comportamiento anterior o el vínculo familiar no afectarán el desempeño del empleo o función, de protección del interés general y de la idoneidad, probidad, imparcialidad y moralidad del aspirante*”. (Sentencia C-348 de 2004. M. P. Jaime Córdoba Triviño).

5. La prohibición de aceptar cargos, honores o recompensas de gobiernos extranjeros, sin previa autorización del gobierno (artículo 129, Const.)
6. Haber sido condenado por delito sancionado con pena privativa de la libertad, excepto cuando se trate de delitos políticos o culposos, salvo que con estos se haya afectado a la administración pública (artículo 38, núm. 1º, Ley 734 de 2002).
7. Haber sido sancionado disciplinariamente tres o más veces por faltas graves o leves dolosas en los últimos cinco años (artículo 38, núm. 2º, Ley 734 de 2002).
8. Hallarse bajo interdicción judicial o inhabilitado por una sanción disciplinaria, o suspendido para ejercer la profesión (artículo 38, núm. 3º, Ley 734 de 2002).
9. Haber sido declarado responsable fiscalmente (artículo 38, núm. 4º, Ley 734 de 2002).
10. Intervenir directa o indirectamente en el remate de bienes que se efectúen en la entidad donde labore o en cualquier otra sobre la que se ejerza control jerárquico o de tutela, o funciones de inspección, control y vigilancia (artículo 39, inc. 2º, Ley 734 de 2002).

Se trata de aquellos preceptos prohibitivos, destinados “*tanto a los servidores públicos como a los particulares, con el objeto de lograr, en lo que a la contratación pública atañe, la transparencia, objetividad y la imparcialidad en la misma*”³⁷.

Estas se encuentran enlistadas en la Constitución (entre ellos, el artículo 122, que consagra la prohibición de contratar con personas que hayan sido condenadas por delitos en contra del patrimonio del Estado o cuya conducta haya desencadenado una condena patrimonial en contra del mismo) y en la Ley 80 de 1993, artículos 8º y 9º, modificados por los artículos 1º y 2º de la recientemente expedida Ley 1474 de 2011 (Estatuto Anticorrupción).

Por su parte, hay normas especiales que consagran inhabilidades especiales respecto de ciertos servidores públicos, sobre todo de aquellos elegidos popularmente, es así como el artículo 179 de la Constitución contempla las causales que impiden la elección de un congresista, entre otras, en las siguientes circunstancias:

³⁷ CONSEJO DE Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 20 de septiembre de 2001. Exp. 10989. C. P. Ricardo Hoyos Duque.

1. Ser condenados mediante sentencia judicial a pena privativa de la libertad, salvo que se trate de delitos políticos;
2. Haber ejercido, como empleados públicos, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, dentro del año anterior a la fecha de la elección;
3. Quienes hayan intervenido en gestión de negocios ante entidades públicas o celebrado contratos en interés propio o de terceros;
4. Quienes hayan perdido la investidura de congresista;
5. Quienes tengan vínculo matrimonial o de parentesco con funcionarios que ejerzan autoridad civil o política;
6. Quienes tengan doble nacionalidad, salvo cuando se trate de Colombianos por nacimiento.
7. En cuanto a incompatibilidades, según el artículo 180 constitucional, se prohíbe que los congresistas, durante el periodo constitucional respectivo:
8. Desempeñen cargos o empleos públicos;
9. Gestionen, en nombre propio o ajeno, asuntos ante las entidades públicas, ante las personas que administren tributos, ser apoderados de las mismas, o celebren con ellas por sí o por intermedio de otra persona, contrato alguno;
10. Ser miembros de juntas o consejos directivos de entidades descentralizadas de cualquier nivel o de instituciones que administren tributos;
11. Celebrar contratos o realizar gestiones con personas naturales o jurídicas de derecho privado que administren, manejen o inviertan fondos públicos o que sean contratistas del Estado;
12. Cabe recordar que la violación de este régimen de inhabilidades e incompatibilidades, junto con la indebida destinación de dineros públicos y el tráfico de influencias, la inasistencia y la renuencia a tomar posesión del cargo son causales de pérdida de investidura del congresista en los términos del Artículo 183 de la Carta Política. Esta regulación, como lo ha reconocido la Corte Constitucional, tiene *“un sentido eminentemente ético. Busca preservar la dignidad del congresista y, aunque se refiera a conductas que puedan estar contempladas en la legislación como delictivas, su objeto no es el de imponer sanciones penales, sino el de castigar la vulneración del régimen disciplinario impuesto a los miembros del Congreso en razón de la función que desempeñan”*³⁸.

³⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-247 de 1995. M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

También cuentan con regímenes especiales para no ser elegidos, inhabilidades e incompatibilidades, entre otros funcionarios: El Presidente de la República (artículo 197, Const.), el Vicepresidente de la República (artículo 204, Const.), y a nivel territorial, los gobernadores (Ley 617 de 2000, artículo 30 y 31), los diputados (Ley 617 de 2000, artículo 32 y 33), los alcaldes (Ley 617 de 2000, artículo 37 y 38) y los concejales (Ley 617 de 2000, artículo 40 y 41).

El conflicto de intereses

En el artículo 40 de la Ley 734 de 2002³⁹ en cuanto a los funcionarios públicos, y el artículo 182 de la Constitución⁴⁰ en concordancia con el artículo 16 de la Ley 144 de 1994⁴¹, en relación a los congresistas, consagran la prohibición de intervenir en asuntos en los que pueda presentarse un conflicto de intereses.

Respecto de los congresistas, ha dicho el Consejo de Estado que esta regulación *“apunta a conjurar la posibilidad de que los legisladores pretendan, con determinadas disposiciones legales, lucrarse u obtener beneficios, ventajas o privilegios personales, en detrimento de los derechos de la comunidad en general y de las finalidades de bien común o interés general que deben orientar la función legislativo”*⁴².

Ambas normativas buscan la preservación de la integridad de la función pública y que quienes la componen mantengan la imparcialidad e idoneidad exigida en el ejercicio del cargo.

³⁹ “Todo servidor público deberá declararse impedido para actuar en un asunto cuando tenga interés particular y directo en su regulación, gestión, control o decisión, o lo tuviere su cónyuge, compañero o compañera permanente, o algunos de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o su socio o socios de hecho o de derecho.

Cuando el interés general, propio de la función pública, entre en conflicto con un interés particular y directo del servidor público deberá declararse impedido”.

⁴⁰ “Los congresistas deberán poner en conocimiento de la respectiva Cámara las situaciones de carácter moral o económico que los inhiban para participar en el trámite de los asuntos sometidos a su consideración. La ley determinará lo relacionado con los conflictos de intereses y las recusaciones”.

⁴¹ “Los Congresistas que dentro del año inmediatamente anterior a su elección hayan prestado servicios remunerados a gremios o personas de derecho privado sobre cuyos intereses o negocios incidan directamente actos que se encuentren al estudio del Congreso, deberán comunicarlo por escrito a la Mesa Directiva de la respectiva Corporación para que, decida si los Congresistas aludidos deben abstenerse de participar en el trámite y votación de dichos actos”.

⁴² CONSEJO DE Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 21 de octubre de 2010. Rad. 2042. C. P. Augusto Hernández Becerra.

El catálogo de deberes y prohibiciones en el derecho disciplinario

La enunciación normativa de los deberes funcionales del servidor público (Ley 734 de 2002 - artículo 34) y de las conductas prohibidas en ejercicio de su cargo (ibíd. artículo 35) hacen parte del objetivo fundamental del derecho disciplinario, de tal suerte que el establecimiento de faltas y sanciones disciplinarias solo se justifican ante la existencia clara de deberes y de prohibiciones, siguiendo lo prescrito por el artículo 6° de la Carta Política. En sentencia ya citada, la Corte Constitucional ha indicado que:

“[...] el derecho disciplinario es una rama esencial en el funcionamiento de la organización estatal, pues se encuentra orientado a regular el comportamiento disciplinario de su personal, fijando los deberes y obligaciones de quienes lo integran, limitando el alcance de sus derechos y funciones, consagrando prohibiciones y previendo un estricto régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflictos de intereses, que al ser desconocidos, involucran, si es del caso, la existencia de una falta disciplinaria, de sus correspondientes sanciones y de los procedimientos constituidos para aplicarlas”⁴³.

Entonces, los preceptos que contienen el catálogo de deberes y prohibiciones de todo servidor público, integran el componente ético que debe observar toda persona que esté al servicio del Estado.

En resumidas cuentas, todo este recuento de normas, además de otras tantas que no fueron mencionadas (como por ejemplo, aquellas que sancionan penalmente a los funcionarios que cometen delitos contra la administración pública), constituye, en nuestro criterio, el derecho al buen gobierno o a la buena administración en Colombia. Como puede verse, el abundante ordenamiento jurídico Colombiano, en teoría, se encuentra bien cubierto frente a las conductas corruptas e inadecuadas al contemplar, a nivel constitucional y legal, las previsiones que desde los instrumentos internacionales se han realizado acerca de los componentes del derecho a una buena administración.

Sin embargo, la cotidianidad muestra un panorama que puede ser diametralmente opuesto al que el ideal de las normas nos ofrece: Colombia no se ha desmarcado de la corrupción y el mal gobierno. Lejos de reseñar buenas prácticas administrativas, la opinión pública y en especial los medios de comunicación, desapruaban a menudo

⁴³ Sentencia C-818/05, ya citada. Precedente reiterado recientemente en la Sentencia C-030 de 2012 de la misma Corporación. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

la labor del Estado, y lamentablemente no siempre sin razón. A lo largo y ancho del territorio nacional se observa el alto desdén administrativo en varios frentes: en la construcción de obras públicas, en la prestación de servicios públicos esenciales, en la formulación de políticas públicas y en el comportamiento de algunos altos dignatarios que lejos de ser un ejemplo, motivan una sensación genérica de desaprobación en la población. Más llamativo y paradójico resulta cuando estos sentimientos se dirigen a servidores de organismos de elección popular.

El reproche es la constante, y mientras tanto, intentando alcanzar el ritmo de las prácticas corruptas, están los organismos de control que cada vez más investigan hechos alarmantes nuevos.

Es entonces cuando, en palabras del profesor Rodríguez-Arana, a pesar de que *“el devenir de la evolución intelectual del sentido y funcionalidad del Derecho Administrativo”*, se dirige a la buena administración, *“la realidad cotidiana nos muestra, especialmente en este tiempo de crisis, que la formulación servicial y vicarial de la Administración pública en ocasiones, no pocas, aparece desmentida por el ejercicio efectivo de poderes, que se operan como auténticos privilegios, como genuinas prerrogativas de las que se dispone arbitrariamente. Es decir, el poder, cuándo se desnaturaliza, cuándo se usa para el beneficio personal, familiar o de grupo de quien ostenta su titularidad, abre sus puertas al mundo de la corrupción. Es más, la corrupción misma no es más, ni menos, que el ejercicio impropio y arbitrario del poder”*⁴⁴.

Ante este Estado de cosas, surgen inevitablemente varias preguntas: Si tenemos un sistema normativo gigantesco (y en constante crecimiento) encaminado a que nuestra administración funcione óptimamente, ¿Por qué en la administración pública están asentadas las prácticas corruptas? Si la Constitución y la ley proclaman vehementemente un catálogo orientador de la actividad administrativa y del comportamiento del funcionario al servicio del Estado, ¿Por qué la realidad muestra un panorama contrario al que las normas prescriben?

En las siguientes líneas de este escrito, nos proponemos exponer algunas reflexiones al respecto, advirtiendo de antemano que muchas de las respuestas a los cuestionamientos formulados no se encuentran, estrictamente, en el derecho.

Esto se hará partiendo del siguiente punto de partida: las conductas que se cometen como producto de la ausencia de una educación y una cultura fundada en el respeto a lo público y que no responden a los postulados de la buena administración, no pueden evitarse a través la producción y aplicación de normas que consagren sanciones y demás medidas represivas.

⁴⁴ RODRÍGUEZ-ARANA, ob. cit. p. 5.

III. EL FUNCIONARIO PÚBLICO Y EL BUEN GOBIERNO

“Las malas leyes hallarán siempre, y contribuirán a formar, hombres peores que ellas, encargados de ejecutarla”⁴⁵.

La superación de la cultura de la corrupción y la formulación de lo que se entiende por buen funcionario público

En renglones anteriores se ha mencionado la necesidad del Estado de contar con personal a su servicio para desempeñar las labores que satisfagan las necesidades de la comunidad; sin embargo, como lo plantea Nevado-Batalla, en un contexto cultural en el que no existe una debida educación, en la que se conciben las malas prácticas administrativas como conductas inaceptables en todos los niveles sociales, estos no resultan ajenos a la posibilidad de estar inmiscuidos en situaciones adversas al derecho a la buena administración⁴⁶. Así las cosas *“los valores generales de una sociedad inciden de forma determinante en el comportamiento ético tanto de la administración como de las personas que trabajan en ellas. Es difícil que cuando un patrón de valores que se defiende como ideal en una sociedad es el interés particular, pretendamos que una parte muy importante de esa sociedad como son las administraciones públicas, opere con un modelo ético y de valores radicalmente contrario al general”⁴⁷.*

En ese sentido, el mencionado autor español afirma que *“difícilmente alguien que no tenga bien asumido por su educación y entorno social lo que es la honradez, rectitud, ecuanimidad, justicia, independencia, equilibrio, objetividad, neutralidad, equidad, etcétera, podrá ser un buen servidor pública”⁴⁸.* En síntesis, *“no podemos olvidar que el principal activo de cualquier organización compleja es su personal y ninguna organización es inmune al riesgo de una actuación impropia o corrupta”⁴⁹.*

Ante este panorama, es importante identificar qué características debe poseer un funcionario público modelo.

⁴⁵ CONCEPCIÓN ARENAL, citado por ISAZA SERRANO, Ob. cit. p. 61.

⁴⁶ NEVADO-BATALLA MORENO, Ob. cit. p. 50.

⁴⁷ Ibíd. p. 46.

⁴⁸ SANZ MULAS, A. “Breves reflexiones sobre ética y administración pública”, citado por NEVADO-BATALLA MORENO, Ibíd. p. 45.

⁴⁹ Ibíd. p. 112.

Para el efecto, se han formulado algunas recomendaciones, entre ellas, están las realizadas en el denominado “Informe Nolan”⁵⁰, solicitado por el Primer Ministro Británico en 1995, sobre las calidades que debe reunir todo funcionario público:

Desinterés: Las decisiones que tomen los servidores del Estado deberán consultar en todo momento el interés público;

Integridad: Quienes ocupan cargos públicos no deberían adquirir obligaciones o compromisos que influyan en el ejercicio de sus responsabilidades oficiales;

Objetividad: Las decisiones de los asuntos públicos deben seguir parámetros de mérito;

Responsabilidad: Las personas que ostentan cargos públicos son responsables de sus decisiones y acciones ante la población, por lo que deberán someterse a los procedimientos de control que correspondan a la naturaleza del cargo respectivo.

Transparencia: Los que ocupan empleos en el Estado deberían obrar abiertamente en todas sus actuaciones. Con ello, se les conmina a motivar sus decisiones y a limitar la información únicamente cuando el interés general lo demande.

Honestidad: Quienes sirvan al Estado deberán abiertamente declarar los intereses privados que se relacionen con las responsabilidades propias del cargo y tomar las medidas necesarias para solucionar los conflictos que surjan, en procura de proteger el interés general.

Liderazgo: Los funcionarios públicos deben fomentar y apoyar estos principios, adoptando actitudes de liderazgo y un comportamiento ejemplar.

Para fomentar estos valores, es necesario adoptar un sistema de carrera administrativa que, por una parte, asegure que las personas mejor capacitadas sean las que accedan al servicio público, y por otra, garantice la imparcialidad de los procesos de selección basados en parámetros objetivos de éxito y de calidad⁵¹.

Un mal entendimiento del principio de legalidad

En un contexto de corrupción, el principio de legalidad que debería fundamentar la buena actividad administrativa, se convierte en un mero espejismo disfrazado de formalidad, al servicio de intereses particulares y clientelistas, aje-

⁵⁰ Ibíd. P. 113. El texto completo del “informe Nolan”, puede consultarse en la siguiente página web: <http://www.inap.org.mx/portal/images/RAP/normas%20de%20conducta%20para%20la%20vida%20publica.pdf> (consultada el 18-ago-2012).

⁵¹ Ibíd. Pp. 56-57.

nos a la prevalencia del interés común. En otras palabras, *“la legalidad se utiliza como coartada de un fenómeno de corrupción, lo que agrava considerablemente la vulneración cometido”*⁵².

Ante esta situación, en desarrollo de la cultura de una nueva gestión pública, expuesta en la Introducción, la corrupción actúa como un reactivo ante los procesos de cambio y modernización administrativa, siendo intentos loables que se encaminan al mismo tiempo, tanto a concretar los principios que orientan la administración pública, como a obstaculizar nuevos hechos que contravengan las buenas prácticas administrativas⁵³. Pero, en determinados casos, estos esfuerzos resultan insuficientes ante la variedad de formas y la constancia con la que se presenta la corrupción en nuestros tiempos.

A este respecto, se plantean dos puntos que ayudarían a tener un norte para sortear esta situación:

1) Que indudablemente *“el respeto al principio de legalidad está por encima de cualquier interés, incluso de los que puedan resultar bondadosos para la propia administración, ya que la línea entre buenas intenciones y otras que no lo son tanto resulta de una finura, en ocasiones, inapreciable”*⁵⁴ y

2) Las normas que establecen el buen gobierno debieran ser entendidas no como aspiraciones a las que en algún momento se desea llegar, sino como deberes exigibles en cada momento de la actividad administrativa. En palabras del profesor Nevado-Batalla, estas normas deben ser no un objetivo sino un *“punto de partid”*⁵⁵.

IV. EL CIUDADANO Y EL BUEN GOBIERNO

En consonancia con lo afirmado renglones atrás, el nuevo entendimiento del Derecho Administrativo contempla al ser humano como el protagonista de la actuación del Estado en todas sus esferas, particularmente en la administrativa. Por ese motivo, la insatisfacción del ciudadano indica un mal desempeño de la administración, y en esa medida el descontento es el incumplimiento de las promesas hechas por los dirigentes y dejadas de exigir por la población.

⁵² Ibíd. p. 56.

⁵³ Ibíd. Pp. 87-88.

⁵⁴ Ibíd. Pp. 58-59.

⁵⁵ Ibíd. p. 49.

Por el rol activo que acomete el ciudadano en este nuevo entorno jurídico-administrativo, es fundamental que el mismo participe activamente en la formulación de las políticas en las que se enmarque la actividad de la administración pública. Coincidimos con lo expuesto por el profesor Jaime Rodríguez-Arana al afirmar:

“En la medida en que, efectivamente, el pueblo asuma con más intensidad su conciencia de titular del poder, la corrupción descenderá. Igualmente, cuándo los dirigentes de la cosa pública asuman su función de administradores y gestores de los intereses del común, al que deben rendir periódicamente cuentas, entonces la corrupción se colocará en parámetros razonable y”⁵⁶.

En Colombia, particularmente, la situación de descontento en la que nos encontramos, bien podría explicarse, más allá del señalamiento constante a los funcionarios públicos, a partir de un inadecuado nivel de información sobre cómo y con qué propósitos se ejecutan las políticas públicas o se toman decisiones en los poderes del Estado. En palabras del profesor Nevado-Batalla:

“Podría decirse que existe un cierto déficit en el comportamiento de los ciudadanos respecto al haz de derechos del que son titulares. Falta que debe ser cubierta mediante una mejor educación de los ciudadanos y, quizá, la recuperación de unos valores respecto al interés general que en estos tiempos de grandilocuente solidaridad y globalización se encuentran bastante difuminados o completamente enterrados bajo el peso de un severo materialismo individualista que conduce a la más absoluta indiferencia por los asuntos públicos”⁵⁷.

Volver a tener confianza en las instituciones del Estado no solo recae en su propia labor, sino que debe involucrar la participación de todos los actores sociales, partidos políticos, movimientos, asociaciones ciudadanas y medios de comunicación. Su actividad es imprescindible para lograr la unión social que fundamente una verdadera estabilidad institucional.

V. PROPUESTAS DESDE EL DERECHO DISCIPLINARIO

A continuación se exponen algunos aspectos que en nuestro ámbito jurídico disciplinario ofrecen, a nuestro parecer, un entendimiento que puede contrariar

⁵⁶ RODRÍGUEZ-ARANA, ob.cit, p. 6.

⁵⁷ NEVADO-BATALLA MORENO, ob.cit, p. 36.

los postulados propios del buen gobierno, de las buenas prácticas administrativas y de un buen servidor público, y que en general, muestran cómo la legislación Colombiana se encuentra influenciada por una tendencia hacia el endurecimiento punitivo y sancionatorio, quizá como resultado del entendible afán por atender situaciones coyunturales, prescindiendo de un pensamiento profundo que repare en las consecuencias y procure el cambio en la cultura del irrespeto por la actividad de servidor del Estado.

Consideramos que el procedimiento disciplinario sobre los funcionarios públicos y demás personal vinculado al Estado, aun cuando posee una naturaleza administrativa⁵⁸, en este, al decidirse la situación jurídica de un investigado por la comisión de una falta disciplinaria y la imposición de sanciones en su contra, guarda ciertas similitudes con el proceso judicial.

En el sentido anotado, pretendemos abordar nuestros planteamientos a partir de cuatro cuestionamientos claves en el derecho disciplinario: 1) ¿A quién juzga?; 2) ¿Quién juzga?; 3) ¿Qué juzga? y; 4) ¿Cómo juzga?

A quién juzga: Polémicas sobre el sujeto disciplinable

Los regímenes especiales

El legislador Colombiano en dos épocas diferentes (1995, a través de la Ley 200, y en 2002, a partir de la Ley 734) ha expedido el Código Disciplinario Único (CDU) con la finalidad de unificar el régimen disciplinario aplicable a todo el personal al servicio del Estado y como respuesta a una legislación dispersa, que propiciaba un ejercicio ineficiente del juzgamiento de la conducta de los servidores públicos, que dificultaba y anarquizaba la función de control sobre su actividad⁵⁹.

Sin embargo, se reconoce que debido a la particularidad de ciertas actividades que realiza el Estado, exista una normatividad disciplinaria de aplicación preferente a las personas que la desempeñan. Se consagra así un régimen disciplinario especial consistente en el *“conjunto de normas sustantivas y procedimentales establecidas para un grupo determinado de personas -que son- diferentes de las que se aplican a los demás servidores*

⁵⁸ BRITO RUIZ, Fernando. “Régimen Disciplinario” 4ª ed. Legis. Bogotá. 2012, p. 8.

⁵⁹ Exposición de Motivos del Procurador General de la Nación al proyecto de ley 215 de 1995. En: Gaceta del Congreso No. 73. Año IV. Citado por ISAZA SERRANO, cit. p. 31 y por Corte Constitucional. Sentencia C-280 de 1996. M. P. Alejandro Martínez Caballero. En el mismo sentido, ha expresado la jurisprudencia de la Corte Constitucional que “Con la expedición de este Código se buscó la instauración de un estatuto uniforme y comprensivo de todo el régimen disciplinario aplicable a los servidores del Estado”. (Sentencia C-819 de 2006. M. P. Jaime Córdoba Triviño).

*públicos y -que- en razón del principio de solución de antinomias que establece que la ley especial prima sobre la general, -estos- regímenes disciplinarios especiales de origen constitucional, prevalecen sobre el “general u ordinari”*⁶⁰.

En Colombia, la jurisprudencia constitucional ha justificado que el ordenamiento jurídico consagre regímenes disciplinarios especiales, como acontece en el caso típico de la fuerza pública, que con fundamento en el artículo 277 y 278 de la Constitución Política cuenta con dos características: 1) estar “*conformados por un conjunto de normas singulares o particulares en las que se consagran las faltas, las sanciones, los funcionarios competentes para imponerlas y el procedimiento o trámite que debe seguir el proceso respectivo, incluyendo términos, recursos, etcétera, aplicables a un determinado grupo de personas, en este caso a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional*”; y 2) que sus funciones que deben cumplir los destinatarios de este régimen son específicas, distintas de las que realizan otras instituciones⁶¹.

Así las cosas, la especialidad del régimen es consustancial a la de la actividad, y por ende, también lo es respecto de las faltas que allí se consagran, lo que sin duda constituye la esencia de la diferenciación con el régimen general.

Respecto del régimen especial para los miembros de la fuerza pública, que ha sido profusamente tratado por la Corte Constitucional se indicó que:

“[...] los regímenes especiales disciplinarios solo pueden comprender las regulaciones íntimamente vinculadas con su objeto específico. Para la Corte es claro que, en

⁶⁰ Procuraduría GENERAL DE LA NACIÓN. BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO (BID). “La función disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación a Propósito de la Investigación de los integrantes de la fuerza pública y de los Servidores que cumplen Funciones de Policía Judicial”. 2007, p. 82. Este concepto se basa en los argumentos expuestos por la Corte Constitucional en sentencia C-280 de 1996, ya citada, en la que se expresó respecto del anterior CDU (Ley 200 de 1995): “En efecto, si el Legislador pretendía por medio del CDU unificar el derecho disciplinario, es perfectamente razonable que sus artículos se apliquen a todos los servidores públicos y deroguen los regímenes especiales, como es obvio, con las excepciones establecidas por la propia Constitución. Tal es el caso de aquellos altos dignatarios que tienen fuero disciplinario autónomo, pues solo pueden ser investigados por la Cámara de Representantes (CP artículo 178) o de los miembros de la fuerza pública, pues en este caso la propia Carta establece que ellos están sujetos a un régimen disciplinario especial (CP artículos 217 y 218), debido a las particularidades de la función que ejercen. En relación con los funcionarios de la rama judicial que carecen de fuero, esta Corporación ya ha establecido que no vulnera la Carta el ejercicio del poder disciplinario preferente de la Procuraduría, siempre y cuando “dicha competencia no haya sido asumida a prevención por parte del Consejo Superior de la Judicatura”.

⁶¹ Corte Constitucional. Sent. C-819/06, cit. En dónde también se citan las sentencias C-310 de 1997. M. P. Carlos Gaviria Díaz y C- 712 de 2001. M. P. Jaime Córdoba Triviño.

el caso bajo examen, conductas que trasciendan la función propiamente militar o policiva, por carecer de relación directa con el servicio, no podrán quedar cobijadas dentro de las indicadas regulaciones, lo cual se predica, entre otros casos, de las conductas que violan los derechos humanos. Tales comportamientos quedan, entonces, sometidos a la normatividad ordinaria, penal o disciplinaria⁶²”.

El alcance de este principio de especialidad, sin embargo, no implica que se excluya plenamente el régimen general que contempla el CDU, de forma tal que las normas disciplinarias generales, consagrado para todos los funcionarios del Estado, les será aplicable únicamente en cuanto este sea le sea compatible y aplicable a sus funciones⁶³. Ello ha quedado plasmado en la Ley 836 de 2004 que instaura el régimen especial de las Fuerzas Armadas y que se consagra en los siguientes términos:

ARTÍCULO 12. ESPECIALIDAD. En desarrollo de los postulados constitucionales, al personal militar le serán aplicables las faltas y sanciones de que trata este régimen disciplinario propio, así como las faltas aplicables a los demás servidores públicos que sean procedentes. (Se subraya).

El documento *“La función disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación a propósito de la investigación de los integrantes de la fuerza pública y de los servidores que cumplen funciones de policía Judicial”*,⁶⁴ producto de una investigación conjunta entre la Procuraduría General de la Nación y el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), identificó tres tipos de faltas gravísimas en el régimen disciplinario especial de la fuerza pública:

Aquellas que se encaminan a sancionar conductas, que, estando en ejercicio de sus funciones o en su esfera privada, afecten bienes jurídicos de especial con-

⁶² Corte Constitucional. Sentencia C-620 de 1998. M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

⁶³ “De manera general ha estimado que lo que constituye la diferencia específica de ese régimen frente al general aplicable a los demás servidores públicos es el señalamiento de una serie de faltas disciplinarias y de sus correspondientes sanciones, que son diferentes de las que pueden ser impuestas a la generalidad de los mencionados servidores públicos, y cuya previsión se justifica por la especial actividad que corresponde cumplir a las Fuerzas Militares. No obstante, esta especialidad del régimen disciplinario de los militares no impide que también estén sujetos a las normas del régimen disciplinario general de los servidores del Estado”. (Corte Constitucional. Sentencia C-431 de 2004. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra. En el mismo sentido, consultar: CONSEJO DE Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia de 22 de marzo de 2012. No. Interno: 0029-11. C. P. Víctor Hernando Alvarado Ardila).

⁶⁴ Ob. cit.

sideración: derechos fundamentales, personas o bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, integridad de grupos étnicos, raciales, políticos, culturales o religiosos, etcétera, además de afectar la buena imagen que deben tener los ciudadanos de las autoridades.

Aquellas que ocurren en conexidad ocasional con la función y que implican una transgresión del deber propio de todo servidor público de no irrespetar los valores y principios de la administración pública.

Las conductas que *“simultáneamente vulneran el deber funcional y atacan otros bienes jurídicamente tutelados pero en las que el agente actúa totalmente al margen del servicio”*⁶⁵.

Bajo nuestra postura, entendemos que es necesario reafirmar las razones que motivan la especialidad de los regímenes a la hora de interpretar el ordenamiento jurídico disciplinario. Resulta contrario al principio de especialidad que la totalidad de las faltas disciplinarias que se consagran en el régimen general sean aplicables a los integrantes que poseen régimen especial, de lo contrario, se desnaturalizarían sus fundamentos, tanto en la práctica como en su planteamiento constitucional.

Así las cosas, las conductas que deben prevalecer en el régimen especial son la de la primera categoría descrita; las demás, no debieran ponerse en consideración dentro del principio de especialidad del artículo 12 antes citado.

Son ajenas al régimen especial, la presencia de conductas como, por ejemplo, la establecida en el artículo 48 numeral 62 del CDU, norma que en su tenor señala que es falta gravísima:

“Incurrir injustificadamente en mora sistemática en la sustanciación y fallo de los negocios asignados. Se entiende por mora sistemática, el incumplimiento por parte de un servidor público de los términos fijados por ley o reglamento interno en la sustanciación de los negocios a él asignados, en una proporción que represente el veinte por ciento (20%) de su carga laboral”.

Como puede advertirse a simple vista, no debería integrarse al régimen especial por no relacionarse con las actividades propias de un agente de la fuerza pública.

Finalmente, cabe afirmar que la existencia de regímenes disciplinarios especiales, se ve negada fundamentalmente por la carencia de un verdadero fuero en el derecho disciplinario Colombiano, que, a su vez, es la esencia misma de la justificación de un régimen especial. Más que normas, la especialidad de un régimen jurídico determinado, propende por un “jue” especial, que conozca las realidades y dificultades de la actividad. Este es el caso, valga recordarlo, de la justicia penal militar.

⁶⁵ Ibíd. p. 53.

La aplicación del derecho disciplinario a particulares

El derecho administrativo Colombiano, en el contexto social, político y económico que ha supuesto la tendencia a la globalización y a implementar las ideas propias del neoliberalismo, también se ha influenciado por el fenómeno que constituye la denominada “huida del derecho administrativo” expuesto mayoritariamente por la doctrina extranjera y que entre nosotros se ha conceptualizado como “*la aplicación del derecho privado dentro de formas institucionales de derecho público*”⁶⁶.

Esta situación ha ocasionado que se hayan abierto las puertas de la función administrativa para que los particulares y no los servidores públicos escogidos rigurosamente mediante un sistema de carrera la ejerzan. Lo anterior tiene fundamento expreso en nuestra Constitución Política, entre otros, en sus artículos 123 y 210⁶⁷. Como consecuencia de ello, nuestro legislador extendió el régimen disciplinario aplicable a los servidores y funcionarios públicos a los particulares, de tal suerte que el CDU consagra un ordenamiento jurídico disciplinario para estos.

La jurisprudencia constitucional inicialmente entendía, bajo un criterio subjetivo, que las normas disciplinarias no eran aplicables a los contratistas que no tenían ninguna vinculación de subordinación con el Estado, y que, por ende, el criterio que posibilita el juzgamiento disciplinario de una persona depende de su ligamen laboral con el Estado⁶⁸. No pasó mucho tiempo para que la misma Corte Constitucional modificara su parecer y manifestara que el criterio para determinar si un particular es sujeto disciplinable es material, es decir, que depende no de las calidades subjetivas del señalado sino de la naturaleza de la

⁶⁶ RESTREPO MEDINA, ob.cit. p. 48.

⁶⁷ Artículo 123 – inc. 3º: La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio. Artículo 210: “Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley”.

⁶⁸ “En efecto, entre el contratista y la administración no hay subordinación jerárquica, sino que este presta un servicio, de manera autónoma, por lo cual sus obligaciones son aquellas que derivan del contrato y de la ley contractual. Entonces, no son destinatarios del régimen disciplinario las personas que están relacionadas con el Estado por medio de un contrato de prestación de servicios personales, por cuanto se trata de particulares contratistas y no de servidores públicos, por lo cual son contrarias a la Carta las referencias a los contratos de prestación de servicios contenidas en las expresiones acusadas de los artículos 29 y 32 del CDU. Lo anterior no significa que frente a estos contratistas la Administración esté desprovista de instrumentos jurídicos para garantizar el cumplimiento de los objetivos estatales, pues para ello cuenta con las posibilidades que le brinda la ley de contratación administrativa, pero lo que no se ajusta a la Carta es que a estos contratistas se les aplique la ley disciplinaria, que la Constitución ha reservado a los servidores públicos, por cuanto el fundamento de las obligaciones es distinto”. (Corte Constitucional. Sentencia C-280/96, cit.)

función pública, ínsita en su actividad, aunque no por ello sea considerado como funcionario público:

“Desde luego, tal ejercicio de funciones públicas no puede estar despojado de los necesarios controles ni hallarse exento de las responsabilidades que en sí mismo implica.

En los señalados eventos, el fundamento de la responsabilidad del particular es material y la aplicación del régimen disciplinario objetiva, ya que ni una ni otra atienden al Estado o condición de quien actúa sino a la función pública que le ha sido encomendada y al interés, también público, que a ella es inherente.

Cambia así sustancialmente la lectura del artículo 6° de la Constitución Política, que ya no admite una interpretación literal sino sistemática: a la luz del conjunto de principios y preceptos constitucionales, el particular que se halla en cualquiera de las situaciones en las 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, circunscrita apenas a su condición privada, ya que por razón de la tarea que efectivamente desarrolla, en la medida de esta y en 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”⁶⁹. (Subrayas originales del texto de la sentencia).

Aun así, la providencia antecitada advierte que “el ejercicio de funciones públicas por particulares, según lo visto, no incluye, para los fines de la ley disciplinaria, las relaciones contractuales entre el Estado y personas privadas, pues estas son independientes en cuanto no las liga al ente público lazo alguno de subordinación”⁷⁰.

Por su parte, el legislador Colombiano ha plasmado la extensión del ordenamiento jurídico disciplinario a particulares, en el artículo 44 de la Ley 1474 de 2011 (Estatuto Anticorrupción) que modificó el artículo 53 del CDU:

“El presente régimen se aplica a los particulares que cumplan labores de interventoría o supervisión en los contratos estatales; también a quienes ejerzan funciones

⁶⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-286 de 1996. M. P. José Gregorio Hernández Galindo. Posición reiterada por la misma Corporación en sentencias: C-181 de 2002. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, C-037 de 2003. M. P. Álvaro Tafur Galvis y C-338 de 2011. M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁷⁰ *Ibíd.*

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 Directiva.

Consideramos que la norma citada amplía de manera inconveniente el radio de aplicación del régimen disciplinario de los servidores públicos hacia los particulares, dado que, en términos generales, desconoce dos situaciones puntuales:

Primera, que el derecho disciplinario se dirige a juzgar las conductas cometidas por un servidor o funcionario público, sometido a una “*relación especial de sujeción*” que conforma el conjunto de previsiones con las que el Estado “*ata a quien ejerce funciones públicas, para que las realice de la forma diseñada por aquel y no por otro*”, obligando a su destinatario a realizar tareas públicas⁷¹. En ese sentido, un particular que no se halla sujeto a este vínculo específico con el Estado, no debiera ser procesado bajo este derecho sancionador, sino con las demás herramientas con las que cuenta el ordenamiento jurídico para reprender sus conductas reprochables, como es el caso, en general, de los poderes exorbitantes en la contratación estatal, que ante el grave incumplimiento e inminencia de la paralización del servicio permite que la administración imponga medidas para sortear la situación.

Segunda, porque en el marco de un buen gobierno, el funcionario al servicio del Estado es el que cuenta con las cualidades suficientes para ejercer funciones públicas, que no son necesariamente predicables de un particular que no posee

⁷¹ ISAZA, ob. cit. p. 53.

una especial vinculación con el Estado. En otros espacios, hemos advertido con relación a este tema cómo, en los últimos tiempos, la conversión de servidores públicos a personal privado vinculado mediante modalidades contractuales, *“tiene una incidencia de importancia en la elaboración del acto administrativo, pues quienes participan en esa elaboración no gozan de las garantías propias del servidor público que son esenciales para hacer prevalecer el conocimiento, la neutralidad y la transparencia de los actos que crea”*⁷².

Derecho disciplinario y servidores públicos de elección popular

Conforme el artículo 276 de la Constitución, el Procurador es elegido por el Senado de la República. El artículo 277, numeral 6° dispone que el Procurador tiene como función *“Ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes, e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley”*. En concordancia con estas disposiciones, el Decreto Ley 262 de 2000, en el artículo 7° numeral 21, señala que es función del Procurador General de la Nación:

“Conocer en única instancia los procesos disciplinarios que se adelanten contra los congresistas, por faltas cometidas con anterioridad a la adquisición de dicha calidad o durante su ejercicio, en este último caso aunque hayan dejado de ser congresista”.

Como puede verse, el sistema actual de juzgamiento disciplinario de los congresistas, entre otros servidores públicos de elección popular, reviste un serio cuestionamiento que podría atentar contra la teoría de pesos y contrapesos, tan apreciada en los regímenes republicanos, como el nuestro. En efecto, hasta donde sabemos, Colombia es el único país del mundo que presenta esta especial modalidad de permitir que una autoridad, diferente de un juez, pueda decidir sobre la suerte de un elegido popularmente. Más aún, que esa posibilidad resida en una única persona: el Procurador General de la Nación. En estricto cumplimiento de las buenas prácticas a que se refieren el Estado moderno, sería mínimamente recomendable que quien tome esta decisión sea un juez no unipersonal sino un

⁷² QUINTERO NAVAS, Gustavo. Prólogo a la obra “Manual del Acto Administrativo” del profesor LUIS ENRIQUE BERROCAL GUERRERO. Quinta Edición. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá D. C. 2009, p. XXVI.

tribunal. Lo anterior por cuanto una decisión colegiada supone la necesidad de una discusión y un consenso que facilita la toma de decisiones ponderadas.

QUIÉN JUZGA: PROBLEMÁTICAS SOBRE EL OPERADOR DISCIPLINARIO

Juzgamiento disciplinario a funcionarios de carrera por operadores de libre nombramiento y remoción

No cabe duda que en el caso Colombiano, el proceso disciplinario, desde una perspectiva material, administra justicia: justicia disciplinaria. Por ello, quien juzga no debe apartarse de los preceptos afinados por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

“La Corte considera que el derecho a ser juzgado por un juez o tribunal imparcial es una garantía fundamental del debido proceso. Es decir, se debe garantizar que el juez o tribunal en el ejercicio de su función como juzgador cuente con la mayor objetividad para enfrentar el juicio. Esto permite a su vez, que los tribunales inspiren la confianza necesaria a las partes en el caso, así como a los ciudadanos en una sociedad democrática”⁷³.

Este derecho fundamental ha tenido un inmenso arraigo normativo y jurisprudencial en el ordenamiento jurídico internacional⁷⁴. La doctrina interna-

⁷³ Corte Interamericana DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia de 2 de julio de 2004. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Punto 171.

⁷⁴ Compone este conjunto de normas vinculantes de origen internacional, entre otros: El artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948: “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia pena”.

El artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado el 16 de diciembre de 1966: “Todas las personas son iguales ante los tribunales y Cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil”.

El artículo 26 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre dada en Bogotá en abril de 1948: “[...] Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se le imponga penas crueles, infamantes o inusitada”.

El artículo 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) de 22 de noviembre de 1969: 1. “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación

cional ha interpretado el alcance de este derecho de quienes son beneficiarios de la administración de justicia, en estos términos, que para efectos de nuestra exposición bien vale tenerlos muy presentes:

“75. (...) Los principios de imparcialidad e independencia constituyen en todos los Estados los rasgos distintivos del fundamento y la legitimidad de la función judicial. Los conceptos de imparcialidad e independencia del poder judicial postulan tanto atributos individuales como condiciones institucionales. No son meras ideas, vagas y nebulosas, sino conceptos bastante precisos del derecho interno e internacional. Su inexistencia conduce a la denegación de justicia y resta credibilidad al proceso judicial. Debe señalarse que la imparcialidad e independencia del poder judicial no son tanto privilegios del poder judicial como derechos humanos de los destinatarios de la justicia.

76. Los jueces deben ser imparciales e independientes y estar libres de toda restricción, influencia, incentivo, presión, amenaza o injerencia, directas o indirectas. Deben ser también concienzudos, equilibrados, valerosos, objetivos, comprensivos, humanitarios y cultos, pues estas cualidades son condiciones esenciales de un proceso justo y un juicio certero y digno de confianza...

79. *La noción de imparcialidad es en cierto modo distinta de la de independencia. Imparcialidad quiere decir estar libre de prevenciones, de prejuicios y de partidismos; significa no favorecer a uno más que a otro; entraña objetividad y excluye todo afecto o enemistad. Ser imparcial como juez equivale a equilibrar la balanza y decidir sin temor ni favoritismo para obrar rectamente [...]*⁷⁵.

Entre nosotros, este derecho subyace del derecho fundamental a la igualdad de trato consagrado en el artículo 13 constitucional⁷⁶, y vincula a la potestad disciplinaria de la administración a partir de la consagración expresa de este principio, de manera general en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo⁷⁷, y de forma particular en el procedimiento

penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

⁷⁵ L.M. SINGHVI. Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/1985/18, citado por CUMARASWAMY, Param. Relator Especial sobre la Independencia de Jueces y Abogados. Informe E/CN.4/1995/39 de 6 de febrero de 1995. Punto 34. Pág. Web: <http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/html/informes/onu/reija/E-CN-4-1995-39.html> (consultada el 25-ago-2012).

⁷⁶ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. “Tratado de Derecho Administrativo”. Tomo II. Acto Administrativo. 4ª ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá D. C. 2003, p. 77-78.

⁷⁷ Ley 1437 de 2011. Artículo 3º, numeral 3: “En virtud del principio de imparcialidad, las au-

disciplinario⁷⁸ contemplado en el Código Disciplinario Único en los artículos 94 y 129, tanto en lo concerniente a la totalidad del procedimiento como a la práctica y recolección de pruebas⁷⁹.

En ese orden de ideas, en el marco de las reglas relacionadas con el buen gobierno, resulta importante interrogarse acerca de la validez del principio enunciado –juez imparcial e independiente– cuando servidores públicos de libre nombramiento y remoción juzguen disciplinariamente a sus pares o peor aún, a funcionarios que ingresaron a la administración por el sistema de carrera administrativa⁸⁰. Lo anterior por cuanto se podría ver afectada la teoría de la apariencia, bastante desarrollada en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos. Así, en el fallo Thaler contra Austria, del 3 de febrero de 2005⁸¹, se dijo que: *“se deben tener en cuenta, entre otras cosas, la forma en que se designan sus miembros, la duración del cargo, la existencia de garantías contra presiones externas y la cuestión de si el organismo tiene una apariencia de independencia”*..

Seguramente, esto es lo más lejano en cuanto a las calidades de un servidor público de libre nombramiento y remoción, que por la misma naturaleza, es de la confianza del nominador y su permanencia es precaria:

toridades deberán actuar teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos consiste en asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin discriminación alguna y sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetivo”.

⁷⁸ Sobre el derecho fundamental a la imparcialidad y su aplicación en el Derecho Disciplinario, ver: Corte Constitucional. Sentencia T-1034 de 2006. M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁷⁹ Ley 734 de 2002. Artículo 94: “La actuación disciplinaria se desarrollará conforme a los principios rectores consagrados en la presente ley y en el artículo 3o. del Código Contencioso Administrativo. Así mismo, se observarán los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad y contradicción”.

Artículo 129: “IMPARCIALIDAD DEL FUNCIONARIO EN LA BÚSQUEDA DE LA PRUEBA. El funcionario buscará la verdad real. Para ello deberá investigar con igual rigor los hechos y circunstancias que demuestren la existencia de la falta disciplinaria y la responsabilidad del investigado, y los que tiendan a demostrar su inexistencia o lo eximan de responsabilidad. Para tal efecto, el funcionario podrá decretar pruebas de oficio”.

⁸⁰ “La carrera administrativa es una institución jurídica, que tiene por objeto la eficiencia de la administración, el buen servicio a la sociedad y la profesionalización o estabilidad de los empleados públicos, mediante un sistema de administración de personal que regula deberes y derechos, de la administración y del empleado, en el que el ingreso y los ascensos están determinados exclusivamente por la capacidad o mérito demostrables por concurso, y la permanencia sujeta al mérito evaluable mediante la calificación de servicios y al cumplimiento de los deberes, obligaciones y ejercicio de los derechos”. (VILLEGAS ARBELÁEZ, Jairo. “Derecho Administrativo Laboral” 9ª ed. Tomo I. Legis. Bogotá D.C. 2009, p. 311. Además, sobre carrera administrativa consultar: Corte Constitucional. Sentencia C-479/92, ya citada).

⁸¹ V. Corte Europea de Derechos del Hombre, Thaler contra Austria, Decisión de 3 de febrero de 2005.

“Así, por su propia naturaleza, los cargos de libre nombramiento y remoción gozan de una precaria estabilidad pues el ordenamiento deja un margen más amplio de discrecionalidad al nominador, toda vez que aspectos tales como la confianza y la credibilidad que recaen sobre el trabajador pueden determinar la disponibilidad del cargo”⁸².

Tratándose de labores de tan delicada y evidente trascendencia para los derechos e intereses del procesado, un “juzgado” no debería, en estricto entendimiento del buen gobierno, estar vinculado en calidad de libre nombramiento y remoción. Ello contraviene la independencia e imparcialidad del juzgador en grado sumo, tal y como la Corte Constitucional lo consideró cuando en el Código Penal Militar de la época, donde se establecía que el cargo de juez de instrucción penal militar era de libre nombramiento y remoción:

“La Constitución dispone que la justicia debe ser independiente y estar sometida únicamente a la ley. Ello implica que todos los órganos que administran justicia deben cumplir con estos requisitos. Así ocurre también con los distintos órganos de la justicia penal militar, tal como ya lo ha expresado esta corporación en relación con la independencia que la debe caracterizar⁸³. Así las cosas, y dado que el régimen de carrera es uno de los mayores baluartes para la defensa de la independencia de los funcionarios, no se entiende por qué los jueces de instrucción penal militar son definidos en la ley como de libre nombramiento y remoción, a pesar de que la regla general para los funcionarios y empleados judiciales es la de pertenencia a la carrera, regla que también se aplica a sus equivalentes en la justicia ordinaria, los fiscales.

Los jueces de instrucción penal militar no desempeñan tareas de dirección política u orientación institucional, ni funciones que requieran de una relación especial de confianza. Evidentemente, sus labores son estrictamente judiciales. Y si bien la Carta Política autoriza la existencia de una jurisdicción penal militar aparte de la jurisdicción ordinaria, ello no significa que la justicia penal militar pueda sustraerse de los principios propios de la administración de justicia, tal como el de que los funcionarios judiciales deben ser independientes. Así las cosas, no existe ningún argumento que justifique su exclusión del régimen de carrera administrativa. Por

⁸² Corte Constitucional. Sentencia C-443 de 1997. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

⁸³ Ver las sentencias C-358 de 1997, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-141 de 1995, M. P. Antonio Barrera Carbonell y C-592 de 1993, M. P. Fabio Morón Díaz, (cita de la jurisprudencia).

lo tanto, se declarará la inconstitucionalidad de la clasificación del cargo de juez de instrucción penal militar como de libre nombramiento y remoción”⁸⁴.

Ahora bien, podría argumentarse que en materia disciplinaria, herramientas eficaces para evitar este tipo de situaciones que alteran gravemente la idoneidad del funcionario para ejercer su potestad disciplinaria, se hallan en la posibilidad de interponer impedimentos y recusaciones, basados en que estos instrumentos procesales garantizan el derecho a la imparcialidad en la investigación y el juzgamiento de la causa disciplinaria.

Coincidente con ello, consideró la Corte Constitucional respecto del artículo 88 del Código Disciplinario Único, que dispuso que en el evento en que el Procurador General de la Nación se declare impedido o sea recusado, el Viceprocurador General, que es un funcionario de libre nombramiento y remoción,⁸⁵ asuma el conocimiento de la actuación disciplinaria:

“En el caso concreto del Viceprocurador General de la Nación es perfectamente conforme con la Constitución que asuma una investigación disciplinaria cuando quiera que el Procurador General de la Nación se declare impedido o sea recusado, por cuanto, se insiste, es una garantía de imparcialidad en la investigación. Además, el legislador, actuando dentro de su margen de configuración normativa estimó que en estos casos tan delicados, fuese un alto funcionario del Estado quien, debido a sus especiales condiciones morales y profesionales entrase a realizar aquellas investigaciones disciplinarias en las cuales el Procurador General de la Nación se hubiese declarado impedido o hubiese sido recusado”⁸⁶.

Sin embargo, la imparcialidad de estos funcionarios, se insiste, afectaría la teoría de la apariencia que se fundamenta en una máxima del derecho anglosajón: no solo debe hacerse justicia, sino también debe parecer que se hace⁸⁷. La Corte

⁸⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-368 de 1999, ya citada.

⁸⁵ Decreto Ley 262 de 2000, artículo 182.

⁸⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-1076 de 2002. M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁸⁷ La buena “apariencia” de la justicia”. Artículo de prensa. Diario *El País* (España). En página web: http://politica.elpais.com/politica/2011/06/01/actualidad/1306940253_929368.html (consultada el 25-ago-2012).

“But while that is so, a long line of cases shows that it is not merely of some importance but is of fundamental importance that justice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done...”. Este aforismo es extraído de la decisión tomada en el caso “The King v. Sussex Justices., ex parte. McCarthy”, que trató de los siguientes hechos: “Un motorista llamado Mc Carthy fue procesado por un accidente. El secretario del tribunal

Europea de Derechos Humanos ha aplicado esta teoría que permite invalidar un juicio, cuando en este, a pesar de que se hayan cumplido todas las previsiones formales para considerar que hubo un juzgamiento imparcial, aparezca un atisbo acerca de esa imparcialidad, ya sea por razones ligadas a las calidades del juzgador o del procedimiento empleado. En el caso Piersack contra Bélgica, el Tribunal afirmó que:

“En estos eventos, incluso las apariencias pueden tener cierta importancia, (...) cualquier juez respecto del cual exista una razón admisible para temer que este tenga una falta de imparcialidad, este debe retirarse. Lo que está en juego es la confianza que las Cortes deben inspirar a los ciudadanos en una sociedad democrática”. (Traducción nuestra)⁸⁸.

En este sentido, Castillo Córdova acerca del derecho español, ha indicado que:

“Es un criterio hermenéutico plenamente asentado en la jurisprudencia del TC que las actuaciones de los jueces y tribunales deberán conducirse de tal manera que las apariencias no puedan llevar a pensar que está actuando exento de imparcialidad. Si se trata de generar el convencimiento en la ciudadanía acerca de la imparcialidad judicial, el juez no solo tiene la obligación de actuar imparcialmente, sino que además esa imparcialidad debe manifestarse hacia afuer”⁸⁹.

resultó ser miembro del bufete de abogados que había demandado al acusado. Los jueces condenaron a Mc Carthy quien, al enterarse de las vinculaciones del secretario, pidió que se anulara el fallo. Los magistrados debieron jurar que habían adoptado su decisión sin haber consultado ni haber sido influenciados por el secretario. A raíz de ese caso quedó claro que las decisiones de los tribunales, como la mujer del César, no solo deben ser justas sino también parecerlas. En virtud a este principio se permite revisar todo juicio del que se pueda legítimamente temer una falta de parcialidad”. (“La buena apariencia” Ibíd).

⁸⁸ “In this area, even appearances may be of a certain importance (...), any judge in respect of whom there is a legitimate reason to fear a lack of impartiality must withdraw. What is at stake is the confidence which the courts must inspire in the public in a democratic society”. Frase extraída de: Corte EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Piersack vs. Bélgica. Estrasburgo, 1º de Octubre de 1982. Disponible en inglés en página web: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57557> (consultada el 26-ago-2012). En el mismo sentido, consultar, entre otras, las decisiones de la Corte, en los casos “Del Court vs. Belgic”. de 17 de enero de 1970 y “Kress vs. Franci”. de 7 de junio de 2001 (En inglés. Pág. Web: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-59511> consultado el 26-ago-2012).

Ver, además: SARMIENTO, Daniel y otros “Las sentencias básicas del Tribunal Europeo de Derechos Humano”.. En pág. Web: http://www.danielsarmiento.es/pdf/sentencias_basicas.pdf (consultado el 26-ago-2012).

⁸⁹ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “El derecho fundamental al juez imparcial: Influencias de la jurisprudencia del TEDH sobre la del Tribunal Constitucional Español”.. En: Anuario de De-

No obstante el autor citado advierte que no cualquier señal de parcialidad del juzgador debe ser tenida en cuenta:

“Sin embargo, no solo las apariencias definen la parcialidad o imparcialidad del juez, sino que esta apariencia deberá ir acompañada de una razón justificada. Es decir, no basta ‘que las sospechas o dudas sobre su imparcialidad surjan en la mente de quien recusa, sino que es preciso determinar [...] si las mismas alcanzan una consistencia tal que permita afirmar que se hallan objetiva y legítimamente justificada’”⁹⁰.

De lo anterior, podemos extraer que en el concierto jurídico internacional se valora el derecho fundamental al juez imparcial desde dos ámbitos: las partes y la sociedad. Siendo el interés colectivo la confianza hacia las instituciones que ejercen materialmente la administración de justicia, lo que motiva que un fallo pueda revocarse ante la mera apariencia de un juzgamiento imparcial.

En lo que toca a nuestro tema, parece muy claro que se contrarían los postulados del buen gobierno cuando el juzgamiento disciplinario de los funcionarios y servidores del Estado recaiga en funcionarios de libre nombramiento y remoción.

QUÉ JUZGA: EL RÉGIMEN LEGISLATIVO DE FALTAS DISCIPLINARIAS

El pensamiento represivo del legislador Colombiano y sus consecuencias

A cada escándalo sobreviene una ley que busca reprimirlo. Este pareciera ser el pensamiento que ha inspirado al legislador Colombiano en los últimos años, como respuesta a la legítima reclamación mediática y ciudadana que exige resultados en la lucha contra la corrupción, pero, quizá, de manera equivocada, enfocada a una mayor persecución criminal y disciplinaria de los funcionarios, servidores públicos, contratistas y colaboradores del Estado, mediante la inclusión de nuevas faltas disciplinarias, inhabilidades e incompatibilidades y conductas delictivas. Muestra de ello es el reciente Estatuto Anticorrupción (Ley 1474 de 2011).

Hemos advertido en anteriores ocasiones de este accionar del Estado Colombiano y sus peligrosas consecuencias sobre la adecuada gestión pública y que en este trabajo nos permitimos reiterar:

recho Constitucional Latinoamericano. 2007. Disponible en página web:<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2007.1/pr/pr6.pdf>(consultada el 26-ago-2012).

⁹⁰ Ibíd.

“En Colombia, observamos que uno de los medios preferidos ha sido la instauración de medidas sancionadoras severas para los servidores públicos. Las responsabilidades, sancionadoras y reparadoras contra los servidores públicos pueden tener efectos negativos en la actividad administrativa en la medida en que el funcionario puede ser presa de grandes temores que lo lleven a elegir actuar mínimamente para evitar riesgos. De esta manera, se recarga la actividad judicial llegando al punto de lo que llamaba el profesor francés JEAN RIVERO⁹¹, el juez que gobierna, y yo agregaría, a pesar de él. De esta manera, no es raro ver que la elaboración de un acto administrativo obedezca exclusivamente al cumplimiento de una decisión judicial⁹². Este servidor público “tembloroso”, propio del Estado pre-moderno, no siempre facilita la actividad de la función administrativa del Estado”⁹³.

Entre las expresiones varias de este Estado de cosas, podemos enumerar:

La excesiva tipicidad de las faltas disciplinarias, en contradicción con la técnica dogmática del derecho disciplinario que permite el uso de tipos en blanco o de remisión. En efecto, la dogmática disciplinaria autoriza a adecuar la formulación de los cargos a su finalidad: la corrección y prevención del comportamiento del personal al servicio del Estado⁹⁴.

El cada vez más creciente catálogo de prohibiciones, inhabilidades y faltas disciplinarias de toda índole (sobre todo las faltas gravísimas) que podría incre-

⁹¹ Ver: RIVERO, Jean. “Le juge administratif français, un juge qui gouverne”, D., 1951, chron, pág. 21.

⁹² Un ejemplo ilustrativo lo ofrece la decisión administrativa de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, que tiene origen en el cumplimiento de la Acción de Tutela de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura del 9 de febrero de 2009 (Exp. 628-03) en la que se ordenó reubicar la totalidad de los despachos judiciales que funcionan en el complejo judicial Hernando Morales Molina.

⁹³ QUINTERO NAVAS, Gustavo. Prólogo. Ob.cit. p. XXVIII.

⁹⁴ “La tipicidad en las infracciones disciplinarias se establece por la lectura sistemática de la norma que establece la función, la orden o la prohibición y de aquella otra que de manera genérica prescribe que el incumplimiento de tales funciones, órdenes o prohibiciones constituye una infracción disciplinaria. Esta forma de definir la tipicidad a través de normas complementarias, es un método legislativo que ha sido denominado el de las normas en blanco. Estas consisten en descripciones incompletas de las conductas sancionadas, o en disposiciones que no prevén la sanción correspondiente, pero que en todo caso pueden ser complementadas por otras normas a las cuales remiten las primeras. Sobre los tipos en blanco, la Corte ha dicho esas descripciones penales son constitucionalmente válidas, siempre y cuando el correspondiente reenvío normativo permita al intérprete determinar inequívocamente el alcance de la conducta penalizada y de la sanción correspondiente”. (Corte Constitucional. Sentencia C-404 de 2001. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra).

mentar el temor del funcionario público y, en consecuencia, impedir el adecuado funcionamiento de la administración.

La consagración legislativa de regímenes especiales que no siempre son tales, porque su sustantividad consulta mayoritariamente el régimen general.

El cuadro que hemos descrito no es producto de la actividad de un único actor social, puesto que pareciera que estuviéramos transitando un círculo vicioso en el que la corrupción se encuentra muy presente en la cotidianidad; el gobierno y el legislador responden con medidas represivas y el ciudadano, como resultado de ello, desconfía de sus instituciones.

Ello hace que afirmemos que para que exista un buen gobierno en nuestro país, debe promoverse un cambio cultural de fondo, en el que el mérito y la confianza primen en el actuar de la administración. Esto solo se logra educando a todos los niveles sociales en una nueva cultura de respeto por lo público, en la que se permita la participación y la inclusión de las personas en las decisiones de la administración, y en la que nuestras autoridades actúen de forma reflexiva y pausada, evaluando las consecuencias de la implementación de nuevas normas⁹⁵. Todos estos son aspectos integrantes del derecho al buen gobierno, tal y como lo expusimos en el primer capítulo del presente escrito.

Derecho disciplinario frente a conductas delictivas

Entre nosotros se acepta pacíficamente la autonomía del derecho disciplinario respecto del derecho penal, que se fundamenta principalmente en que la esfera del derecho penal protege bienes jurídicos sociales más amplios que el derecho disciplinario, en el que se procura mantener la probidad ética en el personal subordinado o vinculado al Estado⁹⁶.

Aun así, como pudo apreciarse antes, la condena proferida por el juez penal a pena privativa de libertad mayor a cuatro años por delitos dolosos (artículo 38. Numeral 1º del CDU)⁹⁷ o por delitos que afecten el patrimonio público (artículo 122, inciso 5º, Constitución Política de Colombia)⁹⁸, conllevan automáticamente

⁹⁵ Véase en ese mismo sentido, los planteamientos del profesor NEVADO-BATALLA, ob.cit.

⁹⁶ Uno de los pronunciamientos jurisprudenciales más significativos en ese aspecto fue el realizado por la Corte Constitucional en sentencia C-244 de 1996 con la ponencia del Magistrado Carlos Gaviria Díaz.

⁹⁷ “ARTÍCULO 38. OTRAS INHABILIDADES. También constituyen inhabilidades para desempeñar cargos públicos, a partir de la ejecutoria del fallo, las siguientes: 1. Además de la descrita en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política, haber sido condenado a pena privativa de la libertad mayor de cuatro años por delito doloso dentro de los diez años anteriores, salvo que se trate de delito político”.

⁹⁸ “Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como

a que el sujeto sea cobijado permanentemente por una inhabilidad para ejercer cargos públicos.

Así mismo, el legislador contempló como falta disciplinaria gravísima “*Realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando del mismo*” (artículo 48, núm. 1º. Ley 734 de 2002).

En nuestro criterio, la investigación de conductas disciplinarias no puede involucrarse en la esfera funcional y competencial de las autoridades encargadas de la investigación de delitos, y por ello, para reafirmar la autonomía e independencia de las esferas penal y disciplinaria, dentro de la categoría del “*ius puniendi*” del Estado, debería suprimirse la falta disciplinaria descrita en el artículo 48-1 antes citado, y que la intervención del operador disciplinario dependa de la sentencia dictada por el juez penal, para efectos de fijar únicamente la sanción.

Para ello se podría pensar que, una vez la decisión penal esté en firme, la Procuraduría, en un término, por ejemplo, de máximo un año, determine la sanción a imponer. Con esto se evita que puedan existir “dos verdades” frente a unos mismos hechos y, por otro lado, evitar un gran desgaste de la Procuraduría en investigaciones que podrían sobrepasarla en su capacidad operativa, conduciendo, en algunos casos, a la impunidad. Sin duda, la manera como contempla actualmente este punto el derecho Colombiano, no se acerca a lo que conocemos como buenas prácticas.

candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico en Colombia o en el exterior.

Tampoco quien haya dado lugar, como servidores públicos, con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño”.

CÓMO JUZGA: EL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO

Términos para la interposición de los recursos en el procedimiento disciplinario.

Como hemos sostenido en otros escenarios⁹⁹, es de destacar que el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011) amplió el término para interponer los recursos de reposición y de apelación, en desarrollo de la discusión de la decisión ante la entidad correspondiente a diez (10) días, de conformidad con el artículo 76 de la nueva codificación. Ello claramente está en sintonía con los derechos fundamentales del particular involucrado, particularmente con el derecho de defensa, integrante del derecho al debido proceso, toda vez que permite un tiempo razonable, más prolongado, para que el afectado por la decisión estudie el fondo del asunto y pueda contra-argumentar y recaudar las pruebas suficientes para impugnar el acto administrativo.

En contradicción con el derecho fundamental del debido proceso y sus derivados derechos de defensa y contradicción, se ubica el artículo 111 del Código Disciplinario Único (Ley 734 de 2002) que contempla un término supremamente reducido de tres (3) días, para interponer los recursos de reposición y/o de apelación, según corresponda. Seguimos sosteniendo que ante el drama que supone una decisión que afecta la vida y la tranquilidad del disciplinado, no puede someterse a un término tan corto para responder con un expediente que probablemente es voluminoso, a las argumentaciones que esgrime el operador disciplinario. Este procedimiento especial debiera seguir los pasos de la nueva codificación que amplió el plazo de los recursos a diez (10) días hábiles, situación que muestra un significativo avance hacia el respeto del principio de la igualdad de armas, que está en armonía con lo señalado por las reglas del buen gobierno.

Término de prescripción y caducidad de la acción disciplinaria

El artículo 30 del Código Disciplinario Único, modificado por el artículo 132 de la Ley 1474 de 2011, señala textualmente:

⁹⁹ QUINTERO NAVAS, Gustavo. “Panorama del Procedimiento Administrativo en la Ley 1437 de 2011: ¿Hacia un derecho más ciudadano”. En: MALAGÓN PINZÓN, Miguel. (coord.) “El derecho público y los 20 años de la Constitución de 1991”. Universidad de los Andes. Capítulo Primero. Pendiente de publicación.

La acción disciplinaria caducará si transcurridos cinco (5) años desde la ocurrencia de la falta, no se ha proferido auto de apertura de investigación disciplinaria. Este término empezará a contarse para las faltas instantáneas desde el día de su consumación, para las de carácter permanente o continuado desde la realización del último hecho o acto y para las omisivas cuando haya cesado el deber de actuar. La acción disciplinaria prescribirá en cinco (5) años contados a partir del auto de apertura de la acción disciplinaria. Cuando fueren varias las conductas juzgadas en un mismo proceso la prescripción se cumple independientemente para cada una de ellas. La misma norma se encarga de disponer el término de prescripción de la acción disciplinaria, en cinco (5) años contables a partir del auto de apertura de investigación disciplinaria.

Entonces, con el nuevo régimen se distinguen la prescripción de la acción disciplinaria de la caducidad, pero dejando un grave vacío normativo con respecto a la segunda instancia.

De hecho, si se suman los términos que acabamos de exponer, los operadores contarían con un lapso de diez (10) años para adelantar el control disciplinario, favoreciendo su trabajo.

Estas normas, tal y como están expedidas, pueden generar en nuestra opinión, varios inconvenientes:

Se configuraría, eventualmente, un desconocimiento de los derechos y garantías del investigado, debido a que se le mantiene *sub judice*, durante un tiempo muy extenso, sometido a la incertidumbre de un proceso, alterando su tranquilidad y la libre ejecución de sus funciones. Ello pueda que beneficie la labor de los operadores disciplinarios, pero con seguridad, ese no es el tiempo con el que cuenta el investigado para defenderse.

Puede marchar en contravía de los principios rectores de la ley disciplinaria y de la función administrativa, particularmente los de celeridad, economía, eficiencia y debido proceso por cuanto lejos de ser rápida la decisión, se hace más larga.

En este aspecto, sería conveniente que en materia disciplinaria, en observancia de principios como el de favorabilidad¹⁰⁰ se adoptara el régimen de pres-

¹⁰⁰ Que en materia disciplinaria está contemplado en el artículo 14 de la Ley 734 de 2002: FAVORABILIDAD. En materia disciplinaria la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Este principio rige también para quien esté cumpliendo la sanción, salvo lo dispuesto en la Carta Política.

cripción y caducidad que trae la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo) en materia sancionatoria:

ARTÍCULO 52. CADUCIDAD DE LA FACULTAD SANCIONATORIA. Salvo lo dispuesto en leyes especiales, la facultad que tienen las autoridades para imponer sanciones caduca a los tres (3) años de ocurrido el hecho, la conducta u omisión que pudiere ocasionarlas, término dentro del cual el acto administrativo que impone la sanción debe haber sido expedido y notificado. Dicho acto sancionatorio es diferente de los actos que resuelven los recursos, los cuales deberán ser decididos, so pena de pérdida de competencia, en un término de un (1) año contado a partir de su debida y oportuna interposición. Si los recursos no se deciden en el término fijado en esta disposición, se entenderán fallados a favor del recurrente, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial y disciplinaria que tal abstención genere para el funcionario encargado de resolver.

Cuando se trate de un hecho o conducta continuada, este término se contará desde el día siguiente a aquel en que cesó la infracción y/o la ejecución.

La sanción decretada por acto administrativo prescribirá al cabo de cinco (5) años contados a partir de la fecha de la ejecutoria.

Se desprende de lo anterior que la facultad sancionatoria de la administración caduca a los tres (3) años de haber ocurrido el hecho, la conducta u omisión, término dentro del cual debe haberse expedido y notificado el acto que impone la sanción. Para la segunda instancia, el CPACA establece que los recursos deben resolverse en un (1) año contado a partir de su interposición, y que en caso de desconocerse este plazo, se entenderá que los medios de impugnación se resuelven a favor del recurrente.

A nuestro parecer, estos plazos consultan de forma más adecuada el derecho del procesado disciplinariamente a una rápida resolución de su asunto, evitándose la indeterminación jurídica de su situación por un tiempo irrazonable.

VI. CONCLUSIONES

Bajo los postulados del buen gobierno, son variadas las actividades que debe hacer el Estado moderno, que lejos de reducir sus competencias las halla cada día más ampliadas y en una mayor cantidad, por lo que es muy lejana la posibilidad de que la disciplina del derecho administrativo desaparezca, por el contrario esta se reformula y se fortalece.

Nuestras normas son abundantes en la obligatoriedad de la administración de cumplir con dichos postulados: Por una parte, orienta su actividad al desempeño eficaz y eficiente de sus labores y a garantizar los derechos y garantías fundamentales del ciudadano como razón y sustento de su labor. Por otro lado, le indica al personal al servicio del Estado en qué sentido debe ir su actuación: la defensa de los derechos y la prevalencia del interés general.

No obstante, nuestra realidad nos indica que la tarea de un buen gobierno está en riesgo de quedarse en letra muerta. Estas conductas, como han dicho los diversos autores citados, pueden haber encontrado en la cultura y en la educación de la sociedad el alimento de las inapropiadas, que nos aquejan diariamente.

Desde el derecho disciplinario, objeto de nuestra apasionada dedicación, todavía existen espacios que pueden generar espacios que no contribuyan a la construcción de las buenas prácticas administrativas.

Particularmente, situaciones que pueden engendrar indeterminaciones sobre el sujeto disciplinable, confusiones sobre las faltas disciplinarias, dudas sobre la probidad del funcionario que asume la investigación y el juzgamiento disciplinarios, incertidumbres en el procedimiento, han sido el origen de este artículo, con el que pretendemos enriquecer la dialéctica entre los actores que intervienen en el proceso disciplinario, que como hemos dicho, es una herramienta fundamental en un Estado Social de Derecho.

Creemos firmemente que la buena labor administrativa del Estado puede mejorar, que nuestro ordenamiento jurídico puede adecuarse a las buenas prácticas y que la desconfianza que ha suscitado entre la población, la actividad de la administración es perfectamente superable. Para ello, insistimos, es perentorio que la cultura y la educación de la sociedad varíen a favor del que hemos dado en denominar el “derecho a un buen gobierno o a la buena administración”, y que como consecuencia de ello, los integrantes de la sociedad conozcan los derechos de los que son titulares y participen activamente en las actividades y decisiones de la administración para que actúe adecuadamente.

Esperamos que estas reflexiones contribuyan a ese propósito y enriquezcan el derecho disciplinario en su labor como garante del buen gobierno.

BIBLIOGRAFÍA

Álvarez Jaramillo, Luis Fernando. Presentación. En: ARBOLEDA PERDOMO, Enrique José. “*Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*”. 1ª ed. Legis. Bogotá D. C. 2011, páginas xvii a xxxiv.

Brito Ruiz, Fernando. “*Régimen Disciplinario*”. 4ª ed. Legis. Bogotá D. C. 2012.

Castillo Córdova, Luis. “El derecho fundamental al juez imparcial: Influencias de la jurisprudencia del TEDH sobre la del Tribunal Constitucional Español”. En: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. 2007. Disponible en página web:

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2007.1/pr/pr6.pdf>

Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. “*Dogmática del Derecho Disciplinario*”. 4ª ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá D. C. 2007.

Isaza Serrano, Carlos Mario. “*Teoría General del Derecho Disciplinario*”. 2ª ed. Temis. Bogotá D. C., 2009.

L.M. SINGHVI. Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/1985/18, citado por CUMARASWAMY, Param. Relator Especial sobre la Independencia de Jueces y Abogados. Informe E/CN.4/1995/39 de 6 de febrero de 1995. Punto 34. Pág. Web: <http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/html/informes/onu/reija/E-CN-4-1995-39.html>

Lugo Verduzco, Adolfo. “*La ética en el servicio pública*”. En: García Ramírez, Sergio. (coord.) “*Los valores en el derecho mexicano. Una aproximación*”. Fondo de Cultura Económica. Universidad Autónoma de México. México D. F. 1997.

Montaña Plata, Alberto. “*Fundamentos de Derecho Administrativo*”. 1ª ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá D. C. 2010.

Nevado–Batalla Moreno, Pedro T. “*Legalidad y buena administración. Garantías del ciudadano frente a la corrupción y las malas prácticas en la gestión pública*”. Pontificia Universidad Javeriana - Grupo Editorial Ibáñez. Colección Internacional No. 19. Bogotá D. C. 2009, p. 26-27.

Nieto Garrido, Eva y Martín Delgado, Isaac. “*Derecho administrativo europeo en el Tratado de Lisboa*”. Marcial Pons. Madrid, 2010.

Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. “*Prácticas de Buen Gobierno para la Protección de los Derechos Humanos*”.

Ginebra, 2008. Publicación disponible en página web: http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GoodGovernance_sp.pdf

Orrego Morales, Camilo José. “*La Buena Administración del Estado: Comprensión de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos desde la Gerencia Jurídica Pública*”. Página 11. Documento en formato .pdf, en página web: <http://www.mij.gov.co/econtent/library/documents/DocNewsNo1787DocumentNo5750.pdf>

Quintero Navas, Gustavo. Prólogo a la obra “*Manual del Acto Administrativo*” del profesor LUIS ENRIQUE BERROCAL GUERRERO. Quinta Edición. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá D. C. 2009, p. XXVI.

“*Panorama del Procedimiento Administrativo en la Ley 1437 de 2011: ¿Hacia un Derecho más Ciudadano*”. En: Malagón Pinzón, Miguel. (coord.) “*El derecho público y los 20 años de la Constitución de 199*”. Universidad de los Andes. Capítulo Primero. Bogotá D. C. Pendiente de publicación.

Procuraduría General de la Nación. Banco Interamericano de Desarrollo (BID). “*La función disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación a Propósito de la Investigación de los integrantes de la fuerza pública y de los Servidores que cumplen Funciones de Policía Judicial*”. Bogotá D. C. 2007.

Restrepo Medina, Manuel Alberto. “*La respuesta del derecho administrativo a las transformaciones recientes del Estado Social de Derech*”. En Restrepo Medina, Manuel Alberto (ed.) “*El Derecho Administrativo en los Albores del Siglo XX*”. Universidad del Rosario. Facultad de Jurisprudencia. Bogotá D. C. 2007.

Rivero, Jean. “*Le juge administratif français, un juge qui gouvern*”, D., 1951, chron.

Rodríguez-Arana, Jaime. “*El derecho fundamental a la buena administración en el marco de la lucha contra la corrupción*”. En página web: <http://derecho.posgrado.unam.mx/congresos/ConIbeConMexDA/ponyprog/JaimeRodriguezArana.pdf>.

Sáez Arenilla, Manuel. “*Crisis y reforma de la administración pública*”. Netbiblo. Madrid. 2011, p. 107.

Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. “*Tratado de Derecho Administrativo*”. Tomo I – Introducción. Universidad Externado de Colombia. 3ª Ed. Bogotá D. C. 2003.

“*Tratado de Derecho Administrativo*”. Tomo II – Acto Administrativo. Universidad Externado de Colombia. 4ª Ed. Bogotá D. C. 2003.

Sarmiento. Daniel y otros “*Las sentencias básicas del Tribunal Europeo de Derechos Humano*”. En pág. Web: http://www.danielsarmiento.es/pdf/sentencias_basicas.pdf

Villegas Arbeláez, Jairo. “*Derecho Administrativo Laboral*”. 9ª ed. Tomo I. Legis. Bogotá D. C. 2009.

Uprimny Yepes, Rodrigo. “*El Bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrina*”. En página web: http://www.dejusticia.org/admin/file.php?table=documentos_publicacion&field=archivo&id=46

LOS PARTICULARES EN EL DERECHO DISCIPLINARIO

FERNANDO BRITO RUIZ *

** Procurador Segundo Delegado para la Vigilancia
Administrativa - Magíster en derecho administrativo*

INTRODUCCIÓN

En este artículo se hacen algunas consideraciones acerca de la razón de ser del régimen disciplinario que se aplica a los particulares. Para ello se toma en cuenta que resulta por lo menos incomprensible, en un primer momento, que los particulares sean sometidos a alguna clase de actuación disciplinaria por parte de entidades u órganos del Estado, cuando un entendimiento de la situación indica que deben regirse por las normas propias de los particulares, lo que llevaría en todos los casos a los códigos Civil y de Comercio.

La situación sería confusa, si no fuera porque en el curso de los acontecimientos se ha ido despejando el panorama, que lleva a concluir que los particulares, cuando cumplen determinadas funciones o prestan ciertos servicios públicos propios del Estado, o manejan recursos públicos, deben dar cuenta de sus actuaciones, y para ello ha sido previsto el régimen disciplinario. Tal situación se origina porque entran a desempeñar actividades que son del Estado o por tratarse del manejo de dineros públicos.

Como se verifica con el examen de la legislación y la jurisprudencia, hay un régimen especial que se aplica a los particulares que cumplen determinadas funciones públicas, manejan recursos del Estado o prestan determinados servicios públicos, el cual prevé para estas faltas sanciones propias. El objeto de este estudio, es precisar algunos de estos aspectos.

Para hacer una aproximación al tema, la presentación se divide en seis aspectos principales:

1. La situación de los particulares frente al régimen disciplinario. Algunas referencias históricas.
2. Normas de la Constitución que prevén la participación de los particulares en asuntos del Estado.
3. El proceso de desregulación de actividades del Estado y la entrega paulatina a los particulares de asuntos del Estado.
4. Evolución normativa y jurisprudencial del régimen disciplinario que se aplica a los particulares.
5. Particulares que son sujetos del régimen disciplinario.
6. Faltas y sanciones atribuibles a los particulares.

I. LA SITUACIÓN DE LOS PARTICULARES FRENTE AL RÉGIMEN DISCIPLINARIO. ALGUNAS REFERENCIAS HISTÓRICAS

Puede decirse que en nuestro sistema político-administrativo no es extraña la presencia de los particulares en la atención de algunos asuntos del Estado. Así, con la reforma constitucional del año 1968 y la gran reorganización que se hizo del Estado, con base en dichas disposiciones constitucionales, se previó con claridad la participación de los particulares, en especial en la conformación de las juntas o consejos directivos de las entidades descentralizadas, con el objeto de que brindaran sus conocimientos y su experiencia al desarrollo de las actividades de esas entidades.

Antes de ello, en el año 1940, se previó que la Federación Nacional de Cafeteros, organización que agrupaba a los cafeteros del país, manejara los recursos provenientes de la contribución cafetera, los que iban al fondo nacional del café y se consideraron de carácter parafiscal, con lo cual se entregaba a los particulares el manejo de dineros públicos, una de las modalidades por excelencia de su vinculación al manejo de asuntos del Estado.

Mirando atrás en la historia, puede decirse que en la antigua polis griega los particulares, reunidos en asamblea pública, entraban a resolver la situación de los magistrados, como se denominaban quienes tenían a su cargo el manejo de los asuntos de la ciudad-Estado, cuando estos eran juzgados por malos manejos o mala administración de los asuntos de la ciudad, sanción que podía incluir el extrañamiento o la expulsión de la urbe, medida adoptada mediante votación y que constituía sin duda una dura expresión de los ciudadanos contra quienes habían tenido una mala administración de tales asuntos.

La situación adquiere mayor entidad en las épocas recientes y por diversas razones y circunstancias se incrementa dicho nivel de participación. Ella ha sido tradicionalmente y por excelencia una participación en esferas propias de la administración, figura conocida y denominada como descentralización por colaboración, de acuerdo con la expresión acuñada por el maestro mexicano Gabino Fraga y que define hoy en día una modalidad de dicha participación de los particulares en asuntos del Estado.

Dice al respecto el maestro mexicano:

166. La descentralización por colaboración constituye una modalidad particular del ejercicio de la función administrativa con caracteres específicos que la separan notablemente de los otros dos tipos de descentralización que hasta aquí hemos estudiado.

La descentralización por colaboración se origina cuando el Estado va adquiriendo mayor injerencia en la vida privada y cuando, como consecuencia, se le van presentando problemas para cuya resolución se requiere una preparación técnica de que carecen los funcionarios políticos y los empleados administrativos de carrera. Para tal evento, y ante la imposibilidad de crear en todos los casos necesarios organismos especializados que recargarían considerablemente la tarea y los presupuestos de la administración, se impone o autoriza a organizaciones privadas su colaboración, haciéndolas participar en el ejercicio de la función administrativa.

De esta manera, la descentralización por colaboración viene a ser una de las formas del ejercicio privado de las funciones públicas.

No obstante esto, tal intervención se viene acentuando y ampliando, al punto que hoy en día se entiende que puede abarcar esferas propias de la administración de justicia, amén de la consabida realización de actividades administrativas, lo mismo que puede ser transitoria o permanente, al igual que puede incluir el manejo de recursos públicos, el ejercicio de funciones públicas y administrativas y la prestación de servicios públicos.

Vale recordar que en épocas anteriores estuvo prevista la figura de los jurados de conciencia en los procesos penales, lo que debe catalogarse como una forma de administración de justicia, asignada transitoriamente a los particulares, lo cual a su vez cabe calificar como una forma de colaboración de los particulares en la administración de justicia, aun cuando no era voluntaria sino obligatoria y no era remunerada. Ahora aparece nuevamente prevista.

II. NORMAS DE LA CONSTITUCIÓN QUE PREVEN LA PARTICIPACIÓN DE LOS PARTICULARES EN ASUNTOS DEL ESTADO

La Constitución de 1991 introduce nuevos elementos relativos a la participación de los particulares en el manejo de asuntos públicos. Es así como, de un lado, señala en su artículo 2º que corresponde a las autoridades asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares, al tiempo que en otras disposiciones prevé la intervención de los particulares en determinados asuntos.

De esa manera, figura en el artículo 26 que la ley puede asignar funciones públicas a los colegios de las distintas profesiones reconocidas, al igual que el artículo 48 señala que la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se podrá prestar con la participación de los particulares y el artículo 49 consagra que la prestación de los servicios en salud se podrá hacer

por entidades privadas, eventos donde las normas constitucionales consagran igualmente la vigilancia y control que se ejercerá por parte del Estado.

El artículo 116 de la Carta señala que los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia, en la condición de jurados en las causas criminales, o como conciliadores y árbitros, para proferir fallos en derecho o en equidad. De otro lado, el artículo 123 de la Carta establece que la ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas.

El artículo 210 constitucional, contempla la posibilidad para que los particulares desempeñen funciones administrativas, que como ha dicho el Consejo de Estado, constituye una especie de las funciones públicas y el numeral 4º del artículo 268 de la Carta faculta al Contralor General de la República para exigir informes a toda persona pública o privada que administre fondos o bienes de la nación; en tanto el artículo 365 concibe que los servicios públicos podrán ser prestados por los particulares.

Como se puede ver, el panorama se ha ampliado considerablemente y lleva a considerar que esas actividades que cumplen los particulares, como lo indican las propias disposiciones constitucionales, requieren de vigilancia, control y regulación por parte del Estado.

III. EL PROCESO DE DESREGULACIÓN DE ACTIVIDADES DEL ESTADO Y LA ENTREGA PAULATINA A LOS PARTICULARES DE ASUNTOS DEL ESTADO

Son varias las razones que pueden haber incidido en este gradual y amplio espectro de atribución de asuntos del Estado a los particulares. De un lado, el problema mismo de definición de aquellos asuntos que pueden considerarse de carácter público, ligado a la dificultad para precisar la noción de servicio público, que siempre ha invadido al derecho administrativo.

De otro lado, la tendencia a reducir el tamaño del Estado, como parte de políticas públicas difundidas por organismos multilaterales, en especial el Banco Mundial, dada la macrocefalia que han alcanzado en muchas ocasiones sus instituciones, donde proliferan toda suerte de entidades, a veces realizando iguales o similares funciones, sobre todo superponiéndose en los ámbitos nacional y territorial, como en su momento lo señaló la misión Currie, cuestión que aún conserva ciertas connotaciones importantes.

Ello debe verse aparejado con la tendencia que surge en los años 80's, de entregar muchas de estas actividades a los particulares, por diversas razones,

entre las que pueden contabilizarse la falta de eficacia y eficiencia de las entidades estatales encargadas de brindar o de atender tales servicios, la creencia, fundada o no, de que esas actividades en manos de los particulares se podían desarrollar con menores costos, mayor eficiencia, dentro de líneas de competencia de mercado.

A lo anterior puede sumarse que las administraciones públicas usualmente están profundamente reguladas, lo que implica mayores controles y más pasos burocráticos, con la consecuente morosidad, lentitud en la toma de decisiones, controles rígidos y permanentes, pereza oficial y dispendiosos papeleos, todo lo cual llevó a considerar que esos asuntos podían ser mejor atendidos en manos de particulares.

De la misma manera, el Estado fue asumiendo una serie de actividades y gestiones que no era claro que formaran parte de la noción de función o de servicio público, con la consecuente tardanza en su atención, bajo el entendido de que gestión pública es sinónimo de lentitud y de ineficiencia, lo que motivó a devolver o a entregar esas actividades a los particulares.

A todo ello debe sumarse que la tendencia declarada fue buscar medios competitivos donde el libre mercado y la libre competencia se convirtieran en el estímulo para mejores servicios a menores costos, enmarcado como se dijo, bajo criterios de privatización, lo que en algunos casos se denominó ‘neoliberalismo’, todo ello relacionado además con la tendencia a disminuir el tamaño del Estado, con la búsqueda de eficiencia y de eficacia, por lo que se fueron entregando a los particulares toda clase de funciones y de competencias, incluida la administración de recursos públicos para diversos efectos, lo mismo que la atención y prestación de los más variados servicios.

Como suele suceder en estos eventos, las decisiones de orden político se tomaron sin muchas consideraciones, motivo por el cual posteriormente se han empezado a echar de menos controles, regulaciones y mecanismos para evitar los consabidos abusos y malas prácticas derivadas del manejo de estas actividades por los particulares.

Esto último significa que se han venido presentando cambios importantes acerca de la manera como se entiende esta participación de los particulares en el manejo de los asuntos estatales.

IV. EVOLUCIÓN NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL DEL RÉGIMEN DISCIPLINARIO QUE SE APLICA A LOS PARTICULARES

Se puede empezar diciendo que a partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, el tema de la intervención de los particulares en el mane-

jo de asuntos públicos adquiere mayor dimensión, se amplía el campo de estas actividades, como se explicó, y a raíz de ello, la legislación empieza a ocuparse del tema, aun cuando de manera vacilante y poco clara en sus inicios.

Puede decirse que hay un primer período que va del año 1991, una vez expedida la Constitución, hasta el momento en que se expide la Ley 200 de 1995, donde no hay una regulación clara y expresa sobre la situación de los particulares que desempeñan funciones o servicios públicos.

En el entretanto, por iniciativa de la Procuraduría General de la Nación, se impulsa la idea y el proyecto de una ley que regule el tema disciplinario, en la medida en que se encuentra que es un régimen disperso, con múltiples regulaciones, fragmentado, con disposiciones tanto en el orden nacional como en el territorial, y con normas diferentes para diversos sectores de la administración pública, lo que hace de este, antes que un sistema, un piélago de códigos y de procedimientos.

Lo loable de la iniciativa de la Procuraduría se traduce pronto en la necesidad de disponer de un estatuto unificado que permita examinar la conducta de los servidores públicos—empleados públicos, trabajadores oficiales, miembros de las corporaciones públicas de elección popular y funcionarios electos popularmente—al tiempo que propone un procedimiento único para examinar esas conductas.

Vale anotar que a partir de la adopción de ese estatuto, que se concreta en la Ley 200 de 1995, por razón de su evolución posterior, el régimen disciplinario adquiere una importancia y trascendencia de tal naturaleza que se convierte en una disciplina con entidad propia y aspiraciones de ser un régimen autónomo, el cual tiene asignada la labor de examinar la conducta oficial de los servidores públicos.

Este estatuto propone al mismo tiempo que esas disposiciones sean aplicadas a los particulares que tienen atribuidas funciones públicas. Ello implica, de un lado, que se incluye a los particulares como sujetos del régimen disciplinario, y del otro, de acuerdo con el pronunciamiento de la Corte Constitucional, en su sentencia C-286 de 1996, la distinción legal que debe hacerse entre el régimen aplicable a los servidores públicos y el que se aplica a los particulares.

Esta jurisprudencia marca un hito importante porque debido a dicho pronunciamiento, la conclusión obligada es que a los particulares no se aplica, sin más, el mismo régimen disciplinario de los servidores públicos, lo cual obliga a establecer legalmente el régimen que se les debe imponer, con las faltas que les son propias y específicas y las sanciones que proceden contra ellos.

Tal jurisprudencia conduce en el terreno práctico a decir que no es posible aplicar a los particulares el régimen consagrado en la Ley 200 de 1995. Por ello, sigue un período, hasta la expedición de la Ley 734 de 2002, donde no existen disposiciones que se puedan aplicar a los particulares, en cuanto tiene que ver con

el régimen disciplinario, por cuenta de las funciones públicas que desempeñan o de los recursos de esa misma naturaleza que manejan, pese a estar señalado legalmente que están sujetos a dicho régimen.

Puede entonces decirse que hay un segundo período, comprendido entre la expedición de la Ley 200 de 1995 y la entrada en vigencia de la Ley 734 de 2002, en el cual es claro que a los particulares se les aplica la ley disciplinaria, pero sin que existan normas específicas que regulen las faltas y las sanciones que se les pueden imponer, lo que en la realidad conduce a un limbo legal, que viene a subsanar la Ley 734 de 2002, donde se consagra el régimen especial para estos.

Después de esta ley cabe decir que sigue un período de gran consolidación del derecho disciplinario, con un importante auge doctrinario y jurisprudencial, donde se van depurando muchas de sus instituciones y por donde se entra al terreno de examinar la conducta de los particulares que ejecutan determinadas funciones públicas o manejan recursos del Estado, por lo cual son sujetos del régimen disciplinario. Debe hacerse notar que el procedimiento aplicable a los servidores públicos y a los particulares es el mismo, previsto igualmente en la Ley 734 de 2002.

Posteriormente, se expide la Ley 1474 de 2011, donde se introducen precisiones importantes en relación con los particulares que cumplen determinadas funciones públicas o manejan recursos del Estado, con lo cual se consolida aun más la situación de dichos particulares, conforme a la cual son objeto del régimen disciplinario.

Es del caso destacar que la investigación y la sanción de los particulares corresponde de manera exclusiva a la Procuraduría General de la Nación, y lo que tiene que ver con aquellos particulares que cumplen funciones relativas a la administración de justicia lo es exclusivamente del Consejo Superior y los seccionales de la judicatura.

También es de anotar que los contratistas, y dentro de estos los que han suscrito contratos de prestación de servicios, presentan una situación sui generis, motivo por el cual no son sujetos disciplinables y corresponde a la propia entidad, conforme los términos del contrato, aplicar las medidas y las sanciones que hayan sido pactadas en el mismo, tales como las multas y demás sanciones propias del contrato.

Como se ha anotado, la jurisprudencia ha marcado tiempos e hitos importantes en la materia. Es así como su concepción inicial, que se destaca en la sentencia C – 286 de 1996, toma en cuenta principalmente que el sistema disciplinario surge y se forma alrededor de la noción de servicio público, y en consecuencia, por cuenta del vínculo que se establece entre el servidor y el Estado, bien a través de la vinculación legal y reglamentaria o mediante el contrato de trabajo de

carácter oficial, por virtud de la elección, de donde la jurisprudencia concluye que es por razón de ese vínculo que la doctrina especializada denomina ‘relación especial de sujeción’, que puede examinarse la conducta de los servidores públicos, haciendo énfasis en que el régimen disciplinario se funda en una relación subjetiva, marcada de manera prevalente por la noción del sujeto.

Así, anota al respecto:

Según la misma norma, “ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben”. (subraya la Corte).

De acuerdo con el artículo 123, inciso 2º de la Constitución, los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad, ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

He allí los fundamentos constitucionales de la responsabilidad disciplinaria y del consiguiente poder confiado a determinados órganos estatales.

Como puede observarse, el régimen disciplinario cubre la totalidad de los servidores públicos, que lo son, de acuerdo con el artículo 123 de la Constitución, los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

El derecho disciplinario es uno solo, su naturaleza es la misma, bien que se aplique al personal que se encuentra al servicio de las cámaras legislativas o de las corporaciones administrativas, ya que se haga valer frente a los servidores públicos que pertenecen a la rama ejecutiva en cualquiera de sus niveles, o respecto de los funcionarios o empleados de la rama judicial y se ejerce también por servidores públicos que pueden pertenecer a cualquiera de las ramas u órganos, según lo que determine la Constitución o la ley, en diversas formas e instancias, tanto interna como externamente”.

Ahora bien, siendo indudable que todo servidor público, por el hecho de serlo, queda sometido automáticamente a un régimen disciplinario, según los términos previstos por la Constitución y por la ley, el fundamento de su aplicación es subjetivo, pues tiene lugar con motivo y a partir de la investidura correspondiente radicada en el sujeto, en cuanto es titular genérico de las funciones públicas que su cargo implica, con total independencia de si las ha ejercido o no.

A la inversa, el particular, quien precisamente no se encuentra en la condición del servidor público, toda vez que no ha establecido un vínculo de dependencia o subordinación frente al Estado -en cualquiera de los cargos, organismos, entidades o corporaciones que hacen parte de su estructura-, ni percibe de él asignación o salario, está en principio exento del régimen disciplinario estatal

y su responsabilidad ante las autoridades únicamente puede surgir de las transgresiones en que incurra en relación con los preceptos constitucionales y legales, tal como lo pregona el artículo 6° de la Carta Política.

De esta concepción, que no descarta de plano la situación de los particulares, se pasa posteriormente en la sentencia C – 181 de 2002 a estudiar la situación de estos, para concluir que se encuentran sujetos al régimen disciplinario, no por cuenta de su vinculación con el Estado, que existe como en el caso de los servidores públicos, sino porque en ocasiones ni siquiera hay alguna clase de vínculo o de ligazón, por lo que en estos casos es por cuenta de la actividad que cumplen que deben verse atados al Estado. Esto es, por el lazo material que se crea con la actividad o la función atendida.

Ahora bien, la circunstancia de que se asigne a los particulares el ejercicio de funciones públicas no modifica su estatus de particulares ni los convierte por ese hecho en servidores públicos. El inciso primero del artículo 123 de la Constitución es claro al reservar tal denominación para “los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicio”.

No obstante dicha salvedad, 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. Las obligaciones que el particular asume por razón del ejercicio de una función pública son de tal relevancia que su responsabilidad se extiende más allá de los límites impuestos a los que no prestan servicio alguno. Así, mientras los particulares que no se encuentran vinculados al Estado mediante una relación de servicio público regulan su responsabilidad de acuerdo con la primera parte del artículo 6° de la Constitución Política, es decir que no son responsables ante las autoridades por infracción de la Constitución y la Ley, los que sí lo están se hacen responsables por “omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”.

La precisión de que, por ejercer funciones públicas, los particulares no modifican su condición subjetiva ni se convierten en servidores públicos, aunada al incremento de la responsabilidad que por dicho privilegio se cierne sobre aquellos, fue materia de debate en el proceso que culminó con la Sentencia C-286 de 1996, que, en su parte pertinente, se cita:

“Cambia así sustancialmente la lectura del artículo 6° de la Constitución Política, que ya no admite una interpretación literal sino sistemática: a la luz del conjunto de principios y preceptos constitucionales, el particular que se halla en cualquiera

de las situaciones en las 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, circunscrita apenas a su condición privada, ya que por razón de la tarea que efectivamente desarrolla, en la medida de esta y en 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”.(Sentencia C-286 de 1996, subrayas fuera del original).

Sobre el mismo aspecto la Corte destacó con posterioridad:

“Cuando se asigna al particular el cumplimiento de una función pública, este adquiere la condición de un sujeto cualificado, en la medida en que se amplifica su capacidad jurídica, sin que por ello deje de ser un particular.

[...]En consecuencia, 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. (Sentencia C-563 de 1998).

De acuerdo con dichas apreciaciones, esta Corte ha sostenido que la responsabilidad derivada de la actividad pública a cargo del particular no se desprende de su calidad personal sino de la naturaleza de la prestación. De allí que se hable de un criterio material de vinculación del ciudadano con la administración, por oposición al criterio subjetivo que lía al servidor público con el aparato estatal”.

Pasa entonces en esta segunda fase a considerar la vinculación de los particulares al régimen disciplinario, por vía de la materialidad de sus actividades. Aun cuando la jurisprudencia habla en este caso de un vínculo objetivo, preferimos referirnos a él como vínculo material, para evitar las confusiones que se puedan presentar con la noción de responsabilidad, que como se sabe, en todo caso tiene que ser de carácter subjetivo y no puede ser objetiva, porque ella está expresamente excluida del ordenamiento.

Esta postura de la Corte en relación con el vínculo material que se crea entre los particulares que prestan determinada función pública o que administran recursos del Estado, se precisa y depura con mayor intensidad en la sentencia C-037 de 2003, lo cual de paso da lugar a que posteriormente se expida la Ley 1474, donde se recogen las grandes líneas de ese criterio jurisprudencial.

Como ya se señaló, el particular que ejerce funciones públicas se encuentra sometido exactamente a los mismos controles que los servidores públicos.

En el caso de un particular que presta un servicio público, la Corte ha precisado que se encuentra sometido al régimen especial fijado por el legislador para la prestación del servicio público de que se trate, así como al control y vigilancia del Estado. Ello no implica, sin embargo, que ese particular por el simple hecho de la prestación del servicio público se encuentre sometido al régimen disciplinario.

Así, la simple prestación por un particular del servicio público educativo, respecto del que la Constitución, al tiempo que reconoce la libre iniciativa de los particulares (artículo 68 C. P.) y en materia universitaria un régimen de autonomía (artículo 69), señala precisos marcos para su ejercicio y un régimen de inspección y vigilancia específico (artículos 67, 189-21 C. P.), no se encuentra sometida al control de las autoridades disciplinarias.

El particular que presta dicho servicio si bien se encuentra sometido a la regulación y control del Estado para asegurar el cumplimiento de los fines que en este campo ha señalado el constituyente (artículos 67 a 71 C. P.), no cumple una función pública objeto de control disciplinario.

Las empresas prEstadoras de salud igualmente están encargadas de un servicio público regido por los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, cuya prestación está reglamentada, vigilada y controlada por el Estado (artículo 49 C. P.), sin que ello signifique el sometimiento de las entidades privadas promotoras y prEstadoras de salud a la ley disciplinaria, en tanto en sí misma su actividad no implica el ejercicio de una función pública.

Solamente en el caso de que dicha prestación haga necesario el ejercicio de determinadas potestades inherentes al Estado, que hayan sido atribuidas de manera expresa por el legislador al particular encargado de la misma, habrá lugar a la aplicación de dicho régimen y ello exclusivamente en relación con el ejercicio de esas potestades.

Así, por ejemplo, en aquellos casos a los que alude el artículo 33 de la Ley 142 de 1994, el particular que presta un servicio público domiciliario podrá responder disciplinariamente de sus actos, dado que en esas circunstancias ejerce respecto de las potestades que se le atribuyen una función pública, que como tal queda sometida al control disciplinario.

En ese orden de ideas, para efectos del control disciplinario será solamente en el caso en que la prestación del servicio público haga necesario el ejercicio de funciones públicas, entendidas como exteriorización de las potestades inherentes al Estado -que se traducen generalmente en señalamiento de conductas, expedición de actos unilaterales y ejercicio de coerción-, que el particular estará sometido, en relación con dicho ejercicio, al régimen disciplinario.

No sobra reiterar que en ese supuesto necesariamente la posibilidad de que el particular pueda hacer uso de dichas potestades inherentes al Estado debe estar respaldada en una habilitación expresa de la ley.

Bien se ve entonces que el desarrollo de estas disposiciones y su interpretación obedecen a un proceso de retroalimentación entre la doctrina, la jurisprudencia y las experiencias que arroja el proceso aplicativo de las leyes, lo que termina por acrecentar y amplificar el radio de acción del régimen disciplinario que recae sobre los particulares.

Acorde con ello se puede decir que hay dos grandes áreas sobre las que recae el régimen disciplinario: i) de un lado, la propia de los servidores públicos, en la amplia gama que se ha detallado antes, que surge por cuenta del lazo que existe entre dichos funcionarios y el Estado, por la especial relación de sujeción que se establece entre estos, por cuenta de su vinculación al Estado, la cual la Corte Constitucional sitúa en el plano de lo subjetivo y ii) del otro, la que nace entre los particulares y el Estado, por razón del vínculo material que se establece, derivado de la función o el servicio público que se cumple, o por razón del manejo de los recursos públicos que se le entregan, que la Corte Constitucional sitúa en el ámbito de lo objetivo y nosotros preferimos denominar material.

Así pues, el régimen disciplinario es aplicable a unos y otros, servidores públicos y particulares, en la forma y términos que lo ha definido la Ley 734 de 2002, con las modificaciones que le introdujo la Ley 1474 de 2011.

Se entra a partir de la Ley 734 mencionada, en una nueva etapa, donde es claro que son sujetos disciplinables los servidores públicos y los particulares que cumplan determinadas funciones públicas o administren recursos del Estado, y que para examinar su conducta, desde la perspectiva disciplinaria, hay un cuadro legal de normas, tipificación de conductas y sanciones aplicables, las que se pueden considerar conforme al procedimiento que se aplica indistintamente a unos y otros, según las disposiciones de dicha Ley 734.

V. PARTICULARES QUE SON SUJETOS DEL RÉGIMEN DISCIPLINARIO

Precisado lo anterior, a continuación es indispensable revisar lo que tiene que ver con los particulares que son sujetos disciplinables. Según el artículo 53 de la Ley 734 de 2002, con las modificaciones que le introdujo el artículo 44 de la Ley 1474 de 2011, están sujetos al régimen disciplinario los siguientes particulares:

- a) Los que cumplan labores de interventoría o supervisión en los contratos estatales.
- b) Los que ejerzan funciones públicas, de manera permanente o transitoria.

- c) Los que administren recursos públicos u oficiales.
- d) Los que presten servicios públicos, cuando en ejercicio de dichas actividades, desempeñen funciones públicas.
- e) Los indígenas, cuando administren recursos públicos.
- f) Los notarios.
- g) Los curadores urbanos.
- h) Y aquellos otros que desempeñen funciones públicas o administren recursos públicos, en especial los que manejan los denominados recursos para-fiscales. En este grupo se pueden incluir igualmente, gerentes o directores y miembros de las juntas o consejos directivos de las cámaras de comercio, cajas de compensación familiar y jurados de votación, entre otros.

Esta disposición debe verse complementada por la situación de los particulares que desempeñan funciones relacionadas con la administración de justicia, como árbitros, jueces, conciliadores y jurados de conciencia y los auxiliares de la justicia. La diferencia sustancial al respecto radica en el funcionario que tiene la facultad y la competencia para investigarlos y sancionarlos, en tanto a los primeros la misma está expresamente asignada a la Procuraduría General de la Nación, y a los segundos, al Consejo Superior de la Judicatura y a sus consejos seccionales.

Surgen aquí varias distinciones importantes. De una parte, la norma amplía el radio de cobertura de la interventoría de los contratos estatales, al incluir a los supervisores de los contratos. Ya en su oportunidad se había precisado que la norma cobijaba a unos y a otros, pero esta norma zanja cualquier discusión al respecto.

En este punto es indispensable tomar en cuenta que esta es una función pública esencial del Estado, al implicar el medio más importante de disposición de recursos públicos en el Estado, tanto en el nivel central como en el descentralizado y en el territorial, y porque se entiende que la interventoría o supervisión está ligada a la adecuada destinación de los recursos públicos, que es uno de los instrumentos de los que dispone el Estado para el cumplimiento de sus fines.

Se acoge igualmente el criterio consignado en las sentencias de la Corte Constitucional que se citaron, de que puede tratarse de funciones públicas transitorias o permanentes, pudiéndose situar dentro de estas últimas las que cumplen los notarios, por ejemplo, y dentro de las primeras, las asignadas a los jurados de votación.

También extiende esta intervención disciplinaria sobre los particulares, a aquellos que manejen recursos públicos u oficiales, lo cual obliga a hacer las distinciones y precisiones que sean indispensables para la comprensión integral de tal disposición. Surge una dificultad adicional en la comprensión de estos términos, en especial en lo que tiene que ver con los denominados recursos para-fiscales.

En cuanto tiene que ver con la prestación de los servicios públicos, solo adquieren la condición de particulares sujetos al régimen disciplinario, según dicha norma, quienes en el desempeño de esas actividades realizan funciones públicas. Esto implica que además de corresponder al desempeño de actividades relativas a servicios públicos, las mismas deben conllevar el ejercicio de funciones públicas. Desde nuestro punto de vista, este aspecto requiere de mayor elaboración porque sigue siendo un ámbito gris e incierto el campo que pretende regular.

También es del caso anotar que cada vez se encuentran menos razones para que los contratistas estén por fuera del ámbito del régimen disciplinario, en la medida en que ellos realizan actividades encaminadas a la satisfacción del interés general y al cumplimiento de los cometidos estatales, por lo menos en lo que tiene que ver con las obras públicas que realizan, donde administran e invierten extraordinarias cantidades de dineros públicos.

En igual sentido, siguen sin parecernos claras las razones que ha tenido el legislador para mantener por fuera de esta regulación legal a quienes prestan servicios públicos, más aun cuando de por medio hay por lo menos dos de ellos de la mayor importancia, como los que tienen que ver con la atención en salud, donde se requieren mayores controles y previsiones para garantizar una adecuada prestación del servicio y un correcto manejo de los recursos públicos y los que tienen que ver con el suministro del servicio público domiciliario de acueducto, básico e indispensable para el adecuado desenvolvimiento de la sociedad y para la atención básica de necesidades como la alimentación, que lo hace un servicio público vital, indispensable para la vida.

Se hace necesario auscultar las razones de carácter social, económico, fiscal y político que conducen a mantener estas limitaciones, siendo necesario observar que el régimen disciplinario persigue la corrección en el desempeño de las actividades encomendadas y en el manejo de los recursos públicos, medio a través del cual se procura por los órganos autónomos que tienen a su cargo esta tarea, en especial la Procuraduría, que los mencionados servicios se presten en condiciones de igualdad, con defensa de los derechos de todos los asociados y en procura del cumplimiento de los fines esenciales del Estado.

VI. FALTAS Y SANCIONES ATRIBUIBLES A LOS PARTICULARES

A este respecto, la ley disciplinaria, en particular la 734 de 2002, señala las faltas y las sanciones aplicables a los particulares que incumplen las funciones atribuidas o que desatienden las reglas y condiciones propias del manejo de los recursos públicos o la prestación del servicio que tienen encomendado.

El artículo 55 establece las faltas que se pueden atribuir a los particulares. Allí se relacionan las que tienen que ver con la comisión de conductas que estén tipificadas en la ley penal como delito, cuando la misma se cometa en razón o con ocasión de las funciones atribuidas. También se establece para quienes actúan a pesar de estar inmersos en causales de inhabilidad, incompatibilidad, impedimentos o conflicto de intereses, según estén estipulados en la Constitución o en la ley.

Se considera igualmente falta de los particulares, la desatención de las órdenes o las instrucciones que les ha impartido el titular de la función, o los organismos de regulación, control y vigilancia. Se prevé como falta igualmente el apropiarse directa o indirectamente, en provecho propio o de un tercero, de recursos públicos o permitir que otro lo haga, o utilizarlos indebidamente.

Figura también como falta cobrar por los servicios derechos que no correspondan a las tarifas autorizadas o por aquellos que no causen erogación; lo mismo que ofrecer dádivas o prebendas a los servidores públicos o particulares para obtener beneficios personales que desvíen la transparencia en el uso de recursos públicos; al igual que abstenerse de denunciar a los servidores públicos y particulares que soliciten dádivas, prebendas o cualquier beneficio, en perjuicio de la transparencia del servicio público.

También han sido consagradas como faltas, ejercer las potestades que el empleo o la función le concedan, para una finalidad diferente a la prevista; ejercer las funciones con el propósito de defraudar otra norma de carácter imperativo, abusar de los derechos o extralimitarse en las funciones.

Se señala en este régimen especial que las faltas son consideradas gravísimas, que los particulares solo responden por la comisión de las calificadas como gravísimas, y dado que ellas figuran taxativamente en la ley, solo pueden ser sancionados por aquellas en que incurran, contempladas en este catálogo, lo que significa que no pueden ser sancionados por faltas leves ni por distintas de las que han sido expresamente consagradas en este artículo 55 del CDU, o en leyes donde se fijen expresamente para ellos.

Se dispone también que las faltas puedan ser cometidas con dolo o culpa. Vale anotar que en esas condiciones responden por acción, omisión o extralimitación. En cuanto a las sanciones, es indispensable tomar en cuenta que solo para aquellos eventos donde se trate de particulares que tengan a cargo la prestación permanente de un servicio, cuya vinculación provenga de un nombramiento oficial, como sería el caso de los notarios o los curadores urbanos, la sanción es la de destitución e inhabilidad de uno a veinte años.

En las otras circunstancias, esto es cuando se trate de la prestación de servicios o la atención de funciones públicas que no provengan de un nombramiento

oficial, la sanción posible de imponer disciplinariamente es la de multa, que puede ser de diez (10) a cien (100) salarios mínimos mensuales legales vigentes y de manera concurrente con esta, según la gravedad de la falta, inhabilidad para ejercer empleo público, función pública, prestar servicio a cargo del Estado, o contratar con este, de uno (1) a veinte (20) años.

Si la conducta implica detrimento del patrimonio público, la sanción patrimonial será el doble del detrimento patrimonial sufrido por el Estado. El artículo 57 fija igualmente los criterios para la graduación de la sanción, que son los mismos consagrados para los servidores públicos, previstos en el artículo 47 y concordantes de la ley disciplinaria.

VII. CONCLUSIONES

1. Después de expedida la Constitución de 1991, surge un vacío, debido a la falta de regulación clara respecto de la situación disciplinaria de los particulares que cumplen determinadas funciones públicas.
2. En el año 1995 se expide la Ley 200, dirigida a regular en un código único, el ámbito disciplinario de los servidores públicos y de los particulares que cumplen algunas de esas funciones.
3. La Corte Constitucional en su sentencia C- 286 de 1996, señala que no es factible aplicar en su integridad a los particulares, el régimen disciplinario propio de los servidores públicos.
4. Ello motiva al Congreso a expedir la Ley 734 de 2002, donde se consagran normas especiales para los particulares que atienden funciones públicas o manejan recursos del Estado. Dicho régimen comprende las faltas y las sanciones aplicables a estos.
5. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha precisado que estos particulares son sujetos del régimen disciplinario, por razón de la actividad que desempeñan, de donde surge un vínculo material, por el cual es factible pedir explicación de sus actuaciones, y cuando han desatendido el ordenamiento que deben observar, pueden ser objeto de sanción disciplinaria.
6. El fondo de la cuestión puede encontrar soporte constitucional en el artículo 2° de la Carta, entre otras disposiciones, dada la obligación que tienen todas las entidades y los particulares, de procurar el logro de los cometidos estatales.

LA PROBIDAD ADMINISTRATIVA EN EL SISTEMA JURÍDICO BRASILEÑO

LUIZ GUSTAVO SIMÕES VALENÇA DE MELO *

BRASIL

** Fiscal de carrera en el Ministerio Público de Brasil,
doctorado en Derecho por la Universidad de Castilla - La
Mancha – España (UCLM-ES), especialista en Derecho Penal y
Procesal Penal por la Facultad de Derecho de Caruaru - Brasil,
Profesor de las asignaturas de Teoría General del Proceso y
Derecho Procesal de la Universidad ASCES - Brasil.*

I. INTRODUCCIÓN

II. PROBIDAD ADMINISTRATIVA

III. AUTONOMÍA DE LAS SANCIONES POR IMPROBIDAD

IV. LA CONSTITUCIÓN BRASILEÑA Y EL COMBATE
A LA IMPROBIDAD ADMINISTRATIVA

V. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL ACTO DE IMPROBIDAD

VI. CASOS DE IMPROBIDAD COMUNES EN BRASIL

VII. SANCIONES

VIII. VEINTE AÑOS DE LA LEY DE IMPROBIDAD

IX. CONCLUSIÓN

BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

El combate a la improbidad en la administración pública brasileña, como en todo el continente americano, es una preocupación antigua.

Los costos sociales de prácticas ilegítimas que visan, entre otros fines, al enriquecimiento ilícito, son altísimos, constituyéndose en importante obstáculo a la implementación de políticas públicas menos onerosas y verdaderamente eficaces.

Hace algunas décadas, diplomas legales como la Constitución de la República Federativa de Brasil del año 1946, la Ley 3.164/1957 y la Ley 3.502/1958, tratan del problema de la improbidad administrativa. Lo que pasa es que el tema exige tratamiento más riguroso y amplio¹⁰¹.

Desde la Constitución Federal del año 1988, se insertó en el artículo 37, la exigencia de sumisión de la administración pública al principio de **moralidad**. Sin embargo, por la subjetividad existente en su contorno y la resistencia inicial, inclusive del poder judicial en aplicar el principio, por considerarlo un apéndice de la legalidad, se hizo necesario una ley para regular el artículo 37, apartado 4, de la Constitución brasileña que establece: “Los actos de improbidad administrativa tendrán como sanciones la suspensión de los derechos políticos, la pérdida de la función pública, la indisponibilidad de los bienes y el resarcimiento al erario, **en la forma y medida prevista en la ley, sin perjuicio de la acción penal necesaria**”¹⁰². En este contexto fue editada la **Ley de Improbidad Administrativa (LIA– Ley 8.429/1992)**, que tiene por objetivo asegurar la rectitud y honestidad en los negocios públicos, buscando alejar el descrédito y la ineficiencia en la administración pública¹⁰³.

En este artículo se propone hacer un análisis del deber del servidor público de actuar conforme los dictámenes de la probidad administrativa, para en seguida, analizar cómo la Constitución Brasileña combate la improbidad.

A continuación se demostrará la autonomía, en el derecho brasileño, de las sanciones por actos de improbidad y su independencia en cuanto a las sanciones penales y disciplinarias.

¹⁰¹ GARCÍA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 2 ed. Río de Janeiro: Lumen Juris, 2004. Pp. 192-193.

¹⁰² En su redacción original el artículo dicta: “os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação prevista em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

¹⁰³ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional Administrativo*. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2002. Pp. 320-321.

Otro aspecto importante de este trabajo se refiere a los elementos que forman un comportamiento ímprobo, que son: sujeto activo, sujeto pasivo y acto dañoso. Para ilustrar tales conductas se presentaran casos de improbidad comunes en Brasil y las sanciones por estas prácticas.

Además, considerando que en este año se cumplen veinte años de la Ley de Improbidad, serán presentados los principales desafíos en la lucha contra la improbidad y los resultados de los juzgamientos.

Esta es la propuesta del estudio a ser desarrollado en seguida.

II. PROBIDAD ADMINISTRATIVA

La probidad administrativa consiste en el deber del funcionario de servir a la administración con honestidad, ejerciendo sus funciones sin aprovechar los poderes o facilidades de ellas decurrentes, en provecho personal o de otra persona a quien quiera favorecer.

El desprecio a ese deber caracteriza improbidad administrativa. Es una amoralidad administrativa cualificada por el perjuicio al erario y correspondiente ventaja al ímprobo u otro¹⁰⁴.

No es suficiente la actuación administrativa basada solamente en la legalidad estricta: hay que observarse también los principios éticos, de lealtad y buena fe. Estos son verdaderos deberes agregados que garantizan el deber de “buena administración” o “buen gobierno”¹⁰⁵.

III. AUTONOMÍA DE LAS SANCIONES POR IMPROBIDAD

El ordenamiento brasileño en el tema de la probidad administrativa, debe ser tratado por tres aspectos distintos.

Es que los actos considerados de improbidad administrativa pueden ser castigados en el **ámbito penal**, con los tipos previstos en el Código Penal. En el **ámbito disciplinario**, con la responsabilidad administrativa del funcionario y finalmente en el **ámbito civil** con la acción de improbidad administrativa.

¹⁰⁴ DA SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 669.

¹⁰⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

En Brasil, a los fiscales les está permitido investigar los actos de improbidad en las instancias penal y civil, pues el aspecto disciplinario es atribución de los propios órganos a que pertenezca el funcionario.

Hay que aclarar que las instancias penal, civil y administrativa son independientes. Así, las acciones y sanciones también son autónomas.

Hay expertos que afirman que los actos de improbidad se ubican en la zona cenicienta o gris, pues se trata de un **cuarto género de acto ilícito**¹⁰⁶.

Mientras tanto, en este trabajo solo trataré de las cuestiones relativas a la Ley de Improbidad Administrativa.

IV. LA CONSTITUCIÓN BRASILEÑA Y EL COMBATE A LA IMPROBIDAD ADMINISTRATIVA

Como he dicho, la Constitución de Brasil del año 1988, en su artículo 37, exige la sumisión del poder público al **principio de la moralidad administrativa**.

Agustín Gordillo¹⁰⁷, tratando del tema, señala que:

El principio exige que tanto la ley como el acto administrativo respeten sus límites y, además, tengan el mismo contenido, sigan el mismo rumbo, resalten su mismo espíritu. Todavía más, esos contenidos básicos de la Constitución rigen toda la vida comunitaria y no solamente los actos a que más directamente se refieren o las situaciones que más expresamente contemplen: como son ‘principios’ forman la base de una sociedad libre y republicana, son elementos fundamentales y necesarios de la sociedad y de todos los actos de sus integrantes. (Sin negrita en el original)¹⁰⁸.

La maestra Di Pietro¹⁰⁹, analizando el contenido del principio de moralidad administrativa, afirma:

¹⁰⁶ Interesante y profundizado estudio lo hace el profesor: CAPEZ, Fernando. *Limites Constitucionais à Lei de Improbidade*. São Paulo: Saraiva, 2009.

¹⁰⁷ GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Macchi, 1974, t. 1, p. 12.

¹⁰⁸ El texto original, en portugués, dice: “O princípio exige que tanto a lei como o ato administrativo respeitem seus limites e, ademais, tenham o seu mesmo conteúdo sigam sua mesma direção, realcem seu mesmo espírito. Ainda mais, esses conteúdos básicos da Constituição regem toda a vida comunitária e não somente os atos a que mais diretamente se referem ou as situações que mais expressamente contemplam; por serem ‘principios’ são a base de uma sociedade livre e republicana, são elementos fundamentais e necessários da sociedade e de todos os atos de seus integrantes”.

¹⁰⁹ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Discrecionalidade Administrativa na Constituição de 88*.

No es necesario adentrar a la intención del agente porque el propio objeto resulta la amoralidad. Eso pasa cuando el contenido de determinado acto va en contra del sentido común de honestidad, rectitud, equilibrio, justicia, respeto a la dignidad humana, buena fe, al trabajo, a la ética de las instituciones.

La moralidad exige proporcionalidad entre los medios y los fines a alcanzar; entre los sacrificios impuestos a la colectividad y los beneficios por ella obtenidos; entre las ventajas disfrutadas por las autoridades públicas y los encargos impuestos a la mayoría de los ciudadanos. Por eso, la amoralidad salta a los ojos, cuando la administración pública es pródiga en los gastos legales, pero inútiles, como propaganda o lujos cuando la población necesita asistencia médica, alimentación, vivienda, seguridad, educación [...] (Sin negrita en el original)¹¹⁰.

Así, la Constitución de Brasil estableció sanciones penales y no penales, que serán aplicadas a quien incumpla tal principio, practicando actos de improbidad, conforme el anteriormente referido artículo 37, apartado 4.

En obediencia y complementariedad al texto constitucional fue aprobada la Ley de Improbidad Administrativa (Ley n° 8429/1992).

La profesora Marcia Barboza, de la Escuela Superior del Ministerio Público¹¹¹, enseña que:

La noción de improbidad administrativa que viene en la Ley 8.429/1992 es bastante amplia, cambiando cualquier referencia legal o teórica que, antes de ella, vinculase el término “improbidad” solo a la idea de deshonestidad. A partir de ella debemos entender la improbidad administrativa como aquella conducta considera-

2 ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 151.

¹¹⁰ En texto original, en portugués: “Não é preciso penetrar na intenção do agente, porque do próprio objeto resulta a imoralidade. Isso ocorre, quando o conteúdo de determinado ato contraria o senso comum de honestidade, retidão, equilíbrio, justiça, respeito à dignidade do ser humano, à boa-fé, ao trabalho, à ética das instituições. A moralidade exige proporcionalidade entre os meios e os fins a atingir; entre os sacrificios impostos à coletividade e os benefícios por ela auferidos; entre as vantagens usufruídas pelas autoridades públicas e os encargos impostos à maioria dos cidadãos. Por isso mesmo, a imoralidade salta aos olhos, quando a Administração Pública é pródiga em despesas legais, porém inúteis, como propaganda ou mordomia, quando a população precisa de assistência médica, alimentação, moradia, segurança, educação (...).

¹¹¹ BARBOZA, Márcia Noll. Definição de improbidade administrativa. In: BARBOZA, Márcia Noll (coord.). Cem perguntas e respostas sobre improbidade administrativa: incidência e aplicação da lei n. 8429/1992. Brasília: ESMPU, 2008. p.13.

da inadecuada –por deshonestidad, descaso u otro comportamiento impropio– al ejercicio de la función pública, que merezca las sanciones previstas en texto legal¹¹².

V. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL ACTO DE IMPROBIDAD

La Ley establece los elementos necesarios a la configuración del acto de improbidad: sujeto activo (autores y beneficiarios); sujeto pasivo (víctima) y acto dañoso.

I. SUJETO ACTIVO

Esta Ley popularmente es conocida como la “Ley del Cuello Blanco”, pues tiene como objetivo principal castigar cualquier funcionario, incluso, los altos funcionarios.

Además la ley es aplicada, **con las adaptaciones necesarias**, a aquellos que aunque no sean funcionarios, participen en la práctica del acto de improbidad o se beneficien, como ejemplo del empresario favorecido por un fraude en licitación.

La expresión “**con adaptaciones**” es necesaria porque existen sanciones inaplicables a quien no sea funcionario. Ejemplo: Pérdida de la función.

Todos los sujetos activos deben ser sancionados solidariamente por la improbidad. Importante subrayar, conforme explica el profesor José Roberto Oliveira¹¹³, que no es en cualquier hipótesis que a un beneficiario del acto de improbidad administrativa se le pone una acción de improbidad, pues:

La ley califica la responsabilidad por el beneficio directo o indirecto, lo que supone efectivamente el **conocimiento de la amoralidad** que contamina la validez del acto que generó el beneficio amoral. Sin prueba del **recibimiento voluntario**

¹¹² En texto original, en portugués: “A noção de improbidade administrativa derivada da Lei n. 8.429/1992 é bastante abrangente, modificando qualquer referência legal ou teórica que, anteriormente à edição dessa lei, vinculasse o termo “improbidad” apenas à idéia de desonestidade. A partir da LIA, devemos entender a improbidade administrativa como aquela conduta considerada inadequada – por desonestidade, descaso ou outro comportamento impróprio – ao exercício da função pública, merecedora das sanções previstas no referido texto legal”.

¹¹³ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa. In: BARBOZA, Márcia Noll (coord.). Cem perguntas e respostas sobre improbidade administrativa: incidência e aplicação da lei n. 8429/1992. Brasília: ESMPU, 2008. p. 36.

y consciente derivado de la actividad ímproba no hay como responsabilizarlo por la Ley 8.429/1992. (Sin negrita en el texto original)¹¹⁴.

2. SUJETO PASIVO

Es la víctima del acto de improbidad. Cualquier órgano público puede ser víctima del acto de improbidad según la ley.

La maestra Denise Tulio¹¹⁵ aclara el tema:

La ley dice que los actos de improbidad pueden afectar cualquiera de los poderes de la República. No solamente las entidades que componen el poder ejecutivo sufren actos de improbidad administrativa. Un órgano del poder judicial o [...] del poder legislativo pueden, igualmente, ser afectados.

Lo mismo pasa con el Ministerio Público, que también tiene presupuesto público y, por eso, puede ser víctima de los actos de improbidad administrativa¹¹⁶.

Además, las personas jurídicas privadas que reciban dinero público pueden, en este aspecto, ser víctimas de improbidad. La profesora Denise Tulio nos pone como ejemplo¹¹⁷.

Las empresas o entidades que tengan recibido auxilio del poder público, en cualquier cantidad, pueden sufrir actos de improbidad administrativa que afecten su patrimonio. En los ejemplos a seguir, las empresas pueden ser víctimas de actos

¹¹⁴ En texto original, en portugués: “A lei qualifica a responsabilidade pelo benefício direto ou indireto, o que pressupõe efetivamente o **conhecimento da imoralidade** que contamina a validade do ato que gerou o benefício imoral. Sem prova de **recebimento voluntário e consciente** derivado de atividade ímproba, não há como responsabilizar na forma da Lei n. 8.429/1992”.

¹¹⁵ TÚLIO, Denise Vinci. Sujeitos passivos dos atos de improbidade administrativa. In: BARBOZA, Márcia Noll (coord.). Cem perguntas e respostas sobre improbidade administrativa: incidência e aplicação da lei n. 8.429/1992. Brasília: ESMPU, 2008. P. 22.

¹¹⁶ En texto original, en portugués: “A lei diz que os atos de improbidade podem atingir quaisquer dos Poderes da República. Não apenas as entidades que integram o Poder Executivo podem sofrer atos de improbidade administrativa. Um órgão judicial ou (...) um órgão legislativo podem ser atingidos. O mesmo ocorre com o Ministério Público, que também é custeado com verbas públicas e por isso pode ser vítima de atos de improbidade Administrativo”.

¹¹⁷ TÚLIO, Denise Vinci. Sujeitos passivos dos atos de improbidade administrativa. In: BARBOZA, Márcia Noll (coord.). Cem perguntas e respostas sobre improbidade administrativa: incidência e aplicação da lei n. 8.429/1992. Brasília: ESMPU, 2008. P. 23.

de improbidad: empresa particular que recibió terreno en donación de la alcaldía, para instalar su industria, empresa que, para instalarse en un municipio, queda exonerada de pagar impuestos municipales por cierto plazo¹¹⁸.

Importante destacar que el sujeto pasivo de la improbidad es siempre una persona jurídica. La persona física puede, eventualmente, ser perjudicada por un acto de improbidad, pero la situación que configura improbidad siempre tiene envuelta una persona jurídica también perjudicada con la conducta impropia¹¹⁹.

3. ACTO DAÑOSO

La Ley detalla un rol, con ejemplos, de actos de improbidad. Por lo tanto, se considera impropio cada acto que:

- a) Importar enriquecimiento ilícito;
- b) Causar perjuicio al patrimonio público o
- c) Atentar contra los principios de la administración pública¹²⁰.

Cuestión que merece destacarse es la posibilidad de **tentativa (intento)** de acto de improbidad. Es cierto que en la Ley n°. 8429/92 no existe dispositivo tratándose del acto de improbidad intentado. Además de esto, no hay acto impropio cuando ocurre la simple preparación o consideración de hacer, es necesario iniciar la ejecución del acto.

Hay situaciones donde la voluntad del agente queda clara, pero no se constata la efectiva violación del bien jurídico, o sea, el enriquecimiento ilícito o el daño al erario. Lo que pasa es que en estos casos es posible encuadrar el agente en los casos de actos que van en contra de los principios de la administración pública

¹¹⁸ El texto original: “As empresas ou entidades que tenham recebido auxílio do Poder Público, qualquer que seja o montante, podem sofrer atos de improbidade administrativa que atenten contra o seu patrimônio. Nos exemplos a seguir, as empresas podem ser vítimas de atos de improbidade: empresa particular que recebeu terreno em doação da prefeitura, para nele instalar seu parque industrial; empresa que, para instalar-se em determinado município, fica desobrigada de pagar impostos municipais por determinado prazo”.

¹¹⁹ TÚLIO, Denise Vinci. Sujeitos passivos dos atos de improbidade administrativa. In: BARBOZA, Márcia Noll (coord.). Cem perguntas e respostas sobre improbidade administrativa: incidência e aplicação da lei n. 8429/1992. Brasília: ESMPU, 2008. P. 27.

¹²⁰ En Brasil los principios que rigen la administración pública están previstos en el artículo 37 de la Constitución y son: **legalidad, moralidad, publicidad, imparcialidad y eficiencia**. Por eso, todos los actos de administrativos del Estado deben seguir estos principios, bajo pena de considerarse acto de improbidad.

brasileña. Como ejemplo, se pone el miembro de comisión de licitación que, bajo promesa de recibir 10% del valor del contrato, colabora para el sobreprecio del valor del contrato para compra de ordenadores. Sin embargo, antes del final de la licitación, el poder público recibe una donación de ordenadores, que convierte en innecesaria la licitación. Así, el agente no recibió el soborno, tampoco hubo **daño patrimonial** al erario, pero, por cierto, fueron afectados varios principios como la legalidad, moralidad e imparcialidad.

VI. CASOS DE IMPROBIDAD COMUNES EN BRASIL

Conocidos los tres comportamientos que configuran acto de improbidad administrativa, es posible destacar las conductas ilegales que son más comunes en la administración pública brasileña, configurando el desprecio evidente al deber de probidad.

- a) Utilización de automóviles y aeronaves oficiales en actividades privadas;
- b) Pago de trabajadores particulares con dinero público;
- c) Fraude en licitaciones y sobreprecio de contratos, con el objetivo de recibir soborno;
- d) Cobro de “diezmo partidari” de los funcionarios comisionados;
- e) Fraude en concursos públicos para beneficiar parientes y amigos;
- f) Renuncia a la recaudación de impuestos de aliados políticos;
- g) Venta de informaciones gubernamentales sigilosas, con repercusión en el mercado financiero.

VII. SANCIONES

Se subraya –otra vez– que en la Ley de Improbidad la naturaleza de las sanciones no es penal. Las sanciones pueden combinarse o no, y comprenden el siguiente rol:

- Pérdida (confiscación) de las propiedades o valores ilegalmente obtenidos;
- Plena indemnización de los daños, cuando haya;
- Pérdida de la función pública (solo para funcionarios);
- Suspensión de derechos políticos durante tres a diez años;
- Multa;

Prohibición de contratar con el poder público o recibir beneficios fiscales o crédito, por un período de tres a diez años.

Los criterios para fijar la sanción por el juez son los principios de razonabilidad y proporcionalidad, basados en la reprochabilidad y lesividad de la conducta, daño al erario, provecho personal derivado del acto y grado de culpa en el actuar ilícito¹²¹.

El artículo 21, I, de la LIA determina que habrá aplicación de sanciones, **independientemente** de que haya o no daño al erario. Este artículo determina que la ley sanciona no solo el **daño material a la administración pública**, sino también cualquier especie de **daño o lesión a la moralidad** administrativa, con o sin perjuicio económico. Para la profesora Di Pietro¹²², se buscó regir también el **patrimonio moral** de las instituciones, abarcando las cuestiones de honestidad, probidad y buena fe.

Las acciones de improbidad podrán proponerse hasta en cinco años, después habrá la prescripción de la acción. Sin embargo, iniciada la acción no hay plazo para su término.

VIII. VEINTE AÑOS DE LA LEY DE IMPROBIDAD

En este año (2012), la Ley de Improbidad Administrativa brasileña cumplió veinte años. El combate a la corrupción avanzó en los últimos años pero queda muchísimo por hacer. Desde nuestro punto de vista, los principales **desafíos en el combate a la improbidad son**:

- a) Institución de la financiación pública de las campañas electorales, pues según la Contraloría General de la Unión (CGU), la financiación de campaña por el sector privado es la principal causa de corrupción en Brasil actualmente;
- b) Incrementar la **profesionalización** del servicio público;
- c) Enfrentamiento del exceso de burocracia en las investigaciones. De acuerdo con Gilberto Valente Martins¹²³, miembro del Consejo Nacional de Justicia, las personas con alto poder financiero y político consiguen crear obstáculos contra jueces y fiscales, que dificultan las investigaciones y prologan los procesos en el tiempo.

¹²¹ RÍO DE JANEIRO. Tribunal Provincial de Río de Janeiro. Apelación n. 0001454-79.2003.8.19.0042. Fecha del Fallo: 08/02/2011. Primera Sala Civil. Magistrada: doctora. Maria Augusta Vaz.

¹²² Para mayor profundización del tema: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella de. *Direito Administrativo*. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

¹²³ <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/19652:para-conselheiro-lei-de-improbidade-e-pouco-efetiva>>. Acceso en: 04/07/2012.

Actualmente, el juzgamiento de estos procesos es de la competencia de los jueces de Hacienda Pública. Como estos procesos son más complejos y demandan más tiempo que las acciones fiscales, los jueces priorizan estas últimas, pues son evaluados por producción.

Después de 20 años de vigencia, la Ley de Improbidad aún es poco efectiva en la lucha contra la corrupción. Esta es la conclusión de una investigación realizada por el Consejo Nacional de Justicia (CNJ) junto con los tribunales¹²⁴.

La base de datos nacional de Improbidad Administrativa, creada por el Consejo Nacional de Justicia, reúne las informaciones de todos los casos juzgados en definitivo en 14 provincias de Brasil¹²⁵.

El número es relativamente pequeño, considerando que la Ley de Improbidad tiene 20 años: en 2011 hubo 256 juzgamientos definitivos con sentencia firme y al final de 2011, había 18.261 procesos de improbidad tramitados en los tribunales brasileños¹²⁶.

IX. CONCLUSIÓN

La Ley de improbidad administrativa brasileña, existente hace dos décadas, representa, sin duda, una evolución en el modelo normativo aplicado al tema: trátase de una ley que se aplica a cualquier agente público, incluso de los más elevados niveles y que, además, prevé un duro rol de sanciones, de carácter político-civil-administrativo que, debidamente aplicada, castigan ejemplarmente a aquellos que causen daño al patrimonio público e incurran en enriquecimiento ilícito.

No obstante, los aspectos referidos en este trabajo, el carácter innovador de la Ley de Improbidad Administrativa – que, inclusive, ejerce influencia en la sociedad brasileña que empieza a indignarse con las prácticas corruptas – ha sido mitigado principalmente por el exceso de burocracia en el procedimiento.

De hecho, esta ley tiene dos aspectos distintos que quizá expliquen su deficiente efectividad en la aplicación de las sanciones. El aspecto material, donde, por ser una ley civil (no penal) crea “tipos abierto” logrando definir lo que es un acto de improbidad con una técnica que permite fácilmente el encuadramiento de los

¹²⁴ <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/19652:para-conselheiro-lei-de-improbidade-e-pouco-efetiva>>. Acceso en: 04/07/2012.

¹²⁵ Se observa que todavía esta base de datos no está completa, pues el Brasil tiene de 27 provincias, de estas solo 14 componen la actual base de datos.

¹²⁶ <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/19652:para-conselheiro-lei-de-improbidade-e-pouco-efetiva>>. Acceso en: 04/07/2012.

hechos y el aspecto procesal que prevé un procedimiento complejo, burocrático y repleto de posibilidades de recursos antes de la sentencia, lo que convierte este proceso en uno de los más lentos del sistema procesal brasileño. No logrando así, el procedimiento su adecuación a los fines de la ley procesal que debe ser la rápida, eficaz y no dilatoria resolución del litigio.

Por ende, hay un largo camino a construir con mucho trabajo legislativo y cultural, para que se obtenga efectividad en la aplicación de la Ley de Improbidad. Compete al poder público, de manera conjunta con las acciones de cada agente público, de los órganos de control, del ministerio público, del poder judicial y de cada miembro de la sociedad, caminarlo con seriedad y persistencia.

BIBLIOGRAFÍA

Barboza, Marcia Noll. Definição de improbidade administrativa. In: Barboza, Márcia Noll (coord.). *Cem perguntas e respostas sobre improbidade administrativa: incidência e aplicação da lei n. 8429/1992*. Brasília: ESMPU, 2008. p.13.

Capez, Fernando. *Limites Constitucionais à Lei de Improbidade*. São Paulo: Saraiva, 2009.

Consejo Nacional de Justicia - CNJ. Sitio electrónico: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/19652:para-conselheiro-lei-de-improbidade-e-pouco-efetiva>. Acceso en: 04/07/2012.

Da Silva, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

Di Pietro, Maria Sylvia Zanella de. *Direito Administrativo*. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

Discricionariedade Administrativa na Constituição de 88. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

García, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 2 ed. Río de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

Gordillo, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Macchi, 1974, t. 1.

Moraes, Alexandre de. *Direito Constitucional Administrativo*. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

Oliveira, José Roberto Pimenta. Sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa. In: BARBOZA, Márcia Noll (coord.). *Cem perguntas e respostas sobre improbidade administrativa: incidência e aplicação da lei n. 8429/1992*. Brasília: ESMPU, 2008. p. 36.

Tulio, Denise Vinci. Sujeitos passivos dos atos de improbidade administrativa. *In*: BARBOZA, Márcia Noll (coord.). *Cem perguntas e respostas sobre improbidade administrativa: incidência e aplicação da lei n. 8429/1992*. Brasília: ESMPU, 2008. pp. 22-23 e 27.

Río de Janeiro. Tribunal Provincial de Río de Janeiro. Apelación n. 0001454-79.2003.8.19.0042. Fecha del Fallo: 08/02/2011. Primera Sala Civil. Magistrada: doctora. Maria Augusta Vaz.

MESA REDONDA

PRIMER EJE

TEMÁTICO

MODERADOR: JESÚS ALEJANDRO GARZÓN RINCÓN *

** Asesor del Grupo Anticorrupción, adscrito al despacho del
señor Procurador General de la Nación*

En el marco del segundo congreso internacional de derecho disciplinario el primer ciclo de conferencias se enfocó en la temática de política disciplinaria. El auditorio tuvo oportunidad de escuchar las conferencias pronunciadas por los doctores Alejandro Ordóñez Maldonado, Gustavo Quintero Navas, Fernando Brito Ruiz y Luiz Gustavo Simões Valença De Melo.

Tras hacer una presentación general sobre la razón de ser del derecho disciplinario y sus condiciones de ejercicio por parte de la Procuraduría General de la Nación, el jefe del ministerio público destacó el carácter independiente de las actuaciones que se tramitan por el ente de control y reiteró lo dicho en otros espacios académicos sobre la importancia de perseverar en el esfuerzo por lograr que en el ámbito institucional Colombiano los agentes del Estado desplieguen conductas acordes con una ética pública caracterizada por la prevalencia del interés general.

El derecho disciplinario constituye en sí mismo una garantía de los valores que rigen la función administrativa y un instrumento útil en la lucha contra la corrupción que define, precisamente, como la prevalencia del interés particular sobre el interés general o público. Resaltó entonces la necesidad de actuar pronta y eficazmente mientras el servidor se encuentre en el ejercicio de su cargo y no años después cuando la sociedad no recuerde el motivo de la sanción que llegue a imponerse.

Afirmó el señor Procurador General de la Nación que en el propósito de recuperar la institucionalidad del Estado y, con ello, alcanzar un mejor país, debe procurarse un retorno a los valores sociales y familiares de respeto, moderación y decencia. Puntualizó que no es necesaria una reforma legal o constitucional que cambie las condiciones esenciales de convivencia social. Lo que se requiere es un sincero cambio de actitud, que obre en el sentido contrario al deterioro causado por la cultura propagada por los medios de comunicación que banalizan los valores y pretenden en su lugar la implantación de prácticas que atentan contra las reglas básicas de convivencia.

El doctor Gustavo Quintero Navas presentó su conferencia sobre “buen gobiern”. Metodológicamente expuso algunas prácticas que constituyen impedimento para alcanzar un mejor Estado y destacó la importancia del derecho disciplinario como instrumento para encauzar la conducta de los agentes estatales y lograr la adopción de buenas prácticas acordes con el concepto de buen gobierno. Destacó igualmen-

te la importancia del respeto por las garantías mínimas a favor del disciplinado ya que su desconocimiento deslegitima la sanción que llegue a imponerse. Así como el hecho de que no es admisible que los administrados queden sometidos al capricho de quienes a cualquier título se erigen como agentes del Estado, con la misma firmeza debe rechazarse todo esquema en el que el disciplinable quede sometido a la subjetividad de quien lo disciplina.

El conferencista deploró el desconocimiento del principio de proporcionalidad por parte del legislador respecto de algunas faltas que, no obstante comportar afectaciones de diferente naturaleza y grado, tienen el mismo tratamiento sin consideración al impacto que genera la conducta para la administración y para la sociedad. Es el caso de la omisión de respuesta al derecho de petición, que tiene prevista la misma sanción que para las graves violaciones al DIH o al DIDH.

Por su parte, el doctor Fernando Brito Ruiz presentó el tema de destinatarios atípicos del derecho disciplinario, referido al régimen de los particulares. Apoyado en la evolución normativa y en los pronunciamientos de las autoridades judiciales sobre la materia, especialmente las sentencias C-280/96, C-286/96 y C-037/2003, el conferenciante trató en orden progresivo los siguientes temas:

1. La situación de los particulares frente al régimen disciplinario. Referencias históricas.
2. Normas de la Constitución que prevén la participación de los particulares en asuntos del Estado.
3. El proceso de desregulación de actividades del Estado y la entrega paulatina a los particulares de asuntos del Estado.
4. Evolución normativa y jurisprudencial del régimen disciplinario que se aplica a los particulares.
5. Particulares que son sujetos del régimen disciplinario.
6. Faltas y sanciones atribuibles a los particulares.

El doctor Luiz Gustavo Simões Valença De Melo, conferencista invitado de la República Federativa del Brasil, presentó el tema de “Probidad Administrativa”, concepto general bajo el cual se designa en ese país el ejercicio de la potestad punitiva disciplinaria del Estado. En forma gradual se ocupó de los siguientes temas:

1. Concepto de probidad administrativa y de conductas de improbidad
2. Esclarecimientos iniciales
3. Constitución brasileña y combate a la improbidad administrativa
4. Improbidad administrativa (autonomía)
5. Elementos constitutivos del acto de improbidad

6. Sujeto activo (autores y beneficiarios)
7. Sujeto pasivo (víctima)
8. Acto dañoso
9. Casos de improbidad comunes en Brasil
10. Sanciones

DESARROLLO DE LA MESA REDONDA

Con la moderación a cargo del doctor Jesús Alejandro Garzón Rincón, asesor del Grupo Anticorrupción adscrito al despacho del señor Procurador General de la Nación, participaron en esta mesa redonda sobre política disciplinaria, los conferencistas Gustavo Quintero Navas y Luiz Gustavo Simões Valença De Melo.

El moderador destacó, en primer lugar, la importancia que día a día cobra el derecho disciplinario en el panorama jurídico nacional, reflejada en la generación de espacios de reflexión académica, no solo por parte del Instituto de Estudios del Ministerio Público, sino por universidades e instituciones especializadas interesadas en cultivar y afianzar el desarrollo del derecho disciplinario. En segundo lugar, destacó el nivel alcanzado por el derecho disciplinario en nuestro país, evidenciado no solo por el claro interés que suscitan estos espacios de reflexión en la comunidad jurídica, sino por la presencia de los académicos extranjeros que participan en este congreso, lo que ha permitido compartir con otros países los progresos alcanzados en Colombia. En tercer lugar, el moderador recordó al auditorio que el ejercicio del derecho disciplinario conlleva una carga de especial sensibilidad y delicadeza, derivada del poder de intimidación proveniente de las medidas correctivas sancionatorias y de la naturaleza aflictiva de su aplicación.

Canalizadas a través del moderador las inquietudes del auditorio, se formularon las siguientes preguntas a la mesa. Inicialmente, se pidió al doctor Gustavo Simões ilustración sobre si en el sistema jurídico brasileño el ejercicio de la potestad disciplinaria, que en Brasil se denomina derecho de probidad, lo mismo que en Colombia, consagra la deducción de responsabilidad a título subjetivo (dolo o culpa) o sí, por el contrario, se tiene prevista la responsabilidad disciplinaria objetiva. El profesor Simões precisó en su respuesta que el sistema de su país solo contempla la responsabilidad disciplinaria subjetiva, aspecto que coincide en lo esencial con el sistema Colombiano.

Por su parte, se preguntó por el moderador al doctor Gustavo Quintero Navas si, en su criterio es o no posible volver positivo una ética de lo público. En este punto el doctor Gustavo Quintero recoge las palabras del señor Procurador General de la Nación, que en la conferencia inaugural afirmó que las grandes

temáticas que interesan al país no se solucionan con leyes o con reformas constitucionales sino mediante la progresiva adopción de conductas acordes con la prevalencia del interés general. Destaca entonces el papel del control confiado a la Procuraduría General de la Nación, para concluir que en este ente se depositan las esperanzas de recuperar la confianza de los particulares en nuestras instituciones.

Nuevamente, dirigiéndose al doctor Simões Valença, el moderador precisó que en Colombia el sistema disciplinario se caracteriza por la protección o defensa de los principios que rigen la buena marcha de la administración pública, pero en sistema de auto-tutela, en el que es la propia administración la encargada de investigar, acusar, juzgar y definir si el agente del Estado está o no llamado a responder con ocasión de una conducta descrita por el legislador como constitutiva de falta disciplinaria. Dicho esto preguntó al profesor Simões Valença si en Brasil el sistema contempla el ejercicio del derecho disciplinario por parte de la propia administración o si, por el contrario, se ejerce por parte de una autoridad ajena a la administración. Al respecto precisó el conferencista que el sistema prevé la existencia de un fiscal, ajeno a la administración, que se encarga de instruir el proceso y de formular la acusación, pero que la facultad para sancionar e imponer el correctivo disciplinario descansa en la autoridad judicial y en la propia administración.

En lo concerniente al ejercicio del derecho disciplinario respecto de particulares, el doctor Gustavo Quintero Navas no duda en deplorar del sistema Colombiano el convertir en disciplinable a quien por naturaleza no lo es. Incluso califica de hipócrita al legislador que consideró que un soldado, que se encuentra en el servicio militar contra su voluntad, sea sujeto pasible de la acción disciplinaria del Estado, cuando debe entenderse que la denominada relación especial de sujeción se predica de quien accede al empleo, cargo, o función por su propio querer. Coincide el doctor Quintero Navas con el moderador en el sentido de lamentar que en el proceso de reducción de las nóminas estatales, se haya tenido que acudir con mayor frecuencia a la contratación de personas particulares para que desempeñen responsabilidades que en principio corresponden al Estado, lo cual supone no solo la ruptura del principio de igualdad desde el punto de vista de los derechos, la estabilidad en el ejercicio de la labor confiada y en materia de prestaciones sociales, sino en lo que refiere al ejercicio del derecho disciplinario.

El profesor Luiz Simões, sobre el ejercicio del derecho de probidad por parte de funcionarios de carrera, precisó que la totalidad de los fiscales a cargo del ejercicio del derecho disciplinario son funcionarios de carrera, lo que califica de saludable en la medida que, de una parte, descontamina el ejercicio de la probi-

dad administrativa de cualquier injerencia política y le confiere a la autoridad disciplinante mejores condiciones de estabilidad en el ejercicio de su función.

Finalmente, al advertirse por parte del moderador que el fenómeno de la corrupción se expresa en varios países, particularmente en el ámbito Latinoamericano, a través de conductas que en esencia son iguales, se preguntó a los doctores Simões Valença y Quintero Navas sobre la posibilidad de adoptar un código tipo para Latinoamérica en materia disciplinaria, ante lo cual los dos especialistas se mostraron escépticos y coincidieron en afirmar que tal posibilidad resulta innecesaria e improbable.

SEGUNDO EJE TEMÁTICO

Control de legalidad

NON BIS IN IDEM EN EL DERECHO COMPARADO

(ALEMANIA, ESTADOS UNIDOS, ESPAÑA, ITALIA)

PAULA ANDREA RAMÍREZ OCAMPO *

** Procuradora Delegada para el Ministerio
Público en lo Penal*

- I. INTRODUCCIÓN
- II. APROXIMACIÓN AL PRINCIPIO DEL NON BIS IN IDEM
- III. ÁMBITO
- IV. PLASMACIÓN LEGISLATIVA DEL PRINCIPIO
- V. FUNDAMENTACIÓN
- VI. LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL
SOBRE EL PRINCIPIO DE NON BIS IN IDEM
- VII. EL PRINCIPIO DE NON BIS IN IDEM EN EL DERECHO
COMPARADO

I. INTRODUCCIÓN

Es innegable la estrecha vinculación existente entre el derecho penal y el administrativo sancionador, en aquellos sectores en los que el legislador, con el objeto de reforzar la protección jurídica de concretas materias y así desplegar un mayor control social, hace concurrir infracciones y sanciones penales y administrativas, las cuales se superponen al señalar como sanciones conductas idénticas o muy similares, cuya diferenciación dogmática y fáctica resulta casi indiscifrable, produciendo la llamada “desesperación de los juristas”, y que como bien señala GÓMEZ BENÍTEZ hace tangible una imagen de desorden legal y descoordinación total entre los diversos sectores del ordenamiento jurídico.

Tal situación demuestra la incapacidad del ordenamiento jurídico de racionalizar los supuestos de concurrencia sancionadora, lo cual hace inevitable que un mismo hecho se encuentre conminado con varias sanciones. El legislador de forma general no previene la superposición de infracciones y sanciones, sino que traslada tal problema a los tribunales y a la administración, para que sean estos quienes lo solventen. Sectores fronterizos proclives a este tipo de problemáticas son los delitos medioambientales, el derecho penal del trabajo, los delitos relativos al consumo, las infracciones urbanísticas, la propiedad industrial, el ámbito del derecho penal socioeconómico, entre otros, en los que en ocasiones se encuentran configurados los ilícitos penales de forma dependiente del derecho administrativo, al tratarse de normas penales en blanco.

En los ámbitos del conocido como derecho penal accesorio o moderno de derecho penal, el papel de la jurisdicción ordinaria en la persecución de los delitos se encuentra totalmente mediatizado por la administración –especialmente en materia medioambiental. Para solucionar los posibles supuestos de duplicidad sancionadora en estos sectores del ordenamiento jurídico, tanto la doctrina como la jurisprudencia se han inclinado por la aplicación del principio del *non bis in idem* como principio de anclaje constitucional y rector del derecho, y el principio de prejudicialidad penal o preferencia penal en el enjuiciamiento y sanción de los hechos –que a su vez se constituye en una de las vertientes procesales del referido principio–, con el objeto de evitar la duplicidad de consecuencias jurídicas sobre un mismo hecho.

En efecto, el principio de *non bis in idem* en su vertiente procesal y material constituye uno de los criterios fundamentales a la hora de delimitar la concurrencia sancionadora existente entre los órdenes penal y administrativo sancionador. Sin embargo, es un principio que no tiene plasmación constitucional expresa en

España y cuyo reconocimiento y desarrollo ha recaído en manos de la jurisprudencia constitucional. Situación contraria sucede en otros países como Alemania, que en su GRUNDGESETZ, artículo 103.3 reconoce de forma expresa aunque con ciertas connotaciones, el mencionado principio.

El principio de *non bis in idem* se encuentra estrechamente vinculado con los principios de legalidad y tipicidad, tal como lo señaló el Tribunal Constitucional Español en la Sentencia de 30 de enero de 1981. La doctrina española ha señalado que existía una referencia expresa al principio de *non bis in idem* en el artículo 9.3 del Anteproyecto de la Constitución, referencia que se excluyó por la Comisión de asuntos constitucionales y libertades públicas, con la idea de trasladarla e incorporarla con posterioridad al actual artículo 25 de la CE, no obstante, tal incorporación no fue tenida en cuenta por el constituyente de 1978. Pese a ello, la intencionalidad del legislador puesta en los debates de la referida comisión fue uno de los argumentos principales para que el TC en la ST 2/1981, del 30 de enero, considerara que el principio del *non bis in idem* se encontraba constitucionalizado e incluido en el artículo 25 de la CE, pronunciamiento que suponía la posibilidad de que tal principio fuera aplicado directamente por los tribunales y todos los poderes públicos, no requiriendo ninguna clase de desarrollo legislativo.

Así se manifiesta el TC “si bien no se encuentra recogido expresamente en los artículos 14 a 30 de la Constitución [...] no por ello cabe silenciar que, como entendieron los parlamentarios de la Comisión de asuntos constitucionales y libertades públicas del Congreso, al prescindir de él en la redacción del artículo 9 del anteproyecto de la Constitución, va íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidos principalmente en el artículo 25 de la Constitución”.

Para suplir parcialmente esta deficiencia, el artículo 133 de la Ley 30 de 1992 del Régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, y los artículos 51 y 7 del Real Decreto 1398 de 4 de agosto de 1993, por el que se aprueba el procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora de la administración, consagran de forma expresa el mencionado principio. Las referidas normas, en defecto de otras más específicas, son de aplicación general a casi todas las actuaciones sancionadoras llevadas a cabo por las administraciones públicas. Del mismo modo, el principio de *non bis in idem* se encuentra recogido en leyes sectoriales pertenecientes a ámbitos muy diversos, sin embargo, no faltan los ejemplos de repudio legislativo expreso a dicho principio en algunas normas pos constitucionales.

El CP de 1995 no plasma de forma expresa en ninguna de sus disposiciones el principio de *non bis in idem*, aunque anteriores proyectos y anteproyectos si lo hacían, para de tal forma solucionar parte de los problemas que originan las relaciones entre el derecho penal y el orden administrativo sancionador, y con más concreción los supuestos en los que la sanción administrativa se impone con antelación a la sanción penal.

II. APROXIMACIÓN AL PRINCIPIO DEL *NON BIS IN IDEM*

El principio de *non bis in idem*, también conocido como *ne bis in idem*, principalmente en la doctrina italiana y alemana, significa que “nadie puede ser juzgado ni castigado dos veces por el mismo hecho”, o cuya traducción literal es “no dos veces lo mismo”. Sin embargo, tal definición no agota el alcance del principio, puesto que se deja sin especificar el contenido del supuesto de hecho –idem– y la consecuencia que se pretende evitar –bis–. En efecto, el *non bis in idem* se configura como un principio general del derecho, fundamento de una extensa gama de fenómenos normativos que adquieren diversos significados.

El principio en cuestión tiene dos vertientes, una procesal y otra sustantiva. “Desde el punto de vista material, el principio veta la plural imposición de consecuencias jurídicas sobre una misma infracción. Desde la perspectiva procesal, el “non bis in idem” determina la imposibilidad de reiterar un nuevo proceso y enjuiciamiento del hecho sobre el que ha recaído sentencia firme o auto de sobreseimiento libre. La vertiente procesal del principio cobra su pleno sentido a partir de la vertiente material, si bien la exigencia de “Lex praevia” y “Lex certa” que impone el artículo 25.1 de la Constitución obedece, entre otros motivos, a la necesidad de garantizar a los ciudadanos un consentimiento anticipado del contenido de la reacción punitiva o sancionadora del Estado ante la eventual comisión de un hecho ilícito, ese cometido garantista vendría inútil si ese mismo hecho, y por igual fundamento, pudiese ser objeto de una nueva sanción, lo que comportaría una punición desproporcionada de la conducta ilícita.

Así, el fundamento de *non bis in idem* sustantivo recae en la identidad de la infracción y la consecuencia por la sanción de contenido punitivo. Y el *non bis in idem* procesal se fundamenta en al “factu”, y no en el “crime”, como consecuencia de impedir, íntegramente, el propio proceso. Desde la perspectiva sustancial, el principio de non bis in idem se configura como un derecho fundamental del ciudadano frente a la decisión de un poder público de castigarlo por unos hechos que ya fueron objeto de sanción, como consecuencia del anterior ejercicio del “ius puniendi” del Estado.

Del mismo modo, se ha destacado que el principal sustento del non bis in idem procesal radica en el principio de Estado de Derecho “Rechtstaatsprinzi”, lo cual supone una vinculación con la justicia material que reclama la sanción de los delitos cometidos, en cuanto presupuesto democrático- legitimador de la pretensión punitiva estatal. La seguridad jurídica, cuando el Estado ha hecho uso de tal pretensión a través del proceso penal, tal justicia material queda consumida y el asunto finalizado. Sin embargo, justicia material y seguridad jurídica pueden entrar en contradicción dialéctica en el caso concreto, caso en el cual, el non bis idem en su vertiente procesal supone una opción por la seguridad jurídica formal, resolviendo de este modo el posible conflicto. Sobre este aspecto DÜRRIG ha destacado que “el reconocimiento del non bis in idem procesal, recogido en el artículo 103 III de la Ley fundamental alemana, constituye un caso especialmente interesante en el que el concepto de derecho material, precisamente porque concierne al aseguramiento de valores constitucionales personales, tiene por objeto la total seguridad jurídica formal”.

Una de las manifestaciones de la proyección internacional del principio aparece contemplada en el artículo 14.7 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos ratificados por España, como también en diferentes tratados de extradición suscritos por España. La regulación internacional del principio de non bis idem en el referido pacto se efectúa tomando como presupuesto de operatividad el principio de identidad de infracción o de delito; no la identidad de hecho. Ello puede tener su explicación por la necesidad de salvaguardar las distintas tradiciones jurídicas en la materia, conservando el núcleo de operatividad del principio. Frente a la tendencia en la Europa continental de articular la eficacia de la cosa juzgada alrededor de la identidad del hecho, la tradición anglosajona puntualiza en el término “offense”, es decir el delito al momento de configurar la prohibición de la “double jeopardy”. La elección teórica entre varios modelos depende esencialmente de la estructura básica del proceso, concretamente, de la relación existente entre acusación y el poder de cognición del tribunal, y en consecuencia, por el contenido de la sentencia.

En el *Common Law*, el juez está condicionado por las calificaciones de la parte acusadora, no pudiendo proceder a modificaciones esenciales de los puntos de vista jurídicos cuando el enjuiciamiento devenga inviable, por existir una desviación esencial de la acusación, una vez conformada la “jury”. En este evento, el enjuiciado debe ser absuelto, procediéndose a llevar a cabo un nuevo proceso, sin que resulten atendibles las excepciones procesales enderezadas a salvaguardar la garantía de la “double jeopardy”: el “plea autrefois acquit” (precedente absolució) y el “plea autrefois convicted” (precedente condena).

En España, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el *non bis in idem* ha supuesto una específica influencia en lo relacionado con el reconocimiento del principio en el ámbito interno de los órdenes sancionadores, con lo cual, la jurisprudencia ha destacado la relevancia del principio en cuestión, como una manifestación concreta del efecto negativo de la cosa juzgada, excepto *rei iudicata* y la *litispendencia*.

La principal relevancia de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional relacionada con el principio de *non bis in idem* radica en reconocer su vigencia en el marco del derecho sancionador en su conjunto, esto es, el de las relaciones existentes entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador. Se ha procedido a deshacer el viciado apotegma, según el cual, todo concurso de normas sancionadoras, cuando aparezcan insertas en órdenes distintos, es concurso auténtico, por la diversa cualidad, ya en abstracto, de las normas concurrentes. Con lo cual se reconoce la posibilidad real de conflictos de normas en el ámbito del derecho sancionador sin más cualidades.

III. ÁMBITO

Como se precisó con anterioridad, el principio de *non bis in idem* presenta variadas expresiones y aplicaciones, dentro de las que se pueden destacar la relación entre la sanción administrativa y la sanción penal, la cual puede plantearse no habiendo recaído ninguna sentencia o resolución o cuando ya se hubiese dado. También puede presentarse que en primer lugar se hubiese iniciado el procedimiento administrativo o que el que se diera primero fuera el de naturaleza penal o que en alguno de los procedimientos ya se hubiese dado resolución firme. Los inconvenientes se presentan cuando quien actúa primero es la administración.

3.1. RELACIÓN ENTRE SANCIONES PENALES

Esta vinculación se presenta cuando ya existe una resolución penal y, posteriormente, otra autoridad judicial indaga sobre la misma cuestión. La solución a este asunto suele resolverse en atención al principio de la cosa juzgada. Por tanto, el principio de *non bis in idem* interviene no solo impidiendo la segunda condena, sino el segundo proceso.

La referida problemática puede plantearse no solo en el ámbito interno y en el nivel internacional, dado que el segundo procedimiento puede adelantarse en un tribunal nacional o en el tribunal de otro Estado. Caso en el cual habrá que distinguir en virtud de que ese otro Estado sea de los vinculados por el

protocolo que incorporó los Acuerdos de Schengen o que se trate de cualquier otro Estado. También puede plantearse esta cuestión en las relaciones con los tribunales internacionales.

3.2 RELACIONES ENTRE TIPOS PENALES O AGRAVACIONES

Este tipo de relación tiene lugar cuando ciertos elementos de un tipo penal también concurren en otro tipo penal. Lo cual se traduce en un problema de cuestiones concursales que debe resolverse atendiendo las reglas que rigen ese tipo de situaciones: especialidad, consunción, subsidiariedad. Del mismo modo, se presenta cuando un elemento de un tipo coincide con una agravación, lo cual implica que ha de respetarse el principio del *non bis in idem*.

IV. PLASMACIÓN LEGISLATIVA DEL PRINCIPIO

Pese a no tener plasmación expresa en la Constitución española el principio del *non bis in idem*, aparece recogido en el artículo 14.7 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos del 16 de diciembre de 1966, en el que se precisa que “nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la Ley y el procedimiento penal de cada país”. Este pacto se integra en el ordenamiento interno español por la vía de los artículos 10.2 y 96.1 de la CE.

Del mismo modo, en el artículo 4.1 del Protocolo 7 adicional al Convenio de derechos humanos se señala que “nadie podrá ser perseguido o condenado penalmente por los tribunales de un mismo Estado por una infracción por la que haya sido absuelto o condenado mediante sentencia firme conforme a la ley y al procedimiento del Estado”. Concretamente, este protocolo no hace parte del derecho interno español, aunque España lo firmó el 23 de noviembre de 1984 y el consejo de ministros por acuerdo de 2 de agosto de 1966 remitió a las Cortes el texto con una reserva para su ratificación, pese a ello, aún no ha sido ratificado.

El convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 19 de junio de 1990 en sus artículos 54 a 58 lo consagra (firmado por España el 30 de julio de 1993). También se encuentra previsto en el artículo 50 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 10 de diciembre de 2000 (Consejo Europeo de Niza), aunque no reviste carácter vinculante. Tal artículo señala que “nadie podrá ser acusado o condenado penalmente por una infracción respecto de la cual ya haya sido absuelto o condenado en la Unión mediante sentencia firme conforme a la Ley”.

V. FUNDAMENTACIÓN

La fundamentación del principio del non bis in idem se basa en el principio de seguridad jurídica y en el principio de culpabilidad, este último impide que pueda imponérsele por el mismo hecho al mismo sujeto una sanción que exceda el límite proporcional a la culpabilidad, El principio de seguridad jurídica se refiere a que no es admisible en un Estado de Derecho la amenaza permanente de diferentes sanciones simultáneas o sucesivas en el tiempo, por el mismo hecho al mismo sujeto, además tal posibilidad entraña someter al ciudadano a un trato inhumano.

Así, los efectos de cara a la enunciación del principio pueden ser diferentes en atención a la fundamentación considerada, de una parte, se concreta en la no imposición de una doble sanción, mientras que en la otra, el principio adquiere contornos más amplios y se concreta ya no en la doble sanción sino también en la imposibilidad de un doble enjuiciamiento.

VI. LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL SOBRE EL PRINCIPIO DE *NON BIS IN IDEM*

I. COMO PRINCIPIO GENERAL

El Tribunal Constitucional español ha fijado una serie de pautas fundamentales en la caracterización, estructuración y aplicación del principio de non bis in idem, las cuales se han ido plasmando en diversos pronunciamientos del Tribunal, lo que ha venido consolidando la jurisprudencia constitucional en esta materia.

Así, el TC señaló la relevancia del non bis in idem como principio general en la STC 2 de 1981, del 30 de enero, al señalar que “el principio general del derecho conocido como “non bis in idem” supone, en una de sus más conocidas manifestaciones la no duplicidad de sanciones –administrativa y penal- en los casos en los que se aprecie la identidad de sujeto, hecho y fundamento, sin existencia de una relación de supremacía especial de la administración -relación de funcionario, servicio público, concesionario, etcétera- que justificase el ejercicio del “ius puniendi” por los tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la administración”. Además, tampoco tuvo duda alguna respecto a que dicho principio “va íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidas principalmente en el artículo 25 de la Constitución”.

En efecto, el principio del non bis in idem requiere como presupuesto para su aplicación:

1. Que exista la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento. Lo que significa eadem persona, eadem res y eadem causa petendi.
2. Que no exista una relación de sujeción especial entre el sujeto y la administración en cuanto al hecho de que se trate, pues si concurriera tal relación especial podría justificar ambas sanciones: la penal y la administrativa.

En el caso de que concurran tales presupuestos de aplicación, el principio de *non bis in idem* impide que pueda presentarse la duplicidad sancionadora. La fundamentación del principio en consideración del Tribunal Constitucional, se basa en los principios de legalidad y tipicidad expresiones del artículo 25.2 de la CE .

2. EN EL ÁMBITO PENAL

La prohibición del *non bis in idem* puede plantearse en el ámbito sancionador administrativo, bien en el ámbito jurisdiccional o bien en un ámbito mixto, es decir administrativo-jurisdiccional. En lo que respecta al orden penal el Tribunal Constitucional español ha vinculado el análisis del principio básicamente a la problemática del concurso de delitos, a la pluralidad de procesos penales y a la fundamentación de la excepción procesal de la cosa juzgada, aunque resulta evidente que tiene una mayor aplicación, existiendo otros supuestos cuya solución tiene por base este principio, por ejemplo en la prohibición de la doble valoración contenida en el artículo 67 del CP, la toma en consideración de una sentencia extranjera a los efectos del artículo 23.2 B) LOPJ, etcétera.

Así, por ejemplo la STC, 221 de 1997, señala que: “el principio al que venimos aludiendo presenta un distinto alcance en función del modo y tiempo en el que se ejerce el ius puniendi del Estado. Cuando se produce con su quebrantamiento, la aplicación de una misma sanción administrativa y penal, aquel ofrece un perfil claramente diverso al que muestra en aquellos otros supuestos en los que la reacción jurídica se circunscribe exclusivamente a un único ámbito sancionatorio. En lo que concierne a la esfera jurídico-penal, en la que se sitúa el presente amparo, el principio de *non bis in idem* aparece vinculado a la problemática referida al concurso de delitos y a la pluralidad de procesos penales, así como a la excepción procesal de la cosa juzgada. Pues bien, hemos de afirmar que si se constata adecuadamente el doble castigo penal por un mismo hecho a un mismo sujeto y por idéntica infracción delictiva, tal actuación delictiva habrá de reputarse contraria al artículo 25.1 CE, sin que la observancia de este mandato constitucional puede quedar eliminada o paliada por la naturaleza más o menos compleja del delito cuya imputación ha determinado la doble condena

penal. Siempre que exista identidad fáctica, de ilícito penal reprochado y de sujeto activo de la conducta incriminada, la duplicidad de penas es un resultado constitucionalmente proscrito, y ello con independencia de que el origen de tan indeseado efecto sea de carácter sustantivo o bien se asiente en consideraciones de naturaleza procesa”. En el mismo sentido se pronuncian las STC 204 de 1996, 154 de 1990, 66 de 1986, 234 de 1991 y 159 de 1985, entre otras.

En cuanto a la esfera jurídico-penal, el principio del *ne bis in idem*, dice la Sentencia del Tribunal Constitucional 221/1997” aparece vinculado a la problemática referida al concurso de delitos y a la pluralidad de procesos penales, así como a la excepción procesal de la cosa juzgada. Pues bien, hemos de afirmar que si se constata adecuadamente el doble castigo penal por un mismo hecho, a un mismo sujeto y por idéntica infracción delictiva, tal actuación punitiva habrá de reputarse contraria al artículo 25.1 C”, luego “siempre que exista identidad fáctica, de ilícito penal reprochado y de sujeto activo de la conducta incriminada, la duplicidad de penas es un resultado constitucionalmente proscrito”.

Esto último es lo que ocurrió precisamente con ocasión de la Sentencia del Tribunal Constitucional 204/1996, en la que los recurrentes habían sido condenados en dos ocasiones por unos mismos hechos, concretamente por dirigir un establecimiento de óptica sin la correspondiente titulación (delito de usurpación de funciones), otorgando en consecuencia el Tribunal Constitucional el amparo solicitado y reconociendo expresamente a los recurrentes su derecho a no ser condenados dos veces por los mismos hechos. En cambio, no se dará la vulneración del principio *ne bis in idem* en los supuestos de concurso de delitos en los que si bien hay una identidad de sujeto, e incluso puede haber identidad de hecho, el fundamento, en cambio, es diferente, pues aquellos se caracterizan por la pluralidad de lesiones de bienes jurídicos, de normas penales –luego el fundamento de los delitos que concurren es diferente–para las que el autor habrá necesitado de una (concurso ideal) o varias acciones (concurso real). Otra cosa es la respuesta penal que merezca el concurso de delitos, pues mientras que los que sostienen la distinción propugnan distintas reglas para cada una de las modalidades concursales, desde la perspectiva de los autores que defienden un tratamiento unitario se defiende, por el contrario, una pena unitaria.

Así, por ejemplo, en el caso resuelto por la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 27-1-1996, el Ministerio Fiscal había basado su recurso de casación en el artículo 850.1º LECrim., alegando un quebrantamiento de forma al haberse denegado la suspensión del juicio ante la no comparecencia de un testigo. Dicha sentencia del Tribunal Supremo señaló que el tribunal a quo había suspendido ya en varias ocasiones el juicio, llevando la búsqueda de

los testigos de la acusación a este procedimiento al límite del plazo compatible con el derecho a ser juzgado dentro de un término razonable, así como que la jurisprudencia de la Sala ha establecido que cuando un testigo no puede ser hallado, ha muerto o desaparecido, procede su lectura en el juicio “a instancia de cualquiera de las parte”, según el procedimiento previsto en el artículo 730 LECrim. En el caso concreto, el tribunal a quo no había procedido a la lectura de las declaraciones sumariales de la testigo no presente, a pesar de haberlo solicitado así el Ministerio Fiscal y de ser exigible de acuerdo con la jurisprudencia en esta materia, teniéndolas simplemente «por reproducidas», por lo que, dice la Sentencia del Tribunal Supremo, dicho órgano judicial vulneró el principio de publicidad, aunque el Ministerio Fiscal, al no haber formulado protesta alguna, toleró dicha situación. En tales circunstancias, concluye la sentencia del Tribunal Supremo, “no es posible ahora volver a juzgar al acusado para dar a la acusación una oportunidad procesal que tuvo y que sin embargo no ejercitó en tiempo y forma. La prohibición del «double jeopardy», es decir, del doble peligro de condena, que es contenido de la Vª Enmienda de la Constitución de los EEUU, no está expreso en la CE, pero está indudablemente implícito en la idea y la tradición de un proceso con todas las garantías del artículo 24.2 CE, por tanto como un derecho fundamental. En consecuencia, la repetición del juicio oral solo tendría la finalidad de permitir una lectura pública de las declaraciones de la testigo ausente para que la audiencia pudiera valorarlas subsanando de esta manera una incorrección procesal que la acusación toleró en el proceso, lo que vulneraría el principio *ne bis in idem* procesal”.

VII. EL PRINCIPIO DE *NON BIS IN IDEM* EN EL DERECHO COMPARADO

EL PRINCIPIO DE *NON BIS IN IDEM* EN EL DERECHO ANGLOSAJÓN

CONCEPTO Y FUNDAMENTO

La Quinta enmienda de la Constitución norteamericana contiene, entre otras disposiciones relativas en su mayor parte a las garantías del proceso penal, la siguiente: Nadie puede ser obligado a poner dos veces en peligro su vida o integridad física por la misma ofensa”. La norma se proyecta de forma exclusiva sobre el proceso penal, con lo cual, no impide la duplicidad de procesos civiles o penal y civil contra la misma persona y con el mismo objeto, así, se fija un derecho constitucional a no ser enjuiciado dos veces por el mismo delito.

A diferencia de lo que sucede en el derecho continental, en el que la institución de la cosa juzgada constituye una consecuencia estructural del carácter definitivo de la resolución y, por consiguiente, puede y debe ser apreciada de oficio sin que, como elemento integrante del orden público procesal que es, pueda ser objeto de renuncia, el derecho a no ser sometido dos veces a un proceso penal por el mismo delito (*double jeopardy*) carece de esa dimensión.

Su fundamento no se halla en las exigencias generales de seguridad jurídica inherentes al sistema de enjuiciar, que exigen una y solamente una resolución definitiva, sino en las exigencias particulares de la libertad y seguridad del individuo. La diferencia de concepción y de fundamento de la prohibición de “*double jeopardy*”, respecto de la cosa juzgada, implica un menor rigor formal, el cual se manifiesta en la posibilidad de renuncia, aún más, en la complejidad y el casuismo de los criterios con que solventar los supuestos problemáticos. Como contrapartida, comporta una serie de consecuencias materiales que no derivan de la idea de “*res iudicata*”.

En consecuencia, una vez absuelta o condenada una persona, no puede recurrir el fiscal reclamando la condena o una pena más grave, pero si es el condenado el que recurre, sometiéndose así voluntariamente a un nuevo juicio, se arriesga a una condena más dura. La prohibición de la “*non reformatio in peius*” no opera de modo automático, sino que el recurso del condenado abre a la acusación pública una segunda oportunidad de obtener la imposición de una pena más grave, siempre que la solicite y que, para evitar que el temor a una “*venganza*” del Tribunal pueda hacer desistir del derecho al recurso, las razones de agravación se hagan constar expresamente.

ÁMBITO DE APLICACIÓN EN EL DERECHO ANGLOSAJÓN

La delimitación del ámbito de aplicación de la garantía requiere, en primer término, determinar cuándo hay un doble proceso por un mismo delito, y en segundo lugar, analizar las hipótesis en que, pese a tratarse de un segundo proceso por el mismo delito, la garantía frente al “*double jeopardy*” queda excluida.

Respecto a la delimitación de si se trata o no del mismo delito, se acepta la conocida como regla *Blockburger*, “donde el mismo acto u operación constituye violación de dos previsiones legales distintas, el “*test*” a aplicar para determinar si se trata de dos delitos o solamente de uno consiste en determinar si una de las dos previsiones de la Ley requiere la prueba de un hecho adicional, que la otra no precisa”. (*Blockburger*, 1932).

El criterio así delimitado atiende en principio solo la materialidad del hecho, sin tener en cuenta que no cabe hablar de idéntico delito si no se adopta a la vez la perspectiva del fundamento, esto es, si no hay identidad de bien jurídico.

La jurisprudencia norteamericana no conoce la diferencia entre concurso de normas y concurso de delitos, al no hallarse lo suficientemente elaborada por la doctrina penal, lo cual la conduce en ocasiones a vaciar de operatividad de la garantía, en supuestos en los que desde el punto de vista del bien jurídico parecen lo suficientemente claros. Algunos de los problemas que la jurisprudencia norteamericana trata de resolver a través de la aplicación o inaplicación de la garantía procesal del *non bis in idem* podrían ser resueltos por su vertiente material.

La ausencia de la necesaria distinción entre ambos y la insuficiente elaboración dogmática del derecho penal material tiene un precio considerable que afecta la seguridad jurídica. No obstante, el peso que la idea garantía individual tiene en el ordenamiento jurídico norteamericano, en virtud de la vigencia del principio acusatorio, cabría afirmar que el objeto del proceso es una pretensión punitiva, que se basa en la idea de identidad del hecho del individuo y no a la de la valoración jurídica externa, la posibilidad de impedir la apertura de un nuevo proceso; mientras que en el derecho continental se suele mantener que pese a que el objeto del proceso es un hecho, se admite en principio, que la operatividad de la cosa juzgada y por consiguiente, del *ne bis in idem* procesal no alcanza los supuestos de concurso ideal de delitos. Así, al limitar con posterioridad la posibilidad de doble enjuiciamiento a los casos de identidad meramente parcial del hecho básico de las infracciones que concurren formalmente –esto es, hablar de concurso ideal para referirse en el fondo a casos de concurso real–, la doctrina procesal europea y la jurisprudencia norteamericana confluyen, tanto en el sentido garantista de los resultados que obtienen cuanto en la confusión conceptual mediante la que llegan a ellos.

Así las cosas, ¿cuándo puede hablarse de un doble juicio? No puede hablarse de doble juicio en los casos de nulidad del primero, la cuestión no es problemática cuando la nulidad procede porque el jurado está mal constituido o no ha podido llegar a un acuerdo. Para saber cuándo estamos ante un doble juicio debe tenerse en cuenta dos principios, a saber: que la pretensión punitiva del Estado haya sido tratada en el juicio de modo correcto (no privándole indebidamente del fundamento probatorio) y que el acusado no pueda ser sometido a un doble riesgo real.

La interdicción del *double jeopardy*, no rige solo para la jurisdicción penal ordinaria, sino que se aplica también a la militar. Ha sido objeto de importante excepción en supuestos en que el primer juicio tiene lugar ante un tribunal federal

y el segundo ante uno de un Estado miembro y a la inversa. El fundamento de la idea se halla en el concepto “del doble soberano” y, por consiguiente, en la dualidad del ordenamiento, expresada por Justice Grier en *Moore Vs. Illinois*, 1852.

La mencionada doctrina fue confirmada en *Barkus V. Illinois* (1959). Se trataba de un caso en que el acusado, absuelto del delito de robo en un banco federal por un tribunal federal, fue condenado después por otro del Estado miembro, como autor del delito de robo genérico contenido en su Código Penal. Los jueces Black, Douglas y Warren expresaron en su “dissenting opinión”, que no veían ninguna razón que autorizase a violar, en nombre del federalismo, un principio de garantía tan consolidado. En *Abbate Vs U.S.* (1959) se planteó un caso inverso: tras una leve condena estatal por daños en una cabina telefónica, en grado de conspiración, los imputados fueron sometidos a un juicio en un tribunal de distrito por conspiración para destruir medios de comunicación. El Tribunal Supremo, también aquí entendió –quizás con mayor justificación dada la diversidad del bien jurídico– que no infringía la garantía constitucional.

Sin embargo, y a falta de todo posible apoyo en la apelación a la “doble soberanía”, la exclusión del derecho no ha afectado a la dualidad de procesos estatales y municipales (*Waller V. Florida* -1970), con excepción de los casos de colusión, en que la condena por infracción de las ordenanzas hubiera sido obtenida mediante acuerdo entre el infractor y los agentes municipales para eludir una más grave condena estatal (*Weaver V. Schaaf* -1975-).

EL PRINCIPIO DEL *NON BIS IN IDEM* EN EL DERECHO EUROPEO

La convención Europea para la protección de los Derechos Humanos consagra de forma expresa el principio del *non bis in idem* aplicable en el ámbito del derecho penal. Caso contrario a lo que acontece en el derecho alemán y español, donde tal principio tiene aplicación tanto en el derecho penal como en el administrativo. No obstante, se trata de un principio que por regla general no suele estar contemplado en los textos constitucionales, pese a que si vigencia para estar asegurada.

Si el principio *ne bis in idem* presenta no pocas dificultades en el ámbito interno, como se ha podido comprobar a la vista de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en esta materia, también las presenta en su proyección externa, es decir, con relación a otros países. Por lo general, en las distintas legislaciones europeas el principio del *ne bis in idem* solo rige en el ámbito de la legislación interna, sin proyección externa, existiendo, pues, la posibilidad de repetir el

juicio, aun cuando se haya producido ya una condena en otro país por el mismo hecho; esta condena ya sufrida solo se tomaría en cuenta a los efectos de su contabilización en la medida de la pena a imponer. Así, el parágrafo 51 del StGB alemán, relativo al abono de penas, establece que cuando el condenado haya sido castigado en el extranjero por el mismo hecho, se contabilizará la pena ya cumplida, es decir, es posible un doble juicio, aunque para evitar la desproporcionalidad de la pena se toma en cuenta la ya sufrida en el extranjero. Y en términos similares se regula esta misma materia en otras legislaciones, como es el caso del parágrafo 66 del STGB austriaco, del artículo 138 del Código penal italiano, y del artículo 31 del Código penal suizo.

También otras legislaciones admiten, aunque indirectamente, esta misma situación desde el momento en que se admite la posibilidad de un segundo juicio, si el delito por el que ha sido condenado el sujeto en otro país se cometió en territorio nacional, como es el caso del artículo 692 del Código de procedimientos penales francés, y lo mismo ocurre en Portugal y Bélgica. Otras legislaciones, por el contrario, como es el caso de Holanda, aplican por igual el principio *ne bis in idem*, es decir, tanto interna como externamente. Ahora bien, en el ámbito espacial de los países del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985, firmado en 1990 y al que se adhirió España en 1991, hay que tener en cuenta lo dispuesto en los artículos 54 y 55. Según el artículo 54, que establece la regla general, esto es, la vigencia del principio *ne bis in idem* en el ámbito interno de los países de Schengen (Alemania, Países Bajos, Francia, Italia, España, etcétera): “Una persona que haya sido juzgada en sentencia firme por una parte contratante no podrá ser perseguida por los mismos hechos por otra parte contratante, siempre que en caso de condena, se haya ejecutado la sanción, se esté ejecutando o no pueda ejecutarse, ya según la legislación de la parte contratante donde haya tenido lugar la condena”.

De todos modos, la mayor parte de los países que han suscrito el convenio, han hecho reserva –no es el caso de España– conforme lo establecido en el artículo 55, que dice: “1. En el momento de la ratificación, aceptación o aprobación del presente convenio, una parte contratante podrá declarar que no está vinculada por el artículo 54 en uno o varios de los siguientes supuestos: a) Cuando los hechos contemplados en la sentencia extranjera hayan tenido lugar total o parcialmente en su territorio; sin embargo, en ese último caso esta excepción no se aplicará si los hechos tuvieron lugar en parte en el territorio de la parte contratante donde se haya dictado la sentencia. b) Cuando los hechos contemplados en la sentencia extranjera constituyan una infracción contra la

seguridad del Estado u otros intereses igualmente esenciales de dicha parte contratante. c) Cuando los hechos contemplados en la sentencia extranjera hayan sido cometidos por un funcionario de dicha parte contratante, incumpliendo las obligaciones de su cargo”. Por tanto, en las hipótesis de realización del delito en territorio nacional y de delitos que afecten intereses esenciales del Estado, como sería, sin duda, en España, el caso del terrorismo –aunque España, como se dijo, no hizo reservas– es perfectamente posible la celebración de un segundo juicio y una nueva condena, luego un *bis in idem*, siempre con el límite del principio de proporcionalidad, que exige que se contabilice en la medida de la pena la que se le impuso al sujeto en el primer juicio.

Entre las excepciones al principio *ne bis in idem*, es decir, entre las hipótesis en las que sería posible un *bis in idem*, contenidas en el convenio, está la del funcionario que ha cometido el delito en el ejercicio de sus funciones, que es un supuesto de «relación de sujeción especial», porque en estos casos se entiende que “la pena atiende a la sanción del interés general –penalmente protegido– lesionado por el funcionario y la sanción disciplinaria procura la sanción del ataque a otro valor o interés (la relación de confianza y servicio que media entre el Estado y el funcionario y que este ha defraudado)”.

EL NON BIS IN IDEM EN EL DERECHO ESPAÑOL

Ya se ha hecho alusión al principio del *non bis in idem* como principio estructural del proceso, ya que a la jurisdicción corresponde declarar el derecho de modo definitivo, con lo cual, solo puede hacerlo una vez. La manifestación básica del mencionado principio es la cosa juzgada, tras la sentencia firme se cierra el proceso penal.

La concepción eminentemente estructural permite demasiadas cosas: posibilita que simples alternaciones formales en la perspectiva valorativa (el paso del derecho penal criminal al derecho administrativo sancionador, ya que en ocasiones no hay, desde el punto de vista material, cambio valorativo alguno entre infracción criminal y la meramente gubernativa o disciplinaria), den lugar a un doble proceso sancionador; permite que, anulada una condena, en vía de amparo constitucional, por falta de pruebas que desvirtúen la presunción de inocencia, se vuelva a abrir el juicio contra el que recibe el “amparo”, y, en general deja, en más ocasiones de las que debiera, abierta la posibilidad de celebrar un segundo juicio, que presenta para el imputado un doble riesgo real y no provocado por él.

Por tanto, es necesario recuperar la perspectiva del *ne bis in idem* procesal como derecho del individuo, derecho fundamental del artículo 24 de la CE, encuadrado en el derecho a un proceso con todas las garantías y parte indispensable de un enjuiciamiento equitativo, en que la superioridad del aparato estatal se ajuste a límites, para que la persona enjuiciada no quede también destruida. La consecución de esa finalidad implica un acercamiento a la garantía norteamericana.

La Ley 30 de 1992 de Régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común en los artículos 133 y 137.2 ha señalado que: “no podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en los que se aprecie identidad de hecho, sujetos o fundamentos”, es decir, de los aspectos material y procesal. “Los hechos declarados probados por resoluciones penales firmes vincularán a las administraciones públicas respecto de los procedimientos sancionadores que substancien”.

En su vertiente material, en el derecho penal el principio del *non bis in idem* es resuelto a través de las figuras del concurso de leyes, el concurso ideal y el conocido como principio de inherencia. Así, mediante el concurso de normas el tipo penal que sea capaz de abarcar el contenido del injusto, dejando de lado el tipo o los tipos penales en que se contienen aspectos parciales del mismo. En lo que respecta al concurso ideal puede señalarse que se recurrirá a este cuando no exista un tipo penal que abarque la totalidad del desvalor del hecho, así, a través de la aplicación de varios tipos se abarca la totalidad del injusto.

En lo que respecta al alcance procesal del principio de *non bis in idem*, ha de señalarse que la interdicción de varios procedimientos se alcanza a través de la institución de la cosa juzgada. Por tanto, existe cosa juzgada cuando el proceso versa sobre el mismo objeto, cuando existe una identidad de hecho. Así, la noción de hecho, ha de entenderse en su alcance normativo, la cual se basa en “los hechos enjuiciados en cuanto son delictivos y sobre las consecuencias penales que de estos se derivan para los sujetos inculcados”. Esto implica tener que recurrir al tipo penal al momento de determinar el alcance del hecho, al respecto un sector de la doctrina afirma que debe recurrirse a un criterio formal que significa que habría identidad del hecho cuando exista identidad parcial entre los actos típicos (Si A es juzgado como autor de una falta de lesiones contra B y posteriormente se descubre que la intención de A era matar a B, se hace imposible abrir un nuevo proceso para juzgar a A como autor de un homicidio en grado de tentativa o frustración).

Otro sector doctrinal, tomando como referencia la obra de SCHWINGE de la década de los veinte, complementa el anterior criterio señalando que resulta necesario tomar en consideración el bien jurídico lesionado, con lo cual, la identidad del hecho ha de depender de un elemento material del delito. Este criterio mixto tiene acogida en el derecho español, ya que acoge tanto al bien jurídico como a la configuración de la acción. No obstante, para algunos autores la presencia de los dos elementos no es imprescindible, puesto que en ocasiones puede bastar con alguno de estos, es decir, bien jurídico o identidad de la acción típica.

Es innegable que los supuestos más frecuentes de concurrencia sancionadora se presentan entre los ámbitos penal y administrativo, o de dos sanciones administrativas. Con respecto a la primera duplicidad no suele recurrirse a la aplicación del concurso de normas o de delitos, generalmente se da sin más prioridad cronológica al proceso penal y que una vez recaída la sentencia penal condenatoria se elimine totalmente la posibilidad de sanción administrativa, incluso si esta atiende a un bien jurídico totalmente distinto y podría haber un concurso ideal entre la sanción penal y la administrativa.

ÁMBITO COMPARADO

En los principales ordenamientos jurídicos europeos existe una tendencia prevalente al respeto del principio del *non bis in idem*, ya se desprenda de la Constitución o se derive de una decisión ordinaria. Sin embargo, existen fallencias generalizadas en el ámbito procesal del principio, ya que si bien en el derecho germano se mantiene un idéntico concepto de hecho al que opera en el proceso penal, en los ordenamientos francés e italiano es admitido un doble procedimiento. Así, España se convierte en el punto medio, ya que pese a existir puntos oscuros, se permite un segundo procedimiento, por partir de un concepto de hecho cuya identidad la determina el bien jurídico afectado por cada infracción, más para atenuar la inseguridad jurídica que produce esta noción, se ha afirmado la prejudicialidad penal y el respeto a los hechos probados en el proceso penal previo.

En lo que refiere al ámbito material, los ordenamientos con una regulación expresa tienden, aunque se presenten algunas diferencias, a extender la regulación del concurso de delitos y de normas penales, mientras que en los sistemas donde no existe regulación, Francia y España, lo más correcto es acudir además al principio de proporcionalidad. Así también, tiene especial relevancia para el ordenamiento comunitario la invocación que el Consejo Constitucional francés ha hecho del artículo 8 del Convenio europeo para la defensa de los Derechos Humanos.

FRANCIA

En Francia la posibilidad del bis in idem entre sanción administrativa y penal se ha desarrollado en materia de los delitos de iniciados. Este sector del derecho penal económico Francés prevé dos sanciones, una penal contenida en el artículo 10.1 de la Ordennance e 1967 y la sanción administrativa impuesta por la Comisión des Operations de Bourse) en virtud de la Ley de 1989, y correlativamente dos procedimientos ante el Tribunal Correccional y ante la C.O.B. Esta posibilidad de bis in idem ha sido además confirmada por el Consejo Constitucional francés que expresamente ha señalado la no aplicabilidad del principio entre sanción penal y administrativa. Pese a ello, frente a la posible dualidad de sanciones, en virtud de la Declaración de los derechos del hombre y el ciudadano, “la Ley no puede establecer más que las penas necesarias” se ha matizado indicando que cuando como consecuencia de un cúmulo de procedimientos la doble sanción resulte excesiva, el principio de proporcionalidad implica en todo caso que el montaje global de las sanciones no supere el máximo de una de las sanciones.

En lo que respecta a la vertiente procesal del principio, cabe advertir que en el procedimiento penal francés parte de un concepto normativo, donde lo trascendente es la clasificación que de los hechos se haya realizado en el proceso. Así, el Tribunal Constitucional ha precisado además en la resolución aludida, que el juez penal no puede considerar probada la infracción atendiendo en exclusiva a los hechos constatados en el expediente administrativo.

REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA

A diferencia de lo que acontece en los ordenamientos español y francés, en el alemán la regulación del principio de non bis in idem entre los ordenes penal y administrativo se contiene expresamente en el artículo 84 de la OWiG, cuyo primer apartado impide la invocación de un procedimiento administrativo sancionador cuando la decisión caída sobre un hecho haya adquirido el valor de cosa juzgada. Bien se trate de una sentencia judicial, calificando el hecho como sanción administrativa o delito, o se trate de una decisión sancionadora administrativa. Del mismo modo, el apartado segundo señala que cuando un hecho ha sido sancionado administrativamente no puede ser castigado penalmente. Así, resulta necesario para conocer el derecho alemán tener en cuenta que, a diferencia de lo que acontecía con el español, las nociones de mismo hecho procesal y pena son totalmente diversas, pues se parte de un concepto natural de hecho

procesal definido como acaecer histórico individualizado en su unidad natural, desprovisto de toda referencia jurídico penal o material.

La regulación de la vertiente material del principio se haya contenida en los artículos 19, 20 y 21 de la OWiG. En el primero de los preceptos se regula el concurso ideal entre sanciones administrativas, el cual queda recogido por el principio de absorción. Por tanto, será la sanción más grave la que se imponga, pudiendo serlo también las sanciones accesorias previstas en el otro tipo infringido. También, el concurso ideal entre sanción administrativa y penal se haya contenida en el artículo 21 imponiéndosele en dicho caso solo la sanción penal. Pese a ello, pueden imponerse según lo dispuesto en este párrafo las consecuencias accesorias previstas en la norma administrativa. Rige en ambos supuestos el principio de absorción al entenderse que el tipo más grave sanciona de forma suficiente ambos desvalores.

Antes de dar aplicación a la normativa ha de realizarse una labor de interpretación para comprobar si nos encontramos ante un concurso de normas. Cuando se verifica un concurso de normas entre sanción penal y administrativa, puede ser aplicable la sanción administrativa y no la penal, debido a la aplicación del principio de subsidiariedad o especialidad.

ITALIA

En el derecho italiano la vigencia del principio de non bis in idem es indiscutida, pese a no encontrarse expresamente contemplada en la Constitución. No obstante, en materia penal la Convención Europea para la protección de los Derechos humanos, Ley 24 de noviembre de 1981, se ha ocupado de regular de forma expresa tal principio y su vinculación entre sanciones penal y administrativas y administrativas propiamente dichas.

El principio que existe en el ordenamiento italiano es que puede existir una duplicidad de procedimientos penal y administrativo, salvo en los supuestos en los que el juez penal estime que la existencia de un delito depende del esclarecimiento de una infracción administrativa, caso en el cual, el proceso penal ejercerá una vis atractiva, siendo posible la duplicidad de procedimientos.

En el aspecto material la normativa concursal se haya regulada por los artículos 8 y 9 de la Ley. Así, el artículo 8 contiene el concurso formal homogéneo o heterogéneo entre sanciones administrativas. Caso en el cual se señala que, salvo disposición en contrario, debe aplicarse la sanción más grave aumentada hasta un triplo, acogándose en consecuencia el criterio del cúmulo jurídico al que hace referencia el artículo 81.1 del CP Italiano. De otra parte, no encuentra

regulación el concurso material, por lo que la doctrina propone la aplicación analógica de la normativa penal regida por el cúmulo de sanciones. En el artículo 9 se regula sobre la base del principio de especialidad los supuestos de concursos de normas entre sanciones administrativas y administrativas-penales, salvo en aquellos supuestos en que se trate de sanciones administrativas regionales, en los que será preferente la sanción penal.

LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO Y SUS RECIENTES APORTES AL DERECHO DISCIPLINARIO

DAVID ALONSO ROA SALGUERO *

** Profesor Asociado de la Especialización de Derecho
Sancionatorio en la Universidad Militar Nueva Granada.*

- I. INTRODUCCIÓN
- II. UNA DOGMÁTICA CON RECONOCIMIENTO JURISPRUDENCIAL
- III. ALCANCES Y LÍMITES AL CONTROL DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DISCIPLINARIOS. ALGUNAS PROPUESTAS
- IV. CONCLUSIONES
- BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

I. INTRODUCCIÓN

Luego de la investigación que concluyó con un breve análisis crítico a los aportes dogmáticos que la jurisprudencia del Consejo de Estado, a lo largo de los años, había efectuado en materia disciplinaria¹²⁷, de la que se originaron no pocas ni pacíficas inquietudes en quienes tuvieron la oportunidad de acceder a ella de manera concienzuda, en especial quienes en su lectura entendieron un mensaje distinto al que se quiso plantear, es imperioso retomar el tema con algunos avances recientes, que a partir de los pronunciamientos del mismo tribunal, ha tenido el derecho disciplinario.

Para algunos, la *irreverencia* con que fueron efectuadas dichas críticas en el tratamiento de cada uno de los temas, desconocía el loable esfuerzo con el que la Sección Segunda del Consejo de Estado intentó evacuar los asuntos a su cargo. Para otros, la utilización de la palabra “dogmática”, en el título de la obra, no estaba acorde con lo que en ella se exponía. Estos se mostraban, sin fundamento serio alguno, como *detractores* de dicho concepto, ignorando que su uso y desarrollo en el derecho disciplinario, aunque algún sector no lo admita, significa el derrotero para el impulso, la autonomía y la independencia de esta disciplina jurídica.

Llegada la oportunidad de responder, debe indicarse, en primer lugar, que tales críticas, al parecer, han surtido efecto, al punto que, como veremos en los párrafos siguientes, la jurisprudencia del Consejo de Estado en materia disciplinaria ha asumido un papel preponderante, no solo en su estructura misma, sino también en el contenido de su motivación para la toma de decisiones.

De otra parte, valga precisar, más que recordar, que el concepto de dogmática allí utilizado hace referencia a un “*supramétodo de interpretación de la ley*”¹²⁸, o lo que es lo mismo en materia jurídica, a un método expositivo que se usa en contraposición al método exegetico. Este método expositivo se atiene más a los principios doctrinales que al orden y a la estructura de los códigos y las leyes¹²⁹, lo propio del método exegetico, que pretende erigirse en términos de “*verdad cierta e indiscutible*”.

¹²⁷ Al respecto ver: ROA SALGUERO, David Alonso. *Construcción dogmática del derecho disciplinario – Influencia de la jurisprudencia del Consejo de Estado Colombiano*, Serie Temas Disciplinarios, vol. 1, Instituto Hispanoamericano de Derecho Disciplinario, Ibáñez, Bogotá, 2010.

¹²⁸ GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. La dogmática como ciencia del derecho – Sus especies penal y disciplinaria: Semejanzas y diferencias, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, Introducción.

¹²⁹ Definición parafraseada y extraída del Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua.

En este orden de ideas, por nuestra forma de Estado, “[...] *la dogmática hoy [...] no puede ser sino ‘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 y los efectos irradiantes que producen los derechos fundamentales en la interpretación legal (artículos 4, 85 y 86)*”¹³⁰.

II. UNA DOGMÁTICA CON RECONOCIMIENTO JURISPRUDENCIAL

Desde la doctrina se ha reclamado insistentemente, y con serios argumentos, una dogmática para el derecho disciplinario¹³¹. Podemos notar cómo recientemente se proclama la necesidad de esta: “[...] *en la medida que desarrolla una deontología de la normatividad al señalar a los servidores públicos qué deben hacer y cómo hacerlo (deberes funcionales), para axiológicamente, determinar lo correcto o incorrecto de los comportamientos en el marco de los principios que orientan la función pública (artículo 209 de la Carta Política)*”¹³². Ello permite comprender, por tanto, en el orden que precede, que la ilicitud sustancial como razón de ser y eje principal de la existencia de falta disciplinaria no se materializa con el solo incumplimiento del deber funcional, sino que, necesariamente, con que se afecten o se desconozcan los principios de la función pública, los fines del Estado y los derechos fundamentales¹³³, de conformidad con lo dispuesto en la

¹³⁰ GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. *Ibidem*.

¹³¹ Ejemplo de ello se destaca una excelente investigación, de la que se concluyó: “*La Dogmatica del Derecho Disciplinario ha sido una herramienta clave para la ciencia de este saber, donde permite acomodar estrategias ingeniosas para reglamentar los diferentes estatutos disciplinarios en la comunidad jurídica, los operadores jurídicos impolutos deben garantizar un trato igualitario a todos los sujetos pasivos. Con el nuevo Código Disciplinario Único, se buscó y se encontró fortalecer la autonomía e independencia del régimen disciplinario, y dejó ser este un “rey de burlas” para convertirse en una herramienta clave para la administración pública. Se puede pensar ahora en nuestro país, que la solidez de esta nueva rama independiente y autónoma es eficaz y eficiente a la hora de imponer sanciones, con esta nueva creación de ciencia sistemática se debe sentar bases para una administración justa e igualitaria, para poder proscribir la arbitrariedad*”. DAZA PÉREZ, Mario Felipe. *La naturaleza jurídica del derecho disciplinario. ¿Concatenada con el penal?, ¿Armonizada con el administrativo?, Autónoma e independiente?*. En: <http://derechopublicomd.blogspot.com/2011/04/la-naturaleza-juridica-del-derecho.html>

¹³² GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. *Ibidem*, p. 243.

¹³³ En la sentencia T-350 de 2011, M. P. María Victoria Calle Correa, se sostuvo categóricamente: “[...] el Procurador General de la Nación es uno de los principales arquitectos del Estado social y democrático de derecho. Más allá de asegurarse de sancionar a los funcionarios que lo merecen, que sin duda es una de sus principales funciones, el ejercicio de las atribuciones del Procurador han de encaminarse a defender el orden constitucional vigente. En especial,

Carta Política, lo cual guarda coherencia con los supuestos fácticos contenidos en el artículo 23 de la Ley 734 de 2002¹³⁴ y con la garantía consagrada como principio en el artículo 22 de la misma ley¹³⁵.

Es decir, además de la inobservancia de ese deber funcional, debe constatar-se si con esta se afectaron los postulados del Estado Social y Democrático de Derecho, sus fines, los principios de la función pública y los derechos fundamentales. Esto para indicar que la afectación sustancial no se reduce a la simple infracción del deber funcional, para materializar y configurar la existencia de falta disciplinaria, como se lee en el artículo 5° del CDU, deber que típicamente está representado como un todo en la ley a través de mandatos (deberes y prohibiciones), causales de inhabilidad, impedimento e incompatibilidad y conflicto de intereses, sino que es forzoso verificar si el incumplimiento a ese deber o la incursión en una de tales situaciones afecta sustancialmente los fines del Estado, los principios de la función pública y los derechos fundamentales consagrados en la Carta Política.

De todo esto se deriva algo importante que necesariamente obliga a tratar el tema de la estructura de la falta, toda vez que, precisamente y por lo general, para examinar los elementos de esta –tipicidad, ilicitud sustancial o “antijuridicidad” y culpabilidad– ante el incumplimiento de deberes, la incursión en prohibiciones y la violación del “régimen” de conflicto de intereses (que no existe), los componentes tipicidad e ilicitud sustancial muestran cierta independencia en la estructuración del ilícito disciplinario, no así cuando de violación al régimen de inhabilidades, impedimentos e incompatibilidades se trata, por ser el legislador quien de entrada, al consagrar las causales en la ley –tipicidad– intenta proteger altos intereses constitucionales, por ejemplo los principios de la función públi-

a garantizar el imperio de los derechos fundamentales. [...] El ejercicio de la facultad disciplinaria no es un fin en sí mismo, es un medio; es una herramienta para lograr un mejor cumplimiento de las funciones del Estado y, así, la garantía del goce efectivo de los derechos fundamentales de todas las personas”.

¹³⁴ “Artículo 23. *La falta disciplinaria*. 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 presente ordenamiento”.

¹³⁵ “Artículo 22. *Garantía de la función pública*. El sujeto disciplinable, para salvaguardar la moralidad pública, transparencia, objetividad, legalidad, honradez, lealtad, igualdad, imparcialidad, celeridad, publicidad, economía, neutralidad, eficacia y eficiencia que debe observar en el desempeño de su empleo, cargo o función, ejercerá los derechos, cumplirá los deberes, respetará las prohibiciones y estará sometido al régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflictos de intereses, establecidos en la Constitución Política y en las leyes”.

ca –ilicitud sustancial–¹³⁶, lo que permite colegir que en estos últimos eventos tipicidad e ilicitud sustancial forman una unidad¹³⁷.

Otra muestra práctica de la separación entre tipicidad e ilicitud sustancial ocurre con aquellas descripciones típicas que requieren de un resultado –tipos de resultado–, que si bien son la excepción en materia disciplinaria, es en ellas donde más se observa esta situación; de allí que el funcionario con potestad disciplinaria, además de realizar la adecuación típica del comportamiento del agente en la previsión normativa que señala el deber o la prohibición, debe desarrollar con mayor empeño y en forma independiente la verificación o comprobación de la real afectación que de los fines del Estado, los principios de la función pública o los derechos fundamentales pudiera haberse generado con la conducta, en principio, reprochable.

El resultado material producido con la conducta desplegada por el agente –servidor público y/o particular disciplinable–, en el ámbito del derecho disciplinario se tiene en cuenta, porque así fue previsto por el legislador, solo como criterio para la graduación de la sanción¹³⁸. Sin embargo, frente a las prohibiciones consagradas en los numerales 13 y 17 del artículo 35 y a las faltas gravísimas consagradas en los numerales 3° y 6° del 48 *ibídem*, entre otras, pues si no se produce el resultado no es posible que se estructure la falta.

¹³⁶ La Corte Constitucional, en sentencia C-544 de 2005, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, dijo: “... *Su finalidad (de la inhabilidad) no es otra que la de preservar la pulcritud de la administración pública, garantizar que los servidores públicos sean ciudadanos de comportamiento ejemplar y evitar que sus intereses personales se involucren en el manejo de los asuntos comunitarios, comprometiendo la imparcialidad, moralidad, igualdad y eficiencia de la Administración. [...] La finalidad de establecer inhabilidades radica entonces en garantizar los principios de moralidad, idoneidad, probidad, transparencia e imparcialidad en el ejercicio de la función pública, entendida esta como “el conjunto de tareas y de actividades que deben cumplir los diferentes órganos del Estado, con el fin de desarrollar sus funciones y cumplir sus diferentes cometidos y, de este modo, asegurar la realización de sus fines”.* (Cfr. Sentencias C-631/96 y C-564/97, M. P. Antonio Barrera Carbonell.) Dado que dicha función se dirige a la atención y satisfacción de intereses generales, resulta razonable que se exija a las personas que aspiran a ejercerla, poseer cualidades suficientes que garanticen su desarrollo con arreglo a los principios mencionados, tal como se consagra en el artículo 209 de la Constitución”.

¹³⁷ Al respecto se ha dicho: “[...] las faltas disciplinarias relacionadas con la violación de las incompatibilidades e inhabilidades son de aquellas en las cuales se puede concluir que con la incursión del supuesto que las contiene existe un deber funcional que result(a) afectado sustancialmente,.... Frente a ello, es dable sostener que cuando el legislador definió cuáles son los comportamientos o hechos que se estiman que son configurativos de una inhabilidad o una incompatibilidad, la incursión de (sic) en tales supuestos son suficientes para considerar que se han contrariado los principios que rigen la función pública, aspecto que, sin duda, es el que se presenta como necesario para estimar la antijuridicidad de la conducta”. Despacho del Procurador General de la Nación, Fallo de Única Instancia de fecha 28 de enero de 2011, Radicación No. 2009-215383, P. P. doctor Alejandro Ordóñez Maldonado.

¹³⁸ Numeral 1, literal g) del artículo 47 de la Ley 734 de 2002.

Los más recientes aportes que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha tenido se circunscriben, esencialmente, en lo que tiene que ver con el control de legalidad –y también de constitucionalidad¹³⁹– del acto administrativo disciplinario, al indicar que el control que se realiza en sede contenciosa administrativa no puede constituir una tercera instancia del proceso disciplinario¹⁴⁰, donde se efectúe un examen o debate adicional a las pruebas que soportaron la sanción.

Lo anterior sin desconocer que existe alguna jurisprudencia de la Corte Constitucional que, en su momento, generó preocupación cuando propuso una interpretación distinta a la que, de forma unánime, venía dando la doctrina disciplinaria frente a diversos temas emblemáticos.

¹³⁹ Valga recordar lo que ha dicho el Consejo de Estado al respecto, en fallo donde igualmente reitera el aspecto central que se viene analizando: “Ahora bien, es por todo lo anterior que en criterio de esta Sala no le asiste la razón al Tribunal que profirió el fallo apelado al afirmar que el control que efectúa esta Jurisdicción respecto de los actos administrativos, es únicamente de legalidad y no de constitucionalidad. Si bien es cierto que el análisis que se realiza en sede Contenciosa Administrativa incluye la confrontación entre el acto administrativo y la Ley, ello no obsta para que se examinen los actos demandados a la luz de la Constitución que, como ya se dijo, es norma de normas”. Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 19 de mayo de 2011, radicación No. 25000-23-25-000-2000-00281-01(2157-2005), C. P. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Sumado a lo anterior debe destacarse lo consagrado en el Artículo 135 de la Ley 1437 de 2011, al señalarse como un medio de control la nulidad por inconstitucionalidad: “Los ciudadanos podrán, en cualquier tiempo, solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los decretos de carácter general dictados por el gobierno nacional, cuya revisión no corresponda a la Corte Constitucional en los términos de los artículos 237 y 241 de la Constitución Política, por infracción directa de la Constitución. También podrán pedir la nulidad por inconstitucionalidad de los actos de carácter general que por expresa disposición constitucional sean expedidos por entidades u organismos distintos del gobierno nacional. Parágrafo. El Consejo de Estado no estará limitado para proferir su decisión a los cargos formulados en la demanda. En consecuencia, podrá fundar la declaración de nulidad por inconstitucionalidad en la violación de cualquier norma constitucional. Igualmente podrá pronunciarse en la sentencia sobre las normas que, a su juicio, conforman unidad normativa con aquellas otras demandadas que declare nulas por inconstitucionales”.

¹⁴⁰ En reciente jurisprudencia se anotó: “Debe recordar la Sala, que el proceso disciplinario por sí (sic) mismo ofrece garantías procesales que de no ser respetadas por el operador le abren paso al juez contencioso administrativo para que en el marco propio del proceso ordinario y conforme a las causales señaladas por el legislador, decreta la nulidad de las decisiones allí tomadas; lo que de otra manera indica, que el proceso de nulidad y restablecimiento no es una tercera instancia que permita reabrir el debate para conceder una lectura diferente a las pruebas, o a los escritos defensivos o a la calificación de las faltas controvertidas en las instancias administrativas. No obstante, si en la actuación disciplinaria se evidencia que hubo violación del debido proceso (artículo 29 C. P.), la intervención judicial es viable o mejor obligatoria, para restablecer la legalidad de las actuaciones o de las decisiones de la administración”. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 20 de enero de 2011, radicación No. 76001-23-31-000-2002-02168-01(2274-08), Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

En dicho pronunciamiento se advirtió:

“Tampoco considera válido la Sala concluir que la autoridad de lo contencioso administrativo, al velar por la legalidad y constitucionalidad de la actuación disciplinaria, se halle impedido para realizar en el marco de su actuación judicial una interpretación de la norma legal disciplinaria, basado en la consideración de que tal función interpretativa es propia del juez disciplinario, titular de la función disciplinaria, no del juez administrativo. A juicio de esta Corporación, el juez administrativo, al tiempo de determinar la legalidad de un acto administrativo que encuentra contrario a preceptos superiores, debe proceder a rectificar tal decisión señalando el error e impartiendo las órdenes judiciales pertinentes, con base en las consideraciones jurídicas que la soporten. Y esta actuación no significa invasión de la órbita sancionadora de la entidad que viene enjuiciando disciplinariamente a uno de sus funcionarios. Por el contrario, se trata de garantizar que esa función sancionadora se haya cumplido sin desconocimiento de derechos fundamentales o principios esenciales del debido proceso”¹⁴¹.

Argumento que fue inmediatamente rectificado en sentencia T-161 de 2009, con ponencia del mismo magistrado¹⁴², sosteniendo que *“no es del resorte del juez de tutela cuestionar los fundamentos interpretativos que de la ley y la jurisprudencia haya realizado el máximo organismo de control disciplinario para adoptar su decisión en un caso particular, pues al hacerlo estaría atentando de manera abierta y flagrante contra la autonomía e independencia funcional de que está investido en su calidad de juez disciplinario. Además, como se expuso anteriormente, la acción de tutela resulta en principio improcedente cuando se promueve contra actos administrativos, dada la naturaleza subsidiaria y residual de la misma, que impide al juez constitucional para pronunciarse sobre la legalidad de actos como el emitido por el Procurador General de la Nación, pues ello implicaría el desconocimiento de los otros medios de defensa judiciales, y contribuiría a resquebrajar la estructura funcional del ordenamiento jurídico”*¹⁴³, quedando de esta manera, y hasta el presente, clausurado el debate en sede Constitucional.

En esta misma línea interpretativa el Consejo de Estado ha reconocido la existencia de una dogmática disciplinaria en nuestro país al indicar que, a partir

¹⁴¹ Sentencia T-060 de febrero 3 de 2009, M. P. Mauricio González Cuervo. Fundamento Jurídico No. 6.7.

¹⁴² Mauricio González Cuervo.

¹⁴³ Sentencia T-161 de 2009, M. P. Mauricio González Cuervo. Fundamento Jurídico No. 4.8.

de la misma ley disciplinaria, quienes la aplican cumplen una función que “[...] además de garantizar la imparcialidad, lleva implícita una ventaja adicional: la especialidad. Esta circunstancia implica la creación de una jurisprudencia disciplinaria de importancia, que desde luego se nutre de otras áreas del saber como el derecho penal, para crear una dogmática del derecho disciplinario que ya tiene tradición en Colombia”¹⁴⁴.

Ello fue reiterado recientemente: “si bien hay alguna afinidad entre el derecho penal y el derecho administrativo disciplinario, ya que los dos pertenecen al género del derecho punitivo que ejerce el Estado, por la naturaleza de sus destinatarios y de los bienes jurídicos que protegen cada una de estas especies, en sus ritualidades, en su dogmática y consecuencias hay una marcada independencia y autonomía”, pero aclarando igualmente que “[...] Los dos sistemas jurídicos obedecen a reglas propias, tienen objetivos diferentes, como diversas formas de imputación y de culpabilidad, a tal punto que es legalmente factible la existencia de faltas disciplinarias no constitutivas de ilícito penal”¹⁴⁵.

Además de otros elementos de la falta disciplinaria, la dogmática en nuestro ámbito surge a partir del principio fundamental de la ilicitud sustancial, consecuencia del incumplimiento de los deberes funcionales y concepto propio del derecho disciplinario que, igualmente, sustenta la categoría de la relación de sujeción especial prevista en el artículo 6° de la Carta Política¹⁴⁶.

Siendo así no podría desconocerse que en el contexto jurisprudencial, además del doctrinario, el derecho disciplinario Colombiano ha adquirido identidad propia, alcanzando de esta manera ciertas particularidades y características que lo distinguen de otras ramas del saber jurídico pertenecientes al mismo género y de otras que poseen la misma especie, sin que ello quiera significar que, a pesar de esa autonomía, no pueda acudir a otros estatutos para integrarse normativamente, tanto en aspectos sustantivos como adjetivos¹⁴⁷.

¹⁴⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 01 de octubre de 2009, radicación No. 11001-03-25-000-2002-0240-01(4925-02), C. P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

¹⁴⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 10 de febrero de 2011, radicación No. 25000-23-25-000-2002-11803-01(5209-05), C. P. Alfonso Vargas Rincón.

¹⁴⁶ En este sentido GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. Ob Cit. P. 267, afirma: “La dogmática se centra en la construcción de los principios y allí, con la naturaleza de rector, aparece el de la ilicitud sustancial como infracción a deberes funcionales (artículo 5° y 21 de la ley 734 de 2002), lo cual fundamenta y delimita el concepto de “relación especial de sujeción” en el marco de un Estado Constitucional de Derecho”.

¹⁴⁷ Así lo informa el artículo 21 de la Ley 734 de 2002.

III. ALCANCES Y LÍMITES AL CONTROL DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DISCIPLINARIOS. ALGUNAS PROPUESTAS DOCTRINALES EXISTENTES PARA EL FORTALECIMIENTO DE ESE CONTROL

Es bien sabido que el control de legalidad de los actos administrativos disciplinarios sancionatorios está confiado al órgano de cierre de la jurisdicción contenciosa administrativa, esto es, al Consejo de Estado, a través de su Sección Segunda, tal como se ha analizado con detalle en otra oportunidad¹⁴⁸. Es precisamente este control una garantía con la que cuentan los ciudadanos en los Estados sociales y democráticos de derecho¹⁴⁹.

Además de los fundamentos constitucionales existentes en la Carta Política que permiten a la jurisdicción contenciosa administrativa ejercer el control a esta clase de actos administrativos¹⁵⁰, especialmente ha sido el legislador en el ámbito disciplinario que señala que el proceso disciplinario tuvo inspiración en los principios rectores contenidos tanto en la Ley 734 de 2002, como en el artículo 3° del Código Contencioso Administrativo¹⁵¹, esto es, el Decreto 01 de 1984, derogado -a partir del 2 de julio de 2011- por el artículo 309 de la Ley 1437 de 2011, normativa que también en su artículo 3° desarrolló, además de los principios señalados en la preceptiva de 1984, otros más¹⁵².

¹⁴⁸ ROA SALGUERO, David Alonso. Ob. cit.

¹⁴⁹ Por ejemplo, en México “[e]l Derecho Disciplinario de la Función Pública prevé dos procedimientos especializados para la defensa de los servidores públicos ante la imposición de sanciones disciplinarias; uno, mediante el recurso administrativo de revocación, y el otro a través del juicio de nulidad ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa”. DELGADILLO GUTIÉRREZ, Luis H. El sistema de responsabilidades de los servidores públicos, Editorial Porrúa, Quinta Edición, México D. F., 2005, p. 193.

¹⁵⁰ Artículos 116, 236, 237 y 238 de la Constitución Política. Sobre el particular dijo recientemente el profesor OSTAÚ DE LAFONT: “Ahora, como por regla general la actuación disciplinaria es de carácter administrativo, [...] las decisiones que se adoptan en desarrollo de los procedimientos disciplinarios constituyen verdaderos actos administrativos y aquellos mediante los cuales se les pone fin a tales actuaciones están sometidos al control judicial de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, la cual forma parte de la Rama Judicial del Poder Público en virtud de lo establecido por el artículo 116, en armonía con los artículos 236 y siguientes, de la Constitución Política, mediante el ejercicio de las acciones propias para impugnarlos, especialmente la de Nulidad y Restablecimiento del Derecho...”. PIANETA, Rafael Enrique Ostau de Lafont. Perspectivas del control judicial del acto administrativo disciplinario en Colombia, En: BAUTISTA CELY, Martha Lucía y SILVEIRA, Raquel Dias da (Coord.), Derecho disciplinario internacional: estudios sobre formación, profesionalización, disciplina, transparencia, control y responsabilidad de la función pública, Belo Horizonte: Fórum, 2011. Vol. 1. P. 379.

¹⁵¹ Artículo 94 de la Ley 734 de 2002.

¹⁵² Artículo 3°. Principios. Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios

Señala el profesor LAFONT PIANETA, que “[d]ado el carácter administrativo que tiene el ejercicio del Control Disciplinario que se le confiere a la

consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales. Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad. 1. En virtud del principio del debido proceso, las actuaciones administrativas se adelantarán de conformidad con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y la ley, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción. En materia administrativa sancionatoria, se observarán adicionalmente los principios de legalidad de las faltas y de las sanciones, de presunción de inocencia, de no reformatio in pejus y non bis in idem. 2. En virtud del principio de igualdad, las autoridades darán el mismo trato y protección a las personas e instituciones que intervengan en las actuaciones bajo su conocimiento. No obstante, serán objeto de trato y protección especial las personas que por su condición económica, física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta. 3. En virtud del principio de imparcialidad, las autoridades deberán actuar teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos consiste en asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin discriminación alguna y sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. 4. En virtud del principio de buena fe, las autoridades y los particulares presumirán el comportamiento leal y fiel de unos y otros en el ejercicio de sus competencias, derechos y deberes. 5. En virtud del principio de moralidad, todas las personas y los servidores públicos están obligados a actuar con rectitud, lealtad y honestidad en las actuaciones administrativas. 6. En virtud del principio de participación, las autoridades promoverán y atenderán las iniciativas de los ciudadanos, organizaciones y comunidades encaminadas a intervenir en los procesos de deliberación, formulación, ejecución, control y evaluación de la gestión pública. 7. En virtud del principio de responsabilidad, las autoridades y sus agentes asumirán las consecuencias por sus decisiones, omisiones o extralimitación de funciones, de acuerdo con la Constitución, las leyes y los reglamentos. 8. En virtud del principio de transparencia, la actividad administrativa es del dominio público, por consiguiente, toda persona puede conocer las actuaciones de la administración, salvo reserva legal. 9. En virtud del principio de publicidad, las autoridades darán a conocer al público y a los interesados, en forma sistemática y permanente, sin que medie petición alguna, sus actos, contratos y resoluciones, mediante las comunicaciones, notificaciones y publicaciones que ordene la ley, incluyendo el empleo de tecnologías que permitan difundir de manera masiva tal información de conformidad con lo dispuesto en este Código. Cuando el interesado deba asumir el costo de la publicación, esta no podrá exceder en ningún caso el valor de la misma. 10. En virtud del principio de coordinación, las autoridades concertarán sus actividades con las de otras instancias estatales en el cumplimiento de sus cometidos y en el reconocimiento de sus derechos a los particulares. 11. En virtud del principio de eficacia, las autoridades buscarán que los procedimientos logren su finalidad y, para el efecto, removerán de oficio los obstáculos puramente formales, evitarán decisiones inhibitorias, dilaciones o retardos y sanearán, de acuerdo con este Código las irregularidades procedimentales que se presenten, en procura de la efectividad del derecho material objeto de la actuación administrativa. 12. En virtud del principio de economía, las autoridades deberán proceder con austeridad y eficiencia, optimizar el uso del tiempo y de los demás recursos, procurando el más alto nivel de calidad en sus actuaciones y la protección de los derechos de las personas. 13. En virtud del principio de celeridad, las autoridades impulsarán oficiosamente los procedimientos, e incentivarán el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones, a efectos de que los procedimientos se adelanten con diligencia, dentro de los términos legales y sin dilaciones injustificadas.

Procuraduría General de la Nación y a las demás instituciones expresamente autorizadas para ello, surge correlativamente la necesidad de un control judicial especial que finalmente determine la legalidad de la actuación adelantada” por estas autoridades, necesidad que para el reconocido jurista radica en que entre la actuación administrativa disciplinaria, por un lado, y el control judicial, por otro, “[...] existe una duplicidad del poder controlador disciplinario posiblemente innecesaria en cuanto a su estructura y desarrollo procedimental, porque normalmente el control judicial se circunscribe a repetir a la inversa el proceso disciplinario que se ha adelantado ante la autoridad o ante el operador disciplinario correspondiente”.

Explicación con la cual propone “[...] un nuevo concepto de control contencioso sobre la actuación Disciplinario”¹⁵³, dirigido, ante todo, a la reorientación del proceso disciplinario y, especialmente, del derecho de defensa del investigado, pensando en el establecimiento de la defensa técnica obligatoria¹⁵⁴, de modo preferente por “[...] el concepto de justicia material que –en su sentir– se constata en el carácter de juzgamiento que comporta la actuación disciplinaria que refleja la estructura normativa regulatoria y el contenido de sus decisiones”¹⁵⁵.

Ese nuevo concepto permite al profesor LAFONT PIANETA proponer la implementación de un “‘recurso especial de control de legalidad’ para las decisiones sancionatorias adoptadas mediante actos administrativos disciplinarios”¹⁵⁶, el que sería de única instancia y su conocimiento, para la distribución de competencias, dependería del funcionario que adopte la decisión.

Dándole un matiz de derecho administrativo al derecho disciplinario, concluye su propuesta exponiendo que dicho recurso debería ser oral¹⁵⁷, en el que no

¹⁵³ OSTAU DE LAFONT, Rafael Enrique. Ob. Cit. P. 381.

¹⁵⁴ Ibídem. P. 328.

¹⁵⁵ OSTAU DE LAFONT, Rafael Enrique. Ob. Cit. P. 382.

¹⁵⁶ Ibídem. P. 383.

¹⁵⁷ Al respecto manifesté en otra oportunidad: “[...] se propone no propiamente un control adicional, mucho menos la separación entre órgano instructor y sancionador como ha sido reglamentado en España, donde el procedimiento está separado entre la fase instructora y la sancionadora, configurándose un instructor distinto de quien debe finalmente resolver el procedimiento sancionador, sino una instancia de consulta integrada por juristas especializados en la materia, quienes se encarguen de revisar en segundo grado la legalidad de los fallos de primera o única instancia o, en últimas, quienes ejerzan el control de legalidad una vez queden ejecutoriados los fallos proferidos por todas las autoridades con funciones disciplinarias, esto es, desde la Procuraduría General de la Nación hasta las Oficinas de Control Disciplinario Interno de las distintas entidades públicas y, si es posible, por tratarse de una especie del derecho sancionador, ponerlo a tono con el sistema de oralidad que caracteriza el nuevo proceso penal, el cual posee una estructura con tendencia acusatoria y donde son reforzadas las garantías inherentes al ser humano”. ROA SALGUERO, David Alonso y

se haga un nuevo debate probatorio, salvo que el juez considere absolutamente necesario: i) otras pruebas distintas de aquellas que fueron solicitadas por las partes, ii) las que pese a ser conducentes no fueron decretadas o iii) las decretadas que no fueron practicadas, lo que, a su juicio, es una clara y manifiesta violación del debido proceso, para que posteriormente el juez emita sentencia conforme al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, esto es, dicte el sentido del fallo y dentro de los 15 días siguientes dé a conocer un “resumen de la sentenci”¹⁵⁸.

Otra importante propuesta ha sido la del profesor GÓMEZ PAVAJEAU, quien sugiere, entre otras cosas, y en atención a la complejidad y especialidad del control de los actos administrativos disciplinarios, la especialización de una sala al interior del Consejo de Estado, con el fin de contribuir al desarrollo y adecuado tratamiento del derecho sancionador, especialmente del derecho disciplinario¹⁵⁹.

De significativa importancia es, y por ello se destaca de la primera propuesta el fortalecimiento de la oralidad para el trámite del recurso especial, teniendo como referente que en este contexto doctrinal se expresó en otra oportunidad, para efectos de volver jurisdiccional el derecho disciplinario, la supresión del control de legalidad que hace el Consejo de Estado y el otorgamiento de este a un nuevo órgano judicial¹⁶⁰ que examine las sanciones impuestas por quienes ejercen la potestad disciplinaria en sus respectivos órdenes, respetándose, por supuesto, la distribución de competencias en atención a la jerarquía del funcionario que las imponga.

Igual de importante en la propuesta del profesor LAFONT PIANETA, es el tema probatorio, pues si bien en el escenario administrativo no se trata de un nuevo debate de las pruebas, el juez puede decretar algunas de las solicitadas por las partes y aquellas conducentes que no fueron decretadas, lo que sí constituye violación al debido proceso, no siendo así, en principio, para aquellas que fueron decretadas y no practicadas en el proceso disciplinario, toda vez que ha sido el mismo Consejo de Estado quien ha indicado, en el ejercicio del control de actos

FERRER LEAL, Héctor Enrique. *La falta disciplinaria en la contratación estatal – Conforme a la Ley 1150 de 2007 y el Decreto 2474 de 2008*, Segunda Edición, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2009, pp. 41 y 42.

¹⁵⁸ Ibídem. P. 385.

¹⁵⁹ GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. *Elementos y propuestas para el control contencioso administrativo de la actividad disciplinaria*, Ediciones Nueva Jurídica – Instituto Colombiano de Derecho Disciplinario, Colección Derecho Disciplinario Vol. 3, Bogotá, 2009, p. 144.

¹⁶⁰ ROA SALGUERO, David Alonso. Ob. Cit. P. 14.

administrativos de esta naturaleza, que la no práctica de pruebas decretadas no siempre conlleva violación al debido proceso¹⁶¹.

Sin desconocer los costos que implica la creación e implementación de órganos judiciales en el país o la especialización de los servidores a quienes correspondería pronunciarse sobre la legalidad y la constitucionalidad de los actos sancionatorios. No está demás señalar que cualquier propuesta de este talante conduce al fortalecimiento de la seguridad jurídica exigida en las decisiones disciplinarias y, de igual manera, evita la ostensible congestión que existe en la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Debe admitirse que las anteriores son de las pocas propuestas existentes en este ámbito. De las mismas se puede extraer:

- el recurso especial y la oralidad en el control de los actos administrativos disciplinarios sancionatorios,
- la especialización de quienes ejercerán ese control,
- el recurso especial respecto de las sanciones disciplinarias consistentes en suspensión, suspensión e inhabilidad especial o destitución e inhabilidad general o permanente, debe ser de competencia del órgano de cierre en única instancia, tal como lo ha planteado recientemente el Consejo de

¹⁶¹ En sentencia del 23 de julio de 2009, Sección Segunda, radicación No. 11001-03-25-000-2004-00212-01(4493-04), con Ponencia de Víctor Hernando Alvarado Ardila, se indicó: “*El quebranto del debido proceso que denuncia el demandante viene, entre otras cosas, según dice, es que le privaron del derecho a probar. A este respecto la Sala observa que el proceso que se siguió contra el disciplinable, agotó las etapas de proposición, decreto, práctica y contradicción de la prueba. En esa actividad, quienes ejercían la competencia disciplinaria hicieron uso de la potestad de excluir algunas pruebas en desarrollo de los principios de pertinencia y conducción, mediante determinaciones cuya legalidad se ventiló en doble instancia. Ahora que, si algunas de las pruebas ya decretadas no se practicaron, de esa circunstancia no se sigue la violación al debido proceso, pues antes ha de averiguarse la razón por la cual se frustraron. Y en la indagación sobre los motivos del fracaso de las pruebas, se descubre que la imprecisión de los datos suministrados por el mismo demandante, dio al traste con la prueba, pues las comunicaciones se libraron a dependencias distintas de las que tenía en mente el proponente de la prueba, pero que mal informó a los funcionarios que conocían del proceso disciplinario. A ello se suma que en el proceso disciplinario el hoy demandante no usó todos los instrumentos a su alcance para enmendar los yerros que su propia incuria generó. [...] No es entonces causal de nulidad de la actuación la ausencia objetiva de la prueba, si no se acredita que por esa ausencia se distorsionó sustancialmente el juicio del sentenciador disciplinario en este caso, al punto de llevarlo a un resultado contraevidente, si se admitiera que la simple ausencia de la prueba anula la actuación, quedarían las partes del proceso administrativo relevados de procurar la prueba e insistir en su práctica, para dejar vacíos que dieran al traste con la actuación administrativa al amparo de la simple conjetura de lo que pudieron decir las pruebas. Se insiste en que no basta la ausencia material de la prueba, sino que es menester acreditar la trascendencia que ella tendría en la decisión, es decir que lo que ella demostraría hubiera cambiado radicalmente el sentido del fallo*”. (Negritas fuera del texto).

Estado¹⁶², en los eventos en que la sanción sea emitida por una autoridad disciplinaria del orden nacional¹⁶³,

- la jurisdiccionalización del derecho disciplinario de los servidores públicos –distintos a los funcionarios judiciales– para reconocerle en su aplicación autonomía e independencia.

Aspectos estos que deberían ser tenidos en cuenta en caso de una futura modificación de las previsiones legales que regulan el control de legalidad y constitucionalidad de los actos disciplinarios sancionatorios, con el fin de fortalecer la jurisdicción disciplinaria a cargo de la administración, aprovechando el reconocimiento que la Corte Constitucional ha hecho al sostener que la actividad disciplinaria supone administrar justicia en sentido material, como se verá más adelante. Esto permite igualmente fortalecer la autonomía e independencia del derecho disciplinario.

En lo que respecta a los límites y alcances del control de los actos disciplinarios, importante doctrina extranjera considera que “[...] *el control judicial debe analizar todos los aspectos reglados, tales como: competencia, causa, motivación, objeto, forma, procedimiento y fin*”¹⁶⁴, posición que compartimos toda vez que, por tomar unos ejemplos, la falta de competencia para proferir fallo constituye una causal de nulidad¹⁶⁵ que daría lugar, en sede judicial, a la anulación del acto administrativo disciplinario sancionatorio, así como una motivación que desconozca la realidad procesal y fáctica que dio lugar a la sanción (falsa motivación).

Por ser nuestro derecho disciplinario tan especialísimo y distinto de otros en el derecho comparado, además de encontrarse constitucionalizado, tiene cabida en nuestro ámbito afirmar que “[...] *forma parte del pasado la concepción doctrinaria y jurisprudencial que sustentaba* –y que aún hoy algunos siguen sosteniendo– *que solo es posible analizar si se ha vulnerado el derecho de defensa o bien si existe arbitrariedad, proporcionalidad o razonabilidad*”¹⁶⁶, porque el resto

¹⁶² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 04 de agosto de 2010, radicación No. 11001-03-25-000-2010-00163-00(1203-10), C. P. Gerardo Arenas Monsalve.

¹⁶³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 18 de mayo de 2011, radicación No. 11001-03-25-000-2010-00020-00 (0145-10), C. P. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Con salvamento de voto de Luis Rafael Vergara Quintero.

¹⁶⁴ JUAN SESIN, Domingo. La potestad disciplinaria en la jurisprudencia – Jurisprudencia de la sala contencioso administrativa del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, 2010, p. 35.

¹⁶⁵ Numeral 1, artículo 143 de la Ley 734 de 2002.

¹⁶⁶ Sobre la razonabilidad en materia disciplinaria sostuvo la Corte Constitucional en Sentencia T-056 de 2004, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra: “La responsabilidad disciplinaria solamente se configura en un caso de valoración probatoria, cuando aparece de forma evidente

entra dentro de un amplio campo de la discrecionalidad de la autoridad judicial que aplicó la sanción”¹⁶⁷.

Lo anterior porque el control del acto administrativo disciplinario sancionatorio conlleva la verificación, entre otros aspectos, de la observancia del principio fundamental del debido proceso, que, según la cláusula general del artículo 29 de la Constitución Política, recoge otros institutos fundamentales que van implícitos en él (verbi gracia derecho de defensa, congruencia jurídica y fáctica, presunción de inocencia, *non bis in idem*, legalidad, favorabilidad, etcétera), en tanto se aplica a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. En efecto, se trata del análisis de los motivos generales del acto administrativo disciplinario sancionatorio, la ley y la Constitución, no de una valoración probatoria adicional. No puede hablarse de discrecionalidad en derecho disciplinario –especialmente en el Colombiano–, cuando se cuenta con un procedimiento reglado donde han de respetarse todas y cada una de las garantías de los investigados¹⁶⁸. Esta apreciación cobra especial relevancia al advertir que la Corte Constitucional ha sostenido que “[...] *las autoridades disciplinarias despliegan una actividad con contenidos materiales propios de la función de administrar justicia*”¹⁶⁹, entendiendo que la actuación disciplinaria es una actuación administrativa en la que materialmente se cumple tal función¹⁷⁰.

Así lo explica el profesor SÁNCHEZ HERRERA¹⁷¹, apelando a los principios de independencia y autonomía de que gozan los jueces en su función judicial,

que el funcionario en cuestión ha excedido el ámbito de la autonomía judicial y por esta vía violentado los deberes que el régimen disciplinario y en general, nuestro Estado Social de Derecho le imponen. Para que proceda la responsabilidad disciplinaria, es indispensable que se muestre un ejercicio arbitrario, irracional y caprichoso del poder discrecional para la práctica o valoración probatoria”.

¹⁶⁷ SESIN, Juan Domingo. Ob. Cit. P. 36. Allí este autor considera que dicha “restricción del control judicial es actualmente inadmisibles para el Estado de Derecho, teniendo presente la sujeción de quien ejerce la función administrativa al orden jurídico y el derecho a la tutela judicial efectiva”.

¹⁶⁸ OSTAU DE LAFONT indica al respecto: “[...] al analizar objetivamente el desarrollo del proceso disciplinario administrativo se observa con certeza y claramente que en él concurren elementos jurídicos de juzgamiento, mediante los cuales se delimitan los alcances de la conducta del investigado, se le conceden las oportunidades suficientes para desvirtuar los cargos que se le formulan, puede aportar y solicitar las pruebas que estime pertinentes, se le define su situación jurídica y se le conceden recursos para impugnar la decisión que se adopte, razones fundadas que permiten considerar que efectivamente el ejercicio del poder disciplinario en Colombia constituye filosóficamente la aplicación de un criterio de justicia material y que por los motivos debe fortalecerse frente a la queja usual que el servidor público invoca ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo acerca del desconocimiento de sus derechos”. Ob Cit. P. 382.

¹⁶⁹ Sentencia C-014 de 2004, Fundamento Jurídico No. 11, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

¹⁷⁰ Sentencia SU- 901 de 2005, Fundamento Jurídico No. 4, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

¹⁷¹ SÁNCHEZ HERRERA, Esiquio Manuel. Los títulos de imputación en el control contencioso administrativo de las decisiones disciplinarias, Cuaderno de Derecho Disciplinario – Líneas

al desarrollar los títulos de imputación para que se proceda a anular los actos administrativos disciplinarios sancionatorios, contenidos en el segundo inciso del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo¹⁷², reproducido por el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011¹⁷³.

Sin embargo, la función del juez administrativo relativa al control de los actos disciplinarios debe tener límites, pues si no fuera así, tal control se convertiría en una tercera o una cuarta instancia del proceso disciplinario, donde se entraría a discutir la valoración y apreciación que de las pruebas hizo el juez disciplinario, deslegitimando con tal proceder el ejercicio de la potestad disciplinaria y el reconocimiento que la Corte Constitucional le ha dado a esta¹⁷⁴, al revelar, como se dijo, que se trata de administración de justicia en sentido material.

No se trata de restringir o limitar el control judicial de los actos sancionatorios, se trata de entender que esta, como “(...) *elemento fundamental para la realización efectiva de los fines esenciales del Estado social de derecho*”¹⁷⁵, intenta desligarse de un control judicial mucho más estricto que otros controles que ejerce la jurisdicción contenciosa administrativa debido a las características propias que posee el acto administrativo disciplinario sancionatorio en su expedición, el que difiere, en gran medida, de otros actos de la administración¹⁷⁶, aspecto fundamental que obedece al impulso y evolución que ha tenido durante los últimos años el derecho disciplinario, en cuanto ha adquirido sus propios rasgos dogmáticos que lo convierten en una disciplina autónoma e independiente

Doctrinales No. 2, Edición Marzo – Abril 2010, Alcaldía Mayor de Bogotá, p. 17 y siguientes.

¹⁷² La disposición es del siguiente tenor: “Procederá no solo cuando los actos administrativos infrinjan las normas en que deberían fundarse, sino también cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió”.

¹⁷³ Artículo 137. Nulidad. Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general. Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.

¹⁷⁴ Recientemente dicha Corporación así lo reiteró en Sentencia T-350 de 2011, M. P. María Victoria Calle Correa. Fundamento Jurídico No. 5.1.

¹⁷⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, radicación No. 52001-23-31-000-2002-01023-02(0506-08), sentencia de 29 de noviembre de 2009, C. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

¹⁷⁶ Así lo ha reconocido la Corte Constitucional al afirmar que “[l]a naturaleza administrativa del acto disciplinario, en términos generales, responde aquí a la situación subordinada del servidor público y a la necesidad de que el ejercicio de la autoridad que a través de aquel se despliega pueda ser objeto de control ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo”. Cfr. Sentencia C-594 de 1996, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

del derecho penal¹⁷⁷, inclusive de otras modalidades o especies de derecho disciplinario¹⁷⁸, sin desconocer que se nutre forzosamente de otras ramas jurídicas¹⁷⁹.

La postura del Consejo de Estado que ha permitido el avance en la inteligencia, comprensión, interpretación y aplicación de la ley disciplinaria, refleja en su generalidad discursiva varias situaciones. Al no considerar el control de legalidad del acto administrativo disciplinario sancionatorio como una tercera

¹⁷⁷ Ver las sentencias de la Corte Constitucional: C-214 de 1994, C-948 de 2002, C-406 de 2004, C-818 de 2005, C-720 de 2006, T-060 de 2009, T-161 de 2009, C-762 de 2009, C-242 de 2010, entre muchas otras.

¹⁷⁸ Al respecto ver las siguientes sentencias de la Corte Constitucional: T-147 y C-899 de 2011. La primera de ellas establece las diferencias entre derecho administrativo disciplinario y la acción de pérdida de investidura como derecho disciplinario jurisdiccional, tema del que nos ocupamos en: ROA SALGUERO, David Alonso, apuntes prácticos de derecho disciplinario, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2008, pp. 129 y ss; y la segunda, para admitir la imposición de sanciones a abogados que ejercen funciones públicas relacionadas con el ejercicio de su profesión, tema del que también habíamos tenido la oportunidad de explicar en el ensayo: Flexibilización del non bis in idem en materia disciplinaria y administrativa y jurisdiccional, en: Lecciones de derecho disciplinario Vol. 13 – Obra colectiva, Instituto de Estudios del Ministerio Público – Instituto Colombiano de Derecho Disciplinario, Bogotá, 2009, pp. 131-136. Sobre el particular, recientemente se dijo: “Ante todo, debo presentar una distinción entre el género y la especie, pues en mi sentir lo que se considera Derecho Disciplinario es mucho más amplio del que se les aplica a los servidores públicos y a los particulares que ejercen funciones públicas que son las importantes manifestaciones del concepto a las que se refiere la Corte Constitucional en las providencias, pues en realidad creo yo, conviene también diferenciar: el Derecho Disciplinario, en un concepto amplio o *lato*, comprende también las regulaciones y prescripciones alusivas de los profesionales que se encuentran sujetos a vigilancia e inspección de las autoridades, como por ejemplo lo ocurre con los abogados en ejercicio. También allí hay Derecho Disciplinario. Y las propias organizaciones de profesionales, los partidos políticos y las instituciones educativas ejercen en sus propios ámbitos, el Derecho Disciplinario”. HERNÁNDEZ GALINDO, José Gregorio. “El derecho disciplinario y su responsabilidad con la ética pública”, en: Colección Jurídica Disciplinaria -Obra Colectiva Vol. 1, Ediciones Nueva Jurídica – Instituto Colombiano de Derecho Disciplinario – Confederación Internacional de Derecho Disciplinario, Bogotá, 2012, p. 56.

¹⁷⁹ En otra oportunidad sostuve: “...el derecho disciplinario actualmente no es mirado como en otras épocas donde parecía ser un apéndice del derecho penal o del derecho administrativo, pese a que su naturaleza, sin duda, puede estar contagiada de estas ramas del derecho”. ROA SALGUERO, David Alonso. Ob. cit. P. 13, Introducción. Es momento de resaltar lo siguiente: “Podemos apreciar que a partir de la nueva ley (ley 734 de 2002), el Derecho Disciplinario toma un nuevo rumbo como independiente y autónomo, donde expresa que puede complementarse en caso de vacíos con las demás legislaciones, y que el régimen disciplinario es principal por su naturaleza y los demás son subsidiarios y complementarios, pues es así mismo como la Corte Constitucional y las demás corporaciones le han dado autonomía, pero aún le es aplicado las mismas garantías y principios del Derecho Penal, ya como dijimos al principio que es debido a su naturaleza sancionatoria, es por eso que podemos decir que está ligado con esta área, pero por sí, está totalmente escindida de esta, por lo que hablar de Derecho disciplinario es hablar de una “perniciosa” identificación propia como tal, aunque sean imperioso utilizar las instituciones del Derecho Penal”. DAZA PÉREZ, Mario Felipe. *Ibíd.*

instancia, prohíbe además valorar y debatir las pruebas en esa instancia judicial, así como las normas aplicables para la imposición de la sanción.

Su aporte dogmático comienza ante una supuesta ausencia objetiva de pruebas que, en sentir del demandante, al ser decretadas y practicadas hubieran cambiado el norte de la actuación disciplinaria que concluyó con sanción, estableciéndose así límites al control de los actos administrativos disciplinarios:

“[...] si la autoridad disciplinaria dio razones para desdeñar alguna de las pruebas, y esas razones son atendibles, tanto que fueron examinadas en dos instancias, no hay violación al debido proceso por esa simple circunstancia. No se puede admitir la nulidad de un proceso disciplinario, con fundamento en la ausencia de pruebas o disputando la valoración de las mismas, pues la Jurisdicción Contencioso Administrativa, no puede operar como una tercera instancia para debatir si la prueba debió ser decretada, o para discrepar de la valoración hecha, pues constitucionalmente los procesos solo conocen dos instancias y no puede trasladarse a la acción contenciosa lo que es propio de cada uno de los procesos, en este caso de la doble instancia del proceso disciplinario. Desde luego que eso no significa que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se coloque al margen de las vicisitudes probatorias que preceden a los actos administrativos, sino de poner límites razonables al debate sobre la prueba, para que la actividad de la Jurisdicción Contenciosa en tanto ejerce el control del debido proceso en la prueba, no sea la misma de la que se ocupó la administración en doble instancia.

Debe existir entonces una cualificación del debate en la acción Contencioso Administrativa, de modo que en el proceso de nulidad se demuestre no solo que las pruebas faltaron objetivamente, sino que el contenido de ellas, de haber sido llevado oportunamente al proceso hubiera cambiado radicalmente la decisión. Dicho con otras palabras, no es la simple ausencia de la prueba causa para anular la actuación administrativa, sino que es menester superar la simple conjetura, para demostrar que la prueba omitida era trascendente en grado sumo, tanto, que dada su fuerza de convicción la decisión hubiera tomado otro rumbo.

No es entonces causal de nulidad de la actuación la ausencia objetiva de la prueba, si no se acredita que por esa ausencia se distorsionó sustancialmente el juicio del sentenciador disciplinario en este caso, al punto de llevarlo a un resultado contraevidente, si se admitiera que la simple ausencia de la prueba anula la actuación, quedarían las partes del proceso administrativo relevados de procurar la prueba e insistir en su práctica, para dejar vacíos que dieran al traste con la actuación admi-

nistrativa al amparo de la simple conjetura de lo que pudieron decir las pruebas. Se insiste en que no basta la ausencia material de la prueba, sino que es menester acreditar la trascendencia que ella tendría en la decisión, es decir que lo que ella demostraría hubiera cambiado radicalmente el sentido del fallo.

En el presente caso, además del desdén del demandante en la práctica de algunas pruebas, las demás, de haberse producido nada asegura que hubieran tenido la fuerza exculpatoria que tácitamente les confiere el demandante, quien además nunca se comprometió con argumentar sobre la incidencia que tiene la ausencia de las pruebas en la decisión tomada, ni hizo intento alguno para demostrar que la presencia de esas pruebas hubiera cambiado radicalmente el sentido de la decisión. [...] Nada hay en este proceso contencioso administrativo que lleve a la convicción de que la decisión sancionatoria hubiera sido otra, solo hay hipótesis de lo que hubiera podido arrojar la actividad probatoria y nada más.

[...]En resumen, la sola posibilidad de que exista alguna información adicional fruto de la actividad probatoria omitida, sin saber su contenido ni la incidencia en la decisión tomada, no puede erigirse en trasgresión del debido proceso, menos si de las mismas circunstancias se ocuparon las instancias del juicio disciplinario”¹⁸⁰. (Subrayas no originales).

Luego, insistió en un pronunciamiento inmediatamente posterior:

“[...] De esta manera la posibilidad de demandar ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa las providencias que culminan el proceso disciplinario, no implica trasladar, de cualquier manera, a la sede contenciosa administrativa el mismo debate agotado ante las autoridades disciplinarias. Dicho de otra manera, el juicio que se abre con la acción de nulidad, no es una simple extensión del proceso disciplinario, sino que debe ser algo funcionalmente distinto, si es que el legislador consagró el debido proceso disciplinario como el lugar en que debe hacerse la crítica probatoria y el debate sobre la interrelación de la normatividad aplicable como soporte de la sanción, además del principio de la doble instancia, como una de las garantías más importantes para ser ejercidas en el interior del proceso.

Bajo esta perspectiva, el control de legalidad y constitucionalidad de los actos de la administración, que la Constitución ha confiado a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, implica una especial cualificación y depuración del debate, pues

¹⁸⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 23 de julio de 2009, radicación No. 11001032500020040021201, No. interno: 4493-04, C. P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

dicho control no puede convertirse en un nuevo examen de la prueba como si de una tercera instancia se tratara.

Decantado que el juzgamiento de los actos de la administración, no puede sustituir de cualquier manera el poder preferente de la Procuraduría General de la Nación, es menester añadir que ello tampoco implica la intangibilidad de los actos de juzgamiento disciplinario, pues ellos están sometidos a la jurisdicción.

[...]Entonces, en línea de principio puede predicarse que el control que a la jurisdicción corresponde sobre los actos de la administración, cuando esta se expresa en ejercicio de la potestad disciplinaria, debe mantenerse al margen de erigirse en un nuevo momento para valorar la prueba, salvo que en su decreto y práctica se hubiere violado flagrantemente el debido proceso, o que la apreciación que de esa pruebas hace el órgano disciplinario resulte ser totalmente contra evidente, es decir, reñida con el sentido común y alejada de toda razonabilidad. Por lo mismo, el control judicial del poder correccional [...] no puede ser el reclamo para que se haga una nueva lectura de la prueba que pretenda hacer más aguda y de mayor alcance, pues esa tarea corresponde a las instancias previstas en el CDU¹⁸¹ (Negrillas y subrayas fuera de texto).

¹⁸¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “”, sentencia de 3 de septiembre de 2009, expediente No 11001032500020050011300. No. Interno: 4980-2005, C. P. doctor doctor Víctor Hernando Alvarado Ardila. Cabe anotar que con anterioridad a este pronunciamiento existía el proferido el 20 de agosto de 2009 por la misma Sección y Subsección, dentro del expediente No. 11001-03-25-000-2006-00078-00(1318-06) y con Ponencia del mismo Consejero de Estado, donde se consignó: “*El control de legalidad y constitucionalidad de los actos de la administración, que la Constitución ha confiado a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, implica una especial cualificación y depuración del debate, pues dicho control no puede convertirse en un nuevo examen de la prueba, como si de una tercera instancia se tratara, pues al así proceder cualquier ensayo de valoración probatoria acabaría la presunción de legalidad. Corresponde entonces a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa a título enunciativo verificar que la prueba recaudada en el trámite disciplinario, se ajuste a las garantías constitucionales y legales, es decir que la acción de nulidad resulta ser un momento propicio para la exclusión de la prueba producida con violación al debido proceso; o sea, para eliminar aquella en cuya práctica se han trasgredido los principios básicos rectores de esa actividad fundamental para el ejercicio del derecho de defensa. Y en lo que toca con la valoración a juicio de esta Corporación, el control judicial del ejercicio de la potestad disciplinaria debe mantenerse al margen de ser un nuevo momento para propiciar la prueba, salvo que la apreciación que de ella hubiere hecho el órgano disciplinario fuera totalmente contraevidente, esto es reñida con el sentido común y alejada de toda razonabilidad. Por lo mismo, el control judicial del poder correccional que ejerce la Procuraduría General de la Nación no puede involucrar una nueva lectura de la prueba que pretenda hacer el demandante, más aguda y de mayor alcance, sino proteger al ciudadano de alguna interpretación desmesurada o ajena por entero a lo que muestran las pruebas recaudadas en el proceso disciplinario, que como todo proceso exige que la decisión este fundada en pruebas no solo legal y oportunamente practicadas, sino razonablemente valoradas, es decir que no sea manifestamente contraevident*”.

De igual forma, la misma ponencia expuso su argumento con mayor amplitud al considerar:

“[...] Las prerrogativas procesales propias del juicio disciplinario, excluyen que se pueda trasladar, de cualquier manera, a la sede contenciosa administrativa el mismo debate agotado ante la autoridad disciplinaria. Dicho de otra manera, el juicio que se abre con la acción de nulidad, no es una simple extensión del proceso disciplinario, sino que debe ser algo funcionalmente distinto, si es que el legislador consagró el debido proceso disciplinario como el lugar en que debe hacerse la crítica probatoria y el debate sobre la interrelación de la normatividad aplicable como soporte de la sanción. Bajo esta perspectiva, el control de legalidad y constitucionalidad de los actos de la administración, que la Constitución ha confiado a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, implica una especial cualificación y depuración del debate, pues dicho control no puede convertirse en un nuevo examen de la prueba como si de una tercera instancia se tratara. Corresponde entonces a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, entre otras cosas, verificar que la prueba recaudada en el trámite disciplinario se haya ajustado a las garantías constitucionales y legales, es decir, la acción de nulidad resulta ser un momento propicio para la exclusión de la prueba manifestamente ilícita o producida con violación al debido proceso o de las garantías fundamentales, o sea, para aquella en cuya práctica se han trasgredido los principios básicos rectores de esa actividad imprescindible para el ejercicio del derecho de defensa. Entonces, en línea de principio puede predicarse que el control que a la jurisdicción corresponde sobre los actos de la administración, cuando esta se expresa en ejercicio de la potestad disciplinaria, debe mantenerse al margen de erigirse en un nuevo momento para valorar la prueba, salvo que en su decreto y práctica se hubiere violado flagrantemente el debido proceso, o que la apreciación que de esa pruebas haya hecho el órgano disciplinario resulte ser totalmente contra evidente, es decir, reñida con el sentido común y alejada de toda razonabilidad. Por lo mismo, el control judicial del poder correccional que ejerce la Procuraduría General de la Nación, no puede ser el reclamo para que se haga una nueva lectura de la prueba que pretenda hacer más aguda y de mayor alcance, pues esa tarea corresponde a las instancias previstas en el CDU y es en principio ajena a la actividad de la jurisdicción. En síntesis, debe distinguirse radicalmente la tarea del Juez Contencioso que no puede ser una tercera instancia del juicio disciplinario, y tal cosa se ha pretendido con la demanda contenciosa administrativa de que hoy se ocupa la Corporación, demanda que por tanto está condenada al fracaso”¹⁸². (Negrillas y subrayas no originales).

¹⁸² Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 1º de octubre de 2009,

Serían entonces dos los aspectos que destaca el Consejo de Estado respecto del control de los actos administrativos disciplinarios: i) que el control a la actividad disciplinaria no es una tercera instancia, ii) que no puede hacerse un debate, examen o valoración probatoria al igual que en la actuación disciplinaria. Ello es natural y obvio, en el sentido de que si en el proceso disciplinario se otorgan las oportunidades procesales para que el investigado y/o su defensor controvieran las pruebas e intervengan en su práctica, presenten descargos, alegatos de conclusión y recurran las decisiones que se tomen, no podrían, posteriormente, invocar en sede contenciosa administrativa desconocimiento de sus garantías constitucionales en el adelantamiento de la actuación disciplinaria. Esto condu-

radicación No. 11001-03-25-000-2002-0240-01(4925-02), C. P. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Posición reiterada en la sentencia del 3 de febrero de 2011, radicación No. 11001-03-25-000-2009-00101-00(1453-09), C. P. Bertha Lucía Ramírez de Páez, donde se advierte: “Ab- initio se observa que el cargo tal como está concebido no está llamado a prosperar, porque respecto de las causas que en esta jurisdicción se adelantan contra las providencias que ponen fin a los procesos disciplinarios, esta Sala ha precisado que no es viable someter a consideración del Juez el mismo debate probatorio que se surtió ante las respectivas autoridades disciplinarias, pues frente a él tanto los quejosos como los disciplinados tuvieron oportunidad de participar en la práctica de pruebas y ejercer sus derechos de contradicción y defensa frente a las mismas en las instancias disciplinarias correspondientes y en esa medida admitir una nueva o la misma controversia sobre la valoración probatoria equivaldría a instituir una instancia adicional para el proceso disciplinario que la ley no consagra”. Sentencia del 18 de marzo de 2010, radicación No. 25000-23-25-000-2004-02982-01(1384-06), donde también se dijo: “Corresponde entonces a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, entre otras cosas, verificar que la prueba recaudada en el trámite disciplinario se haya ajustado a las garantías constitucionales básicas, es decir, la acción de nulidad resulta ser un momento propicio para la exclusión de la prueba, a condición de que dicha prueba sea manifiestamente ilícita o producida con violación al debido proceso o de las garantías fundamentales, o sea, aquella en cuya práctica se han trasgredido los principios rectores de esa actividad imprescindible para el ejercicio del derecho de defensa. No obstante, en línea de principio puede predicarse que el control que a la jurisdicción corresponde sobre los actos de la administración, cuando esta se expresa en ejercicio de la potestad disciplinaria, no puede erigirse en un nuevo momento para valorar la prueba, salvo que en su decreto y práctica se hubiere violado flagrantemente el debido proceso, o que la apreciación que de esas pruebas haya hecho el órgano disciplinario resulte ser totalmente contra evidente, es decir, reñida con el sentido común y alejada de toda razonabilidad. Por lo mismo, el control jurisdiccional del poder correccional que ejerce la Procuraduría General de la Nación, no puede ser el reclamo para que se haga una nueva lectura de las mismas, prueba con la pretensión de ser más aguda y de mayor alcance, pues esa tarea corresponde a las instancias previstas en el C.D.U. y es en principio ajena a la actividad de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa”. Igualmente, en sentencia del 7 de octubre de 2010, radicación No. 25000-23-25-000-2004-05678-02(2137-09); sentencia del 4 de noviembre de 2010, radicación No. 63001-23-31-000-2004-00151-01(0639-10), C. P. Víctor Hernando Alvarado Ardila; sentencia del 10 de marzo de 2011, radicación No. 11001-03-25-000-2008-00126-00(2740-08), C. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; sentencia de 7 de abril de 2011, radicación No. 11001-03-25-000-2008-00072-00(2108-2008); sentencia del 12 de mayo de 2011, radicación No. 25000-23-25-000-2002-09487-01(0532-2010); sentencia del 19 de mayo de 2011, radicación No. 25000-23-25-000-2000-00281-01(2157-2005), todas estas últimas con Ponencia del Consejero Víctor Hernando Alvarado Ardila.

ciría, igualmente, a un ejercicio inocuo de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, provocando por ende una congestión en esa jurisdicción, lo que atenta contra el principio de economía.

Lo anterior tiene sustento en lo recién expuesto por la Sección Segunda del Consejo de Estado:

“[...] Todo lo anterior implica que en sede judicial, el debate discurre en torno a la protección de las garantías básicas, cuando quiera que el proceso disciplinario mismo ha fracasado en esa tarea, es decir, cuando el trámite impreso a la actividad correccional resulta intolerable frente a los valores constitucionales más preciados, como el debido proceso, el derecho de defensa, la competencia del funcionario y de modo singular, si el decreto y la práctica de las pruebas se hizo atendiendo estrictamente las reglas señaladas en la Constitución y en la ley.

A pesar de lo dicho, no cualquier defecto procesal está llamado a quebrar la presunción de legalidad que ampara a los actos de la Administración, pues la actuación disciplinaria debe adelantarse con estricta sujeción a las normas que la regulan, las cuales están inspiradas en las garantías constitucionales básicas.

En ese sentido, si de manera general los actos de la administración están dotados de la presunción de legalidad, esa presunción asume un carácter más valioso en el juicio disciplinario, en el cual el afectado participa de modo activo en la construcción de la decisión, mediante el ejercicio directo del control de la actividad de la administración, cuando ella se expresa en su fase represiva. Dicho en breve, es propio de la actividad disciplinaria, que el control de las garantías sea la preocupación central del proceso correccional. Por ello, cuando el asunto se traslada y emerge el momento del control judicial en sede Contencioso Administrativa, no cualquier alegato puede plantearse, ni cualquier defecto menor puede erosionar el fallo disciplinario. [...] Ahora bien. La Sala advierte que lo que pretende el actor es reabrir el debate que sobre su responsabilidad disciplinaria que se surtió en sede administrativa, lo cual no resulta posible en el sub-lite, en la medida en que el control judicial que se efectúa al ejercicio de la potestad disciplinaria, de ninguna manera puede asimilarse a una tercera instancia, ni constituye tal”¹⁸³.

¹⁸³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 7 de abril de 2011, radicación No. 11001-03-25-000-2008-00072-00(2108-2008), C. P. Víctor Hernando Alvarado Ardila. En igual sentido, ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 4 de noviembre de 2010, radicación No. 63001-23-31-000-2004-00151-01(0639-10), C. P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, donde se indicó: “*Según el diseño*

Distinto es que el acto sancionatorio esté soportado en normas inaplicables al hecho cuestionado, o que se hayan desconocido altos intereses constitucionales, como el debido proceso o el derecho de defensa, o que la imposición de la sanción fuera arbitraria y fundada en prueba ilícita o ilegal, o valorada contrariando de manera forzada y caprichosa las reglas constitucionales, porque “[...]”

Constitucional, la potestad correccional y disciplinaria se ejerce por la Procuraduría General de la Nación, a quien se reconoce un poder preferente, lo que no excluye que algunas entidades puedan ejercer directamente esa función como es el caso que hoy distrae la atención de esta Sala, en que se acusan los actos producidos por la Policía Nacional en uso de la potestad disciplinaria a ella atribuida. No obstante en ambos casos, la actividad de la administración, cuando ella expresa su vocación correccional está sometida al control judicial que ejerce la Jurisdicción Contencioso Administrativa. A pesar de ellos, el control judicial de la potestad disciplinaria no se ejerce de cualquier modo, sino que conoce limitaciones y restricciones que lo alejan de convertirse en una tercera instancia. A pesar de lo dicho, no cualquier defecto procesal está llamado a quebrar la presunción de acierto que blinda los actos de la Administración, cuando ella se expresa en el ejercicio de la competencia correccional y disciplinaria, pues en el proceso disciplinario, está ordenado que se cite a la parte supuestamente agraviada, quien por lo mismo es sujeto esencial en el juicio correccional. Se refiere el Consejo de Estado a que la competencia disciplinaria derivada de la Constitución y la ley, se ejerce de manera minuciosamente reglada dentro del procedimiento fijado para el juicio disciplinario. Como puede verse, es propio de esta actividad específica de la administración, que ella sea cumplida con estricta sujeción al Código Disciplinario Único, expresión del legislador que se ocupa en detalle y minuciosamente de regular la protección de las garantías constitucionales básicas del inculpado, es decir un código que ampara el derecho de defensa, la publicidad, la contradicción de la prueba, el derecho a presentar alegaciones, así como la posibilidad de una doble instancia y en general que el acto final por el que se impone un castigo, no sea simplemente el fruto de la actividad genérica de la Administración, sino el resultado de la participación del propio afectado, a quien el legislador, mediante las formas consagradas en Código Disciplinario Único, entrega las herramientas necesarias para contener los desvíos en que pudiera incurrir la autoridad en el ejercicio de esa competencia sancionatoria. Puestas las cosas de este modo, si de manera general los actos de la administración están dotados de la presunción de legalidad, esa presunción asume un carácter más valioso en el juicio disciplinario, en el cual el afectado participa del modo activo y determinante en la construcción de la decisión cuando ella se expresa en su fase represiva, intervención del imputado que se expresa mediante el ejercicio directo del control de la actividad de la administración, por vía de los recursos internos del proceso. Dicho en breve, es propio de la actividad disciplinaria ejercida a la luz del Código de la materia, que el control de las garantías sea la preocupación central del proceso correccional que se adelanta con la participación plena del sancionado. Por ello, cuando el asunto se traslada, y emerge el momento de control judicial en sede Contencioso Administrativa, no cualquier alegato puede plantearse, ni cualquier defecto menor está en capacidad de erosionar el fallo disciplinario, dotado como el que más, de la presunción de legalidad y acierto, todo desde luego sin perjuicio de la evaluación que se haga en cada caso concreto”.

*se desconoce el derecho al debido proceso cuando se adopta una decisión en materia disciplinaria con base en una norma que exige la ocurrencia de una serie de hechos que se dan por probados, sin fundamento en el acervo probatorio*¹⁸⁴, lo que permite entender que no toda transgresión a las reglas del debido proceso implica *per se* una violación al derecho constitucional fundamental del debido proceso¹⁸⁵.

Este tema ha sido igualmente ponderado en su importancia tanto por el Consejo de Estado, al revocar actos disciplinarios sancionatorios, como por la Corte Constitucional, al admitir la procedencia de la acción de tutela respecto a actos administrativos de la misma naturaleza, a fin de prevenir un perjuicio irremediable¹⁸⁶.

Los argumentos del Consejo de Estado desvirtúan la crítica que se hizo al juez contencioso administrativo por su intromisión en la valoración de pruebas y en la hermenéutica jurídica aplicada por el juez disciplinario al calificar la conducta e imponer la sanción. La valoración del juez administrativo, al examinar el acto disciplinario sancionatorio demandado, es válida legal y constitucionalmente en los eventos en que observe, por parte del juez disciplinario, el desconocimiento de las normas, de los derechos fundamentales u otras garantías constitucionales.

Cobra trascendencia este comentario en la medida en que la Ley 734 de 2002 sufrió una modificación parcial con la expedición de la Ley 1474 de 2011,

¹⁸⁴ Sentencia T-350 de 2011, M. P. María Victoria Calle Correa.

¹⁸⁵ “[...] no toda violación a las reglas del debido proceso conlleva una violación al derecho constitucional fundamental del debido proceso. Por ello, no toda violación en materia de análisis probatorio implica un desconocimiento del derecho fundamental. Hay ámbitos de protección del derecho que son de relevancia constitucional pero algunos otros no. En materia probatoria, debe tratarse de conclusiones judiciales claramente contrarias al material probatorio e indiciario con el cual se cuente”. Cfr. Sentencia T-350 de 2011, M. P. María Victoria Calle Correa.

¹⁸⁶ Por ejemplo, en sentencia T-555 de 1999, M. P. José Gregorio Hernández Galindo, sostuvo la Corte Constitucional: “Sí cabe entonces la tutela cuando no hay ningún examen probatorio, o cuando se ignoran algunas de las pruebas aportadas, o cuando se niega a una de las partes el derecho a la prueba, o también cuando, dentro del expediente, existen elementos de juicio que con claridad conducen a determinada conclusión, eludida por el juez con manifiesto error o descuido. Se parte de la base de que el juez es libre para apreciar y otorgar un valor a las pruebas que obran dentro del proceso, pero es claro también que por vía de tutela se puede reparar -ante situaciones abiertamente contrarias a las reglas constitucionales, al debido proceso y a la ley- la lesión sufrida por la parte afectada que carece de otro medio de defensa judicial o que afronta la inminencia de un perjuicio irremediable [...] En consecuencia, se puede producir también una vía de hecho en el momento de evaluar la prueba, si la conclusión judicial adoptada con base en ella es **contraevidente**, es decir, si el juez infiere de ella hechos que, aplicando las reglas de la lógica, la sana crítica y las normas legales pertinentes, no podrían darse por acreditados, o si les atribuye consecuencias ajenas a la razón, desproporcionadas o imposibles de obtener dentro de tales postulados”. Igual situación se vislumbra en la sentencia SU-901 de 2005, M. P. Jaime Córdoba Triviño, ya citada.

norma que incide notablemente en el trámite de las investigaciones disciplinarias iniciadas con anterioridad a su vigencia, inclusive en las que han iniciado con posterioridad, puesto que en la actualidad aún no es pacífica la discusión respecto de la aplicación de esta última ley en los aspectos procesales disciplinarios, especialmente, cuando interfiere en los derechos del investigado¹⁸⁷.

En razón de lo anterior, resulta adecuado sostener que en sede contenciosa administrativa no es posible cuestionar la interpretación que el juez disciplinario haga de las normas aplicadas en la actuación disciplinaria. Menos aún si la aplicación normativa tiene sustento en la orientación derivada de la facultad que tiene el Procurador General de la Nación de impartir directrices en materia disciplinaria¹⁸⁸; salvo que el juez disciplinario, al escoger una de ellas desconozca flagrantemente, entre otros, el principio de favorabilidad, el que no puede dejarse de observar frente a la aplicación de una norma procesal que afectaría los intereses del investigado, toda vez que, sin duda alguna, está por encima del efecto general inmediato de las normas procesales –artículo 7 *ibídem*–, al dimanar de uno de los cuatro principios fundamentales sobre los que se encuentra anclado el Estado Colombiano en términos del Estado Social de Derecho, a saber, el de la dignidad humana.

Por tanto, si previamente está delimitada una línea interpretativa por quien tiene constitucionalmente autorización para impartir directrices en materia disciplinaria, resulta desbordado e inadmisible cuestionar, en sede contenciosa, los actos administrativos disciplinarios sancionatorios expedidos al tenor de las

¹⁸⁷ Por ejemplo, algunos consideran que el principio de favorabilidad ante casos previstos en la Ley 1474 de 2011 no puede aplicarse ante actuaciones iniciadas en vigencia de la Ley 734 de 2002, teniendo en cuenta que, en virtud del artículo 7° de la Ley 734 de 2002, no se trata de una norma procesal para tener efecto general inmediato, desconociendo notablemente que la favorabilidad como principio constitucional y universal que es –artículo 29 de la Constitución Política– irradia a todo el derecho sancionador y por tanto, debe aplicarse sin duda alguna, por encontrarse por encima de cualquier otra norma adjetiva o procesal y por ser la excepción en la aplicación del principio de legalidad. En el Código Disciplinario Único se encuentra regulado en el artículo 14.

¹⁸⁸ Al respecto afirmó reconocida y autorizada doctrina, citando, entre otras, las sentencias T-1093 de 2004 de la Corte Constitucional, y del 16 de julio de 2009 del Consejo de Estado, Sección Primera, radicación No. 11001032400020030042801, con Ponencia de Rafael Ostau de Lafont Pianeta: “La facultad del Procurador General de la Nación de fijar directrices por la vía de la interpretación general y abstracta de la norma es una realidad jurídica en Colombia, de allí su incidencia inevitable en la interpretación y aplicación de la ley disciplinaria. Estas facultades apoyan la idea de que el control contencioso administrativo no es un control sobre criterios de interpretación, sino de legalidad, puesto que resultaría a todas luces contradictorio pensar que se otorga dicha facultad al funcionario mencionado, pero los jueces pueden imponerle su particular opinión jurídica”. GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. Fundamentos del derecho disciplinario – Colección Derecho Disciplinario Vol. 4, Ediciones Nueva Jurídica – Instituto Colombiano de Derecho Disciplinario – Confederación Internacional de Derecho Disciplinario, Bogotá, 2012, p. 108.

normas en que debían fundarse; dicho en otros términos, no puede anularse el acto contentivo de una sanción por las interpretaciones que haga el juez disciplinario de las normas en que fundó dicho acto administrativo, menos aún si estas tuvieron lugar en orientaciones y directrices impartidas por el Procurador General de la Nación, como máxima autoridad de la función disciplinaria.

IV. CONCLUSIONES

1. Si la dogmática se centra en la construcción de principios como el de ilicitud sustancial, y este en un todo para la estructuración de falta disciplinaria, no puede desconocerse que la materialización de la ilicitud sustancial surge por el incumplimiento del deber funcional sin justificación alguna (artículo 5° del CDU), siempre y cuando este genere afectación o desconocimiento a los principios de la función pública, los fines del Estado y los derechos fundamentales, a partir de un juicio de valores constitucionales emanados de la Carta Política.
2. No cabe duda que, según lo expuesto por la Sección Segunda del Consejo de Estado, durante los últimos años ha existido un importante avance en las interpretaciones de las reglas disciplinarias, sus fundamentos y principios, lo cual evidencia un ejercicio hermenéutico acorde a las nuevas tendencias del derecho constitucional.
3. Si bien el funcionario que ejerce la potestad disciplinaria tiene independencia y autonomía en el adelantamiento de las actuaciones y el control de los actos que profiere tiene ciertos límites, ello no obsta para que atienda en el ejercicio de dicha potestad los postulados constitucionales, salvaguardando de igual manera el interés general y las garantías mínimas que le asisten a los investigados o disciplinados.
4. Sugerimos sea revisada con mayor profundidad y seriedad la función de control de los actos administrativos disciplinarios, la cual no puede asimilarse a aquella que se ejerce frente a los demás actos de la administración, especialmente por tratarse de un acto especial derivado de la facultad sancionadora del Estado, que tiene respaldo constitucional (artículo 124, 217, 218 y 277 de la Carta Política) y cuya actividad ha sido reconocida por la Corte Constitucional como la de administrar justicia en sentido material.
5. Preocupa a la comunidad jurídica de esta disciplina que a un año de vigencia de la Ley 1474 de 2011, no existan a la fecha criterios interpretativos que atiendan los principios y valores constitucionales, tanto

en el adelantamiento de actuaciones disciplinarias y, en algunos casos, en el ejercicio de control de actos administrativos disciplinarios.

- 4.6. El derecho disciplinario de los servidores públicos protege, además del deber funcional, los principios de la función pública, los fines del Estado y los derechos fundamentales, tal como lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corte Constitucional.
- 4.7. Siendo la dogmática reconocida no solo por la doctrina sino por la jurisprudencia, esperamos continuamente su desarrollo y estudio, pues sin duda alguna la dogmática disciplinaria se perfila como uno de los más importantes métodos para el impulso y existencia de lo que se ha constituido como vital para vigilar el funcionamiento del Estado y luchar contra la corrupción: El derecho disciplinario.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA NACIONAL:

Gómez Pavajeau, Carlos Arturo (2009). *Elementos y propuestas para el control contencioso administrativo de la actividad disciplinaria*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, Instituto Colombiano de Derecho Disciplinario, Colección Derecho Disciplinario, vol. 3.

Gómez Pavajeau, Carlos Arturo (2012). *Fundamentos del derecho disciplinario – Colección Derecho Disciplinario*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica – Instituto Colombiano de Derecho Disciplinario – Confederación Internacional de Derecho Disciplinario, vol. 4.

Gómez Pavajeau, Carlos Arturo (2011). *La dogmática como ciencia del derecho – Sus especies penal y disciplinaria: Semejanzas y diferencias*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Hernández Galindo, José Gregorio (2012). “El derecho disciplinario y su responsabilidad con la ética pública”, en: Colección Jurídica Disciplinaria -Obra Colectiva. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica – Instituto Colombiano de Derecho Disciplinario – Confederación Internacional de Derecho Disciplinario, vol. 1.

Pianeta, Rafael Enrique Ostau de Lafont (2011). *Perspectivas del control judicial del acto administrativo disciplinario en Colombia*, En: Bautista Cely, Martha Lucía y Silveira, Raquel Días da (Coord.), *Derecho disciplinario internacional: estudios sobre formación, profesionalización, disciplina, transparencia, control y responsabilidad de la función pública*, Belo Horizonte: Fórum, vol. 1.

Roa Salguero, David Alonso (2008). *Apuntes prácticos de derecho disciplinario*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.

Roa Salguero, David Alonso (2009). “*Flexibilización del non bis in idem en materia disciplinaria administrativa y jurisdiccional*”, en: Lecciones de Derecho Disciplinario – Obra Colectiva. Bogotá: Instituto de Estudios del Ministerio Público – Instituto Colombiano de Derecho Disciplinario, vol. 13.

Roa Salguero, David Alonso (2010). *Construcción dogmática del derecho disciplinario – Influencia de la jurisprudencia del Consejo de Estado Colombiano*, Serie Temas Disciplinarios. Bogotá: Instituto Hispanoamericano de Derecho Disciplinario, Grupo Editorial Ibáñez.

Roa Salguero, David Alonso y Ferrer Leal, Héctor Enrique (2009). *La falta disciplinaria en la contratación estatal – Conforme a la Ley 1150 de 2007 y el Decreto 2474 de 2008*, Segunda Edición. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.

Sánchez Herrera, Esiquio Manuel (2010). *Los títulos de imputación en el control contencioso administrativo de las decisiones disciplinarias*, Cuaderno de Derecho Disciplinario – Líneas Doctrinales No. 2, Edición Marzo – Abril, Alcaldía Mayor de Bogotá.

DOCTRINA EXTRANJERA:

Juan Sesin, Domingo (2010). *La potestad disciplinaria en la jurisprudencia – Jurisprudencia de la sala contencioso administrativa del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores.

JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional:

Sentencia C-214 de 1994, M. P. Antonio Barrera Carbonell.

Sentencia T-555 de 1999, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

Sentencia C-948 de 2002, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

Sentencia C-406 de 2004, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

Sentencia C-014 de 2004, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

Sentencia T-056 de 2004, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Sentencia T-1093 de 2004, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Sentencia C-818 de 2005, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

Sentencia SU- 901 de 2005, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

Sentencia C-720 de 2006, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

Sentencia T-060 de 2009, M. P. Mauricio González Cuervo.

Sentencia T-161 de 2009, M. P. Mauricio González Cuervo.

Sentencia C-762 de 2009, M. P. Juan Carlos Henao Pérez.

Sentencia C-242 de 2010, M. P. Mauricio González Cuervo.

Sentencia T-350 de 2011, M. P. María Victoria Calle Correa.

Sentencia T-147 de 2011, M. P. Mauricio González Cuervo.

Sentencia C-899 de 2011, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Consejo de Estado:

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 16 de julio de 2009, radicación No. 11001032400020030042801, C. P. Rafael Ostau de Lafont Pianeta.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 23 de julio de 2009, Sección Segunda, radicación No. 11001-03-25-000-2004-00212-01(4493-04), C. P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 20 de agosto de 2009, radicación No. 11001-03-25-000-2006-00078-00(1318-06) C. P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, sentencia de 3 de septiembre de 2009, expediente No 11001032500020050011300. No. Interno: 4980-2005, C. P. doctor Víctor Hernando Alvarado Ardila.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 01 de octubre de 2009, radicación No. 11001-03-25-000-2002-0240-01(4925-02), C. P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 29 de noviembre de 2009, radicación No. 52001-23-31-000-2002-01023-02(0506-08), C. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 18 de marzo de 2010, radicación No. 25000-23-25-000-2004-02982-01(1384-06), C. P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 04 de agosto de 2010, radicación No. 11001-03-25-000-2010-00163-00(1203-10), C. P. Gerardo Arenas Monsalve.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 7 de octubre de 2010, radicación No. 25000-23-25-000-2004-05678-02(2137-09), C. P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 4 de noviembre de 2010, radicación No. 63001-23-31-000-2004-00151-01(0639-10), C. P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 20 de enero de 2011, radicación No. 76001-23-31-000-2002-02168-01(2274-08), Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 3 de febrero de 2011, radicación No. 11001-03-25-000-2009-00101-00(1453-09), C. P. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 10 de febrero de 2011, radicación No. 25000-23-25-000-2002-11803-01(5209-05), C. P. Alfonso Vargas Rincón.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 10 de marzo de 2011, radicación No. 11001-03-25-000-2008-00126-00(2740-08), C. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 7 de abril de 2011, radicación No. 11001-03-25-000-2008-00072-00(2108-2008), C. P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 12 de mayo de 2011, radicación No. 25000-23-25-000-2002-09487-01(0532-2010), C. P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 18 de mayo de 2011, radicación No. 11001-03-25-000-2010-00020-00 (0145-10), C. P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 19 de mayo de 2011, radicación No. 25000-23-25-000-2000-00281-01(2157-2005), C. P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

OTROS DOCUMENTOS:

Procuraduría General de la Nación, Fallo de Única Instancia de fecha 28 de enero de 2011, Radicación No. 2009-215383, P. P. doctor Alejandro Ordóñez Maldonado.

Directiva No. 016 de 2011, Procuraduría General de la Nación.

Concepto No. C-135 de 2011, Procuraduría Auxiliar para Asuntos Disciplinarios.

Daza Pérez, Mario Felipe. *La naturaleza jurídica del derecho disciplinario. ¿Concatenada con el penal?, ¿Armonizada con el administrativo?, Autónoma e independiente?*, En: <http://derechopublicomd.blogspot.com/2011/04/la-naturaleza-juridica-del-derecho.html>

MESA REDONDA

SEGUNDO EJE

TEMÁTICO

MODERADOR: CÉSAR AUGUSTO DUARTE ACOSTA *

** Profesor Asociado de la Especialización de Derecho
Sancionatorio en la Universidad Militar Nueva Granada.*

INTERVENCIÓN DEL DOCTOR ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDEZ
INTERVENCIÓN DE LA DOCTORA PAULA ANDREA RAMÍREZ BARBOSA
INTERVENCIÓN DEL DOCTOR DAVID ALONSO ROA SALGUERO

Se empezó por parte del moderador por destacar la importancia de este eje, en tanto que, por la severidad de las sanciones previstas en el CDU, los afectados terminan acudiendo a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, razón por la cual el operador disciplinario debe pensar en defender sus decisiones ante esta, por lo que se requiere blindarlas contra este tipo de ataques.

INTERVENCIÓN DEL DOCTOR **Roberto Augusto Serrato Valdez**

I. POR SU EXPERIENCIA COMO PROCURADOR DELEGADO ¿CUÁLES SON LOS YERROS EN LOS QUE EL OPERADOR DISCIPLINARIO INCURRE CON MAYOR FRECUENCIA?

Antes de responder se anota que, en el caso de la Procuraduría General de la Nación, existen en su contra 1249 demandas, de las cuales la mitad son de nulidad y restablecimiento del derecho por procesos disciplinarios. A partir de la expedición de la Ley 1437 de 2011 -Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo-, podía demandarse sin ninguna consecuencia para el vencido. Hoy, por mandato del artículo 188 de la citada norma, la sentencia dispondrá sobre condena en costas, situación que hará recapacitar a los actores de demandas infundadas.

Hechas estas reflexiones, sobre la pregunta formulada, los principales errores tienen que ver con la violación del debido proceso y el derecho de defensa. Igualmente, por falta de congruencia entre la imputación contenida en pliego de cargos y la que se concreta en el fallo, y por incompetencia, este en menor número.

Por otra parte, se ha encontrado que, de manera equivocada, se propone en la jurisdicción contenciosa administrativa una nueva controversia probatoria, recordando que ella no es una tercera instancia, como lo ha sostenido la Sección Segunda del Consejo de Estado.

Se está elaborando una guía bajo la dirección de la Viceprocuradora General relativa a estas equivocaciones.

2. POR SU EXPERIENCIA, ¿EXISTE VOLUNTAD DE CONCILIACIÓN POR PARTE DE LAS ENTIDADES EN MATERIA DE SANCIONES DISCIPLINARIAS? ¿SE HA MEJORADO EN ESE ASPECTO?

Sí se ha mejorado de manera sensible, desde la expedición del Decreto 1716 de 2009 y las circulares emitidas por el Procurador General y la Presidencia de la República, como lo muestran las cifras indicadas en la presentación. La

conciliación es el mecanismo más seguro y transparente para comprometer recursos públicos cuando se ha cometido un error y que además tiene control de legalidad de un juez.

El moderador trae a colación, por otra parte, que en vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, existe el ofrecimiento de revocatoria directa. El doctor Serrato Valdez remarca la importancia de la figura como novedosa para finiquitar el debate, aún dentro del trámite del proceso.

INTERVENCIÓN DE LA DOCTORA Paula Andrea Ramírez Barbosa

1. PREGUNTA UNO DE LOS ASISTENTES SI ¿PUEDE HABER VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DEL *NON BIS IN IDEM*, CUANDO UNA SUPERINTENDENCIA HA IMPUESTO UNA SANCIÓN Y SE APLICA OTRA DE CARÁCTER DISCIPLINARIO A LA MISMA PERSONA?

Para establecer si se quebrantó dicho principio, como se trató en la exposición, es necesario verificar si hay identidad de sujeto, fundamento y de hecho. Igual si se trata de una relación de sujeción especial. En consecuencia, si una persona es objeto de una sanción administrativa y una disciplinaria no se vulnera el principio materia de estudio. Se permite, entonces, en ese evento, la concurrencia de la investigación y de la sanción, cuando no se dan las condiciones mencionadas.

2. EN EL DERECHO COMPARADO ¿CUÁL PAÍS SE IDENTIFICA CON LA SENTENCIA C-720 DE 2006, QUE ABORDÓ EN NUESTRO MEDIO DE MANERA PROFUNDA EL PRINCIPIO DEL *NON BIS IN IDEM*?

Dicha sentencia se inspira en decisiones del Tribunal Constitucional de 1991, aunque también tiene aportes del derecho francés. En cierta medida en nuestro medio se adoptó una teoría ecléctica que tomó algo de cada país, con los argumentos contenidos en la referida sentencia.

3. ¿ES POSIBLE DESCONTAR A UNA SANCIÓN DISCIPLINARIA LA INHABILIDAD CUMPLIDA POR UN DELITO?

No es viable por la autonomía e independencia del derecho disciplinario y del penal, la posibilidad de descontar en un fallo penal la inhabilidad cumplida por virtud de una decisión disciplinaria. Lo mismo, por idénticas razones, puede decirse cuando es al contrario, vale decir, cuando se ha cumplido la inhabilidad

en un expediente disciplinario y se pretende que se deduzca de la impuesta en un expediente penal. Aquí opera el principio de la seguridad jurídica y no existe prejudicialidad penal.

4. CON LAS NORMAS EN BLANCO QUE PREVÉ LA LEY DE PROBIDAD QUE SE APLICA EN BRASIL, LAS CUALES PERMITEN AL OPERADOR ACUDIR A OTRAS DISPOSICIONES, ¿NO SE VIOLA EL PRINCIPIO DE TIPICIDAD (O LEGALIDAD)?

Al legislador no le es posible precisar en un ordenamiento todas las conductas, razón por la cual las en blanco no son inconstitucionales, son disposiciones excepcionales. La legitimidad de la norma en blanco viene dada por la remisión de normas de igual jerarquía. Ley a ley, o ley a decreto ley o a decreto reglamentario. Por el contrario, no procede la remisión de convenio o contrato, esto es, de menor jerarquía.

INTERVENCIÓN DEL DOCTOR David Alonso Roa Salguero

1. HABLANDO DE LA ILICITUD SUSTANCIAL QUE, GUARDADAS PROPORCIONES ES PARA EL DERECHO DISCIPLINARIO LO QUE LA PARTÍCULA DE DIOS PARA LA FÍSICA, DE ACUERDO CON SU PONENCIA EN LOS FALLOS DISCIPLINARIOS ¿ES MENESTER INCLUIR, ADEMÁS DE LOS PRINCIPIOS PREVISTOS EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA, LOS FINES DEL ESTADO?

En los fallos, aparte de los principios del artículo 209 constitucional, también debe acudirse al artículo 2 superior, en el que se hace referencia a los fines del Estado. No basta quedarse en la valoración del deber funcional a que se refiere el artículo 5 del CDU. Si se afecta una función del Estado, por ende, se extiende a un deber y un principio constitucional.

2. SI SE TRATA EN UNA ACTUACIÓN DE HECHOS Y DE LA APERTURA DE INVESTIGACIÓN ANTERIORES A LA VIGENCIA DE LA LEY 1474 DE 2012, ¿SE APLICA ESTA DISPOSICIÓN O NO?

Se empieza por hacer referencia al artículo 7 del CDU en cuanto dispone que las normas procesales son de aplicación inmediata, recordando que, a juicio del Consejo de Estado, debe hablarse más de caducidad que de prescripción. Considera que no obstante se trate de una norma procesal se requiere aplicar el principio de favorabilidad. En esa hipótesis, por consiguiente, debe tenerse en cuenta la prescripción y no la caducidad.

TERCER EJE TEMÁTICO

Derechos Humanos y derecho disciplinario

LA INCIDENCIA DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO EN EL ÁMBITO DISCIPLINARIO

MIGUEL ÁNGEL REYES POBLETE *

** Abogado, Magíster en Derecho Procesal, Doctor (c) en
Derecho. Profesor de Derecho Procesal de las Universidades
Santo Tomás, San Sebastián y ARCIS en sus sedes de Concepción.*

I. INTRODUCCIÓN**II. ¿POR QUÉ IMPORTA APLICAR LOS DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO DISCIPLINARIO?****III. APLICACIÓN DE NORMAS.****IV. DERECHO PENAL ADMINISTRATIVO;****V. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y DERECHO DISCIPLINARIO****VI. ALGUNOS ASPECTOS DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO****B. INCIDENCIA EN DERECHO INTERNO****VII. INCIDENCIA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO DISCIPLINARIO****VIII. ANÁLISIS COMPARATIVO DE SITUACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DISCIPLINARIA ADMINISTRATIVA****IX. INCIDENCIA DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO EN EL DERECHO DISCIPLINARIO****C. CONCLUSIONES****X. COMENTARIOS****XI. PROPUESTAS**

RESUMEN: El artículo analiza aspectos generales tanto de los derechos humanos como del derecho internacional humanitario y la forma como impacta y debiera incidir en el derecho disciplinario aplicable respecto de los funcionarios públicos ante eventuales irregularidades o infracción o incumplimiento de deberes, así como en relación con particulares que desempeñen funciones públicas, comparando diversas legislaciones a través del prisma de estos grandes reconocimientos de la civilidad internacional desde la segunda mitad del siglo XX.

PALABRAS CLAVE: Derechos Humanos, derecho disciplinario, Derecho Internacional Humanitario.

ABSTRACT: This paper analyzes general human rights and international humanitarian law aspects and the form impacts and should have an impact on the disciplinary law for public servants before any irregularities or infraction or breach of duties as well as in relation to individuals who perform public functions, comparing various pieces of legislation from the point of view of these major awards of the civility international since the second half of the XX century.

KEYWORDS: Disciplinary law, international humanitarian law and human rights.

RESUMEN:**A. PARTE GENERAL**

A. PARTE GENERAL

I. INTRODUCCIÓN

Sin lugar a dudas, el derecho de los últimos 60 años ha incorporado como fuente, en forma más relevante, los derechos humanos que se han reconocido por organismos internacionales.

Luego, progresivamente, los países de Latinoamérica han incorporado en sus constituciones estos derechos.

Un fenómeno interesante ha sido la circunstancia de que todos los países al ratificar las convenciones internacionales se comprometen en adecuar su legislación interna a lo contemplado en los tratados. Sin embargo, no todos los países han tenido el mismo ímpetu ni completitud en el cumplimiento de esa obligación. De hecho, algunos como Chile solo han adecuado en parte sus normas luego de condenas dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Dentro de estos tratados existen una serie de garantías que se podrían clasificar en sustantivas, procesales y de derechos fundamentales, las que se van entremezclando para configurar un plexo normativo que defiende los derechos de las personas respecto del Estado.

Así, al aplicar normas actualmente, en todos los ámbitos es necesario considerar que se deben utilizar las normas de fondo que señalan las regulaciones, las procesales para implementar la solución del conflicto jurídico de intereses o infracción de ley y de derechos fundamentales, a las cuales se deben supeditar las demás.

Ya en el ámbito del derecho administrativo, los diversos cuerpos normativos o contractuales por medio de los que se implementan, establecen una serie de deberes u obligaciones y surge como contrapartida la posibilidad de perseguir responsabilizar y castigar tanto a funcionarios públicos –conocido como derecho disciplinario– como a los particulares –denominado derecho sancionatorio–.

II. ¿POR QUÉ IMPORTA APLICAR LOS DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO DISCIPLINARIO?

Frente a las tradicionales concepciones del derecho, que distingue entre fondo y forma, surge la pregunta si considerar o no los derechos fundamentales contemplados en tratados internacionales para la solución de un conflicto, en términos cotidianos o prácticos, en la aplicación de normas.

Estimo que se deben aplicar en todo ámbito, por una serie de objetivos:

1. **Igualdad ante la ley:** Si se considera que el derecho en tanto sistema de solución de conflictos y estatuto jurídico de lo permitido y prohibido debe tener lineamientos que lo cohesionen, es poco sostenible que ante situaciones similares las normas se apliquen en forma diversa sin una justificación razonable e importante para cumplir un determinado fin.
Así, si todos los subsistemas de derecho (público, privado y dentro de ellos penal, administrativo, tributario, internacional, disciplinario, o civil, comercial, etcétera) contemplan regulaciones acerca de qué se puede o no hacer, estableciendo procedimientos para llevar a efecto infracciones o peticiones de efectividad de aspectos sustantivos, ambos aspectos deben tener como elemento aglutinante y de respeto los derechos fundamentales.
2. **Derecho a la seguridad jurídica:** pues al incorporarse a los ordenamientos jurídicos nacionales las garantías de los tratados internacionales de derechos humanos, ellas pasan a formar parte del bagaje de posibilidades que tienen los justiciables de plantear solución de conflictos a la autoridad.
3. Proteger los derechos de los particulares, por varios motivos.
Los derechos se confieren a las personas respecto del Estado en términos normales, pero también respecto de otros particulares.
Por otra parte, varios tratados se refieren a comportamientos sancionables respecto de funcionarios o particulares para lograr una eficaz, eficiente y proba actuación de los entes administrativos. Por ejemplo: todos los relativos a corrupción y lavado de dinero o activos.
4. Resguardar la legitimidad del sistema jurídico, pues si se considera que uno de los principales objetivos del Estado es solucionar los problemas de las personas, está al servicio de ellas. Para ello se contempla que se desarrolle la función pública con:
 - Eficiencia en el uso de los recursos públicos y
 - Eficacia en la solución de los problemas públicos.

III. APLICACIÓN DE NORMAS

Producto de la influencia del neoconstitucionalismo, que se ha materializado normativamente en la consiguiente incorporación de derechos fundamentales contemplados en tratados de Derechos Humanos en los textos constitucionales y legales de los países, se irradian o expande la aplicación de ellos haciéndolos utilizables en términos cotidianos y en todos los ámbitos del ordenamiento jurídico.

Ello ha implicado que entes a nivel interno de los países como a nivel internacional puedan controlar la efectividad práctica de estos derechos, por ejemplo el defensor del ciudadano, el tribunal o Corte Constitucional, oficinas o institutos de derechos humanos, etcétera.

Ellos tienen como función establecer los parámetros mínimos que se deben respetar por el ordenamiento, básicamente enfocados desde el Estado hacia los particulares.

Por su parte, el derecho de forma responde a las preguntas de cuándo plantear las pretensiones para su resolución, quién conoce, dónde se plantea y qué procedimiento se debe utilizar para ello.

En cambio, con el derecho de fondo se determina qué se puede o no realizar, siendo lo fundamental para resolver el conflicto planteado.

Actualmente, tanto el derecho de forma como el de fondo deben respetar las normas fundamentales. Si ello no ocurre, dependiendo de cada ordenamiento, se puede pedir su inaplicabilidad o inexecuibilidad en general o al menos para el caso concreto.

Tanto la doctrina de los autores como la jurisprudencia judicial y/o administrativa constituyen fuentes de menor exigibilidad, dependiendo de la ilustración de los respectivos escritores de ellas y sus argumentos la consideración.

Sin embargo, hay que destacar que progresivamente se han ido otorgando en Latinoamérica, tradicionalmente de raigambre adscrita al derecho continental europeo, un valor cada vez más importante a los precedentes, tanto en sede interna como internacional así como judicial y administrativa. En sede judicial ha liderado Brasil con las súmulas vinculantes de su Tribunal Constitucional (STF) y Corte Suprema Federal (STJ) y juzgamiento de casos similares.

En el caso de precedentes obligatorios de interpretaciones administrativas, en Chile ocurre con los dictámenes emanados de la Contraloría General de la República.

IV. DERECHO PENAL ADMINISTRATIVO

Dentro de las funciones que tiene el Estado, se encuentra la posibilidad de sancionar por infracciones o incumplimientos al ordenamiento jurídico realizadas tanto por funcionarios públicos, particulares naturales o jurídicas en general y tanto empresas que presten servicios públicos como particulares que ejercen funciones públicas. A esta facultad se le denomina *ius puniendi*¹⁸⁹.

¹⁸⁹ Chile: Contraloría General de la República, dictamen 14571 de 22 de marzo de 2005,

Respecto de la posibilidad de castigar por infracción de normas de naturaleza administrativa se le denomina, en una nomenclatura muy discutida, derecho penal administrativo¹⁹⁰⁻¹⁹¹.

A su vez, este ámbito o subrama del derecho administrativo comprende el derecho:

- **Sancionatorio**, en virtud del cual el Estado puede sancionar a particulares por infracción de regulaciones¹⁹²;
- **Disciplinario**, por medio de él, las administraciones públicas del Estado pueden investigar y eventualmente sancionar a los funcionarios o servidores públicos por infracciones a sus deberes y obligaciones¹⁹³.

Ambas comparten una serie de principios por versar sobre posibles sanciones a imponer.

El bien jurídico protegido en el derecho disciplinario es el buen funcionamiento de las administraciones públicas. En cambio, el derecho sancionatorio

“Puntualizado lo anterior, debe anotarse que, tal como lo han sostenido la jurisprudencia de la Contraloría General en su Dictamen N° 50.013 bis de 2000, y la doctrina existente sobre la materia, la potestad disciplinaria es una manifestación de la potestad sancionatoria del Estado, la que, a su vez, es junto a la potestad punitiva penal, una de las manifestaciones del ius puniendi general del Estado, razón por la cual ha entendido también que los principios del derecho penal son aplicables al derecho sancionador disciplinario. Como se manifestó en dicho dictamen, así lo reconocen numerosos autores, entre los que se encuentra Miguel Sánchez Morón, según el cual “la doctrina y la jurisprudencia, salvo excepciones, vienen insistiendo últimamente en que todas las manifestaciones punitivas del Estado, incluidas las que confiere el derecho disciplinario, tienen un fundamento común, se explican y justifican en virtud de un mismo ius puniendi, de donde se deduce que les son aplicables grosso modo los mismos principios y reglas, por lo general extraídas de la dogmática del derecho penal” (Miguel Sánchez Morón, Derecho de la Función Pública, Editorial Tecnos S. A., Madrid, 1996, p. 263)”. Lo destacado fue agregado por el autor de este artículo.

¹⁹⁰ Por no ser materia de este artículo no me referiré a los argumentos de las partes.

¹⁹¹ SOTO KLOSS, EDUARDO, “Derecho Administrativo Penal. Notas para el estudio de la potestad sancionadora de la Administración”, en Boletín de Investigaciones, N° 44 /45, 1979/1980, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, Chile, pp. 95 y ss.

¹⁹² OSSA ARBELÁEZ, JAIME, Derecho Administrativo Sancionador. Una aproximación Dogmática, Editorial Legis, Bogotá, Colombia, 2ª edición, 2009, p. 96 “es una atribución propia de la administración que se traduce en la viabilidad jurídica de la imposición de sanciones a particulares y aun a los funcionarios que infringen sus disposiciones”.

¹⁹³ Como claramente lo explica el profesor YATE CHINOME, DIOMEDES, Tendencias y proyecciones de la Ley disciplinaria al amparo de los principios rectores, Instituto de Estudios del Ministerio Público, Bogotá, Colombia, 2008, p. 21 y siguientes, se traduce en “[...] el poder facultad de sancionar a sus propios funcionarios. Con ello se busca garantizar el cumplimiento de los fines estatales y el normal ejercicio de la función pública [...]”

está concebido para velar por la continua y adecuada prestación de los servicios públicos, cuando quienes desarrollan esas funciones son particulares.

V. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y DERECHO DISCIPLINARIO

El sistema interamericano de Derechos Humanos, en particular la Corte Interamericana, ha emitido escasas resoluciones en casos contenciosos en materia disciplinaria¹⁹⁴.

En esta materia se han fijado por la Corte algunos criterios de aplicación, extrapolando a lo disciplinario y a otros ámbitos algunas garantías procesales penales¹⁹⁵, en particular:

¹⁹⁴ Alrededor de 6 de un total de 238 de la competencia contenciosa emitidas hasta el 27 de julio de 2012. <http://www.Corteidh.or.cr/casos.cfm>

¹⁹⁵ Entre otros, Baena CON PANAMA, del año 2001, en sus considerando". 124. Si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula "Garantías Judiciales", su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, "sino [al] conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales" a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal.

125. La Corte observa que el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención se aplica a los órdenes mencionados en el numeral 1 del mismo artículo, o sea, la determinación de derechos y obligaciones de orden "civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter". Esto revela el amplio alcance del debido proceso; el individuo tiene el derecho al debido proceso entendido en los términos del artículo 8.1 y 8.2, tanto en materia penal como en todos estos otros órdenes.

126. En cualquier materia, inclusive en la laboral y la administrativa, la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos. Es importante que la actuación de la administración se encuentre regulada, y esta no puede invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados. Por ejemplo, no puede la administración dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar a los sancionados la garantía del debido proceso.

127. Es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas.

128. La Corte Europea se ha pronunciado sobre este tema, señalando que:

[...] los principios enunciados en el párrafo 2 (artículo 6-2) y 3 (a saber los incisos a, b y d) [...] de la Convención Europea de Derechos Humanos], se aplican mutatis mutandis a los procesos disciplinarios a los que se refiere el inciso 1º (artículo 6-1) de la misma forma en que se aplican a los casos en que una persona es acusada por una infracción de carácter penal.

129. La justicia, realizada a través del debido proceso legal, como verdadero valor jurídicamente protegido, se debe garantizar en todo proceso disciplinario, y los Estados no pueden sustraerse de esta obligación argumentando que no se aplican las debidas garantías del artículo 8 de la Convención Americana en el caso de sanciones disciplinarias y no penales. Permitirle a los Estados dicha interpretación equivaldría a dejar a su libre voluntad la aplicación

1. Derecho de defensa, que abarca desde que se inicia una investigación con un eventual imputado y comprende:

- Derecho de conocer la imputación;
- Derecho a un tiempo razonable para preparar la defensa;

2. Presunción de inocencia, que incide en que:

- La carga de la prueba recae sobre el acusador¹⁹⁶ y
- El trato al investigado debe ser siempre considerando su Estado de inocencia;

3. Tiempo razonable y prudente para resolver la pretensión, pero atendidas las diferentes regulaciones y lógicas existentes en América, no se han fijado reglas específicas;

4. Deber de motivar. Que comprende básicamente:

- Relato de los hechos que se dan por probados;
- Pruebas producidas en el caso concreto;
- Alegatos formulados por las partes;
- Derecho aplicable;
- Normas que se aplican en el caso concreto;
- Decisión del caso concreto.

5. Derecho a la prueba, que comprende el derecho a producir, controlar y valorar la prueba, así como que la autoridad llamada a resolver base su resolución en la prueba producida en el procedimiento;

6. Derecho de impugnación de la decisión, ante un ente distinto, superior, que pueda revisar tanto los hechos como el derecho aplicado en el caso concreto;

7. Non bis in idem o prohibición de nuevos juzgamientos por los mismos hechos de aquel que se encuentra en curso;

8. Tipicidad, pues la conducta a castigar debe estar claramente descrita en la norma que establece la posibilidad de castigo;

9. Ley previa: Tanto la conducta castigable como la pena que se puede imponer, deben estar establecidas previa a la fecha de ocurrencia de los hechos que se investigan.

o no del derecho de toda persona a un debido proceso.

¹⁹⁶ BRITO RUIZ, FERNANDO, Procedimiento Disciplinario, IEMP Ediciones, Bogotá, Colombia, 3ª edición, 2010, p. 283, lo que se plasma en el artículo 128 del Código Disciplinario Único.

VI. ALGUNOS ASPECTOS DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Se puede sostener que producto de los conflictos armados de finales del siglo XIX y de la primera mitad del siglo XX, se comenzó a desarrollar progresivamente una vertiente o particularización de los derechos humanos referidos específicamente a la situación de las personas involucradas en ellos: población civil, militares de todos los bandos así como la asistencia a heridos y desplazados producto del mismo.

Al alero del derecho internacional público y de la institucionalidad mundial de Derechos Humanos se dictaron una serie de tratados internacionales que fueron reconociendo y estableciendo una serie de condiciones mínimas a respetar dentro del contexto de conflictos armados, sea que estos se desarrollen a nivel externo o interno.

Este derecho está configurado, como muchos temas en derecho internacional público, en un conjunto de tratados, básicamente agrupados en:

Los denominados *Convenios de Ginebra* de 12 de agosto de 1949:

- I. Convenio de Ginebra protege, durante la guerra, a los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña;
- II. Convenio de Ginebra protege, durante la guerra, a los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar;
- III. Convenio de Ginebra se aplica a los prisioneros de guerra;
- IV. Convenio de Ginebra protege a las personas civiles, incluso en los territorios ocupados;

Los posteriores **protocolos adicionales**, que versan sobre:

- I. Conflictos internacionales;
- II. Conflictos no-internacionales;
- III. Emblema distintivo adicional.

Ellos establece derechos que deben ser respetados y posteriormente las figuras sancionables si se infringen.

En virtud de la incorporación de todos los tratados internacionales de derechos humanos al bloque de constitucionalidad, los Estados van permitiendo que estas normas sean aplicables directamente en sus respectivos territorios y habitantes, sea mediante normas de derecho interno que las hagan utilizables más ampliamente o haciendo un reenvío por las normas nacionales a los tratados respectivos.

Surgen dudas respecto de eventuales problemas de tipicidad que se podrían plantear, pero ello solo constituiría una afectación efectiva en la medida que la remisión no se hiciese a una ley o tratado sino a una norma de carácter reglamentario o que la norma a que se reenvía no describa adecuadamente el hecho a castigar.

En el caso de Colombia, al dictarse la ley de Víctimas N° 1448 de 2011 y reconocerse en su artículo 3 la situación de conflicto armado interno se incorpora y hace aplicable el Derecho Internacional Humanitario. Ello se aprecia aún con mayor claridad en el establecimiento en el artículo 178 de dicha norma de un catálogo de deberes de los funcionarios públicos en materia de víctimas, obligando en el N° 1 a respetar, asegurar y aplicar normas de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, para en el artículo 179 tipificar faltas disciplinarias específicas en estas materias.

De esa redacción de deberes podría estimarse abierta, pero tanto los convenios de Ginebra de 1949 como los protocolos adicionales I y II son bastante claros respecto de las conductas prohibidas en el derecho internacional humanitario¹⁹⁷.

¹⁹⁷ En particular el Protocolo Adicional II sobre Conflictos Armados no internacionales:

“TÍTULO II - TRATO HUMANO Artículo 4. Garantías fundamentales

1. Todas las personas que no participen directamente en las hostilidades, o que hayan dejado de participar en ellas, estén o no privadas de libertad, tienen derecho a que se respeten su persona, su honor, sus convicciones y sus prácticas religiosas. Serán tratadas con humanidad en toda circunstancia, sin ninguna distinción de carácter desfavorable. Queda prohibido ordenar que no haya supervivientes.

2. Sin perjuicio del carácter general de las disposiciones que preceden, están y **quedarán prohibidos en todo tiempo y lugar con respecto a las personas a que se refiere el párrafo 1:**

- a) los atentados contra la vida, la salud y la integridad física o mental de las personas, en particular el homicidio y los tratos crueles tales como la tortura y las mutilaciones o toda forma de pena corporal;
- b) los castigos colectivos;
- c) la toma de rehenes;
- d) los actos de terrorismo;
- e) los atentados contra la dignidad personal, en especial los tratos humillantes y degradantes, la violación, la prostitución forzada y cualquier forma de atentado al pudor;
- f) la esclavitud y la trata de esclavos en todas sus formas;
- g) el pillaje;
- h) las amenazas de realizar los actos mencionados. ...”. El destacado fue agregado por el autor de este artículo.

B. INCIDENCIA EN DERECHO INTERNO

VII. INCIDENCIA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO DISCIPLINARIO

Coordinando tanto lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como la teoría general de los Derechos Humanos, se pueden concluir que existen garantías de tipo sustantivo como procesal, que se deben respetar en el derecho disciplinario pues, como se ha estimado por la doctrina, la circunstancia de encontrarse vinculadas las personas, funcionarios con el Estado mediante una especial relación de sujeción, no por ello se afectan sus garantías o derechos fundamentales¹⁹⁸, que pasaré a desarrollar sucintamente.

Los principales aspectos sustantivos de Derechos Humanos se refieren a

1. Presunción de inocencia, que como señalé precedentemente se relaciona con la inversión anticipada y general de la carga probatoria, correspondiendo a quien imputa hechos irregulares acreditar la comisión de ellos.

Además, se debe materializar en que:

- Quien investiga lo debe hacer objetivamente, buscando tanto lo que perjudica como beneficia al funcionario respecto de quien se sigue el procedimiento disciplinario;
- El trato que se realiza durante el curso procedimental debe ser respetuoso de la calidad de presunto inocente.

Ello tiene una aplicación semántica también: en muchas legislaciones se denomina “disciplinado”, en otras “expedientado” o “imputado”, lo que choca un poco con el Estado de inocencia constitucional por tener una connotación negativa. Por ello, estimo más concorde con esta presunción la denominación de “investigado” o simplemente “funcionario” o “particular”;

2. Se debe utilizar la ley sancionatoria, disciplinaria o penal, más benigna¹⁹⁹ en el caso de existir varias o en caso de una nueva ley con sanciones más drásticas

¹⁹⁸ MEJÍA OSSMAN, JAIME, y ROA SALGUERO DAVID ALONSO, asuntos disciplinarios IV. Las relaciones especiales de sujeción en el derecho. “Reflexiones a partir del principio de legalidad y de la restricción de derechos fundamentales”, Ediciones jurídicas Axel, Bogotá, Colombia, 2011, pp. 80 y 81.

¹⁹⁹ Chile: Contraloría General de la República, dictamen 14571 de 22 de marzo de 2005, “... la irretroactividad de las normas sancionadoras -conforme al cual solo pueden aplicarse aquellas sanciones que estaban vigentes al momento de cometerse la falta investigada, a menos

respecto de un hecho con investigación pendiente, para que se interprete en favor de las personas, en virtud de principio pro persona o pro operario, extraído del derecho laboral común con esta rama de derechos fundamentales;

3. Debe existir una adecuada proporcionalidad²⁰⁰ entre el hecho ilícito administrativo o infracción de deberes con la sanción que se va a aplicar;

4. Tipicidad, en virtud de la cual tanto los funcionarios públicos como los ciudadanos deben conocer el marco regulatorio que establece qué es lo que puede y debe hacerse, permitiendo una adecuación de la conducta a ello.

Del análisis de las normativas de varios países se constata que fundamentalmente la tipicidad no es la norma general en Argentina, Chile²⁰¹ (básicamente en las infracciones específicas a la Probidad²⁰²) y México, siendo en cambio un baluarte de la ley disciplinaria de Colombia, salvo respecto de infracción²⁰³.

que esta tenga asignada una sanción menor de acuerdo con la nueva legislación, en cuyo caso corresponderá aplicar precisamente la sanción más benigna o favorable al funcionario aun cuando haya sido establecida con posterioridad (Dictámenes N°s. 45.905 y 88.303, ambos de 1976, 20.991 de 1984, 25.961 de 2000, 3.858 y 6.926, ambos de 2001, y 38.075 de 2002, entre otros)...”. Lo destacado fue agregado por el autor de este artículo.

²⁰⁰ Chile: Contraloría General de la República, dictamen 59462 de 20 de septiembre de 2011, “En efecto, la sanción expulsiva dispuesta respecto del señor xxxx, encuentra su fundamento en el número y entidad de las infracciones que se le imputaron y se acreditaron, todas las cuales importan un incumplimiento por parte del sumariado, entre otras disposiciones, de aquellas contenidas en los artículos 52 y 62 Nos 1, 2, 5 y 6 de la ley N° 18.575, en relación con las letras b) y g) del artículo 84 de la ley N° 18.834, lo que configuró, conforme a la valoración efectuada por la autoridad de las pruebas aportadas en el proceso, una contravención grave al principio de probidad administrativa, la que, por cierto, acorde con lo ordenado en el inciso segundo del artículo 125 del Estatuto Administrativo, amerita ser sancionada con la destitución del cargo”. Lo destacado fue agregado por el autor de este artículo.

²⁰¹ Chile: Contraloría General de la República, Dictamen 65481 de 17 de octubre de 2011, “Luego, en relación con el planteamiento del interesado, en orden a que se le estaría sancionando sin que se precise la norma transgredida, lo que, a su juicio, vulneraría el principio de tipicidad, es necesario hacer presente, conforme con el criterio contenido en los dictámenes Nos 58.851, de 2004 y 50.825, de 2011, de este origen, que ese principio no ha sido establecido en materia de responsabilidad administrativa, dado que el ejercicio de la potestad punitiva del jefe de un servicio no se expresa a través de un listado de conductas ilícitas, sino que por medio de un catálogo de deberes, prohibiciones y obligaciones, tal como ha ocurrido en el caso en análisis, en que al afectado se le imputó un incumplimiento a dichos imperativos, al proponer, acordar y materializar con su jefe directo la compra de un computador para cubrir la pérdida de otro que se encontraba bajo la custodia del señor Cárdenas Parra”.

²⁰² Chile: Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, Artículo 62.- Contravienen especialmente el principio de la probidad administrativa, las siguientes conductas:

1. Usar en beneficio propio o de terceros la información reservada o privilegiada a que se tuviere acceso en razón de la función pública que se desempeña; ... (hasta el N° 9)

²⁰³ YATE CHINOME, DIOMEDES, p. 61 y siguientes en relación a artículos 42 y 43 respecto de faltas graves y leves, dejando las gravísimas al “tipo” disciplinario.

5. Igualdad ante la ley, en virtud de la cual ante instituciones similares y posibilidad de sanción, deben aplicarse similares principios o reglas, de ser favorables para el imputado y contar con una aplicación similar respecto del mismo tipo de pretensiones;

6. Derecho de defensa: Como consecuencia de él no se pueden imponer sanciones de ninguna índole, previo a haberse rendido prueba y a permitirse, conociendo dichos antecedentes,

Por ejemplo, en Chile atentan a mi juicio expresamente con el más mínimo derecho de defensa y presunción de inocencia los “sumarios administrativos”, si se les puede técnicamente denominar de esa forma, seguidos en contra de los funcionarios de la policía de seguridad (carabineros de Chile) donde se suele destituir de inmediato, lo que ha sido ratificado como respetuoso al debido proceso²⁰⁴ por el ente de control.

7. Culpabilidad²⁰⁵: solo se puede imputar culpa o dolo en la comisión de hechos ilícitos administrativos disciplinarios u omisión de cuidado o control. A contrario sensu, no puede existir:

- Imputaciones por hechos u omisiones ajenas;
- Responsabilidad objetiva en materia disciplinaria;

²⁰⁴ Chile: Contraloría General de la República, Dictamen N° 45322, “Se ha dirigido a esta Contraloría General don xxxx, abogado, en representación de los señores xxxx y xxxx, ex funcionarios de Carabineros de Chile, para solicitar un pronunciamiento respecto de la legalidad del sumario administrativo en el cual se confirmaría la baja por conducta mala, con efectos inmediatos, aplicada a sus mandantes. Sobre el particular, es menester indicar que los sumarios administrativos son procedimientos que, en la especie, se encuentran reglados en el Decreto N° 118, de 1982, del Ministerio de Defensa Nacional, en cuya tramitación se consultan diversas instancias en las cuales los afectados pueden hacer valer sus planteamientos, las que tienen por finalidad garantizar un debido proceso, sin que a este Organismo de Control le corresponda intervenir durante su tramitación, tal como lo informó en sus dictámenes N°s 81.405, de 2011 y 25.451, de 2012, entre otros”. Lo destacado fue agregado por el autor de este artículo.

Queda aún más claro en el dictamen “... es importante señalar que la jurisprudencia administrativa contenidas en el dictamen N° 31.600 de 1988, ha manifestado que esta Contraloría General carece de atribuciones para pronunciarse sobre diversos aspectos de un procedimiento administrativo instruido en contra de un funcionario de Carabineros de Chile, pues tales servidores no tienen derecho a reclamo ante esta Entidad de Control tratándose de situaciones propias de la tramitación de un proceso sumarial, por cuanto ese procedimiento está específicamente reglado en el citado decreto N° 118, de 1982, del Ministerio de Defensa Nacional, el cual no admite otros trámites o instancias que los previstos en ese cuerpo reglamentario, debiendo el interesado hacer valer sus planteamientos en las diversas instancias del mismo, el cual contempla los elementos necesarios que garantizan el debido proceso y defensa del afectado”.

²⁰⁵ OSSA ARBELÁEZ, JAIME, ob. cit. p. 341.

8. Derecho a la no autoinculpación²⁰⁶ en virtud del cual las personas tienen “derecho a no declarar contra sí mismas y a no confesarse culpable”.

La duda se plantea en cómo compatibilizar este derecho con el deber de colaboración que en general contemplan algunas leyes en materia procesal y sobre todo por el carácter de funcionario público que, por su régimen estatutario, debiera cumplir con las órdenes de sus superiores.

Me inclino por concluir que debe primar la norma más favorable para la persona, esto es, que pueda declarar como herramienta de defensa y no como una obligación.

9. Derecho a la asistencia letrada²⁰⁷, el que sin embargo en algunas legislaciones es obligatorio (como Colombia) y en otras facultativo (como en España o Chile).

10. Interdicción de la analogía²⁰⁸ pues “Frente al vacío normativo que pueda ofrecer el ordenamiento penal sancionatorio, no existe la posibilidad de acudir a la analogía en perjuicio del administrado”.. Sin embargo, puede operar a su favor.

Algunos principios procesales

A. Debe existir una respuesta de parte del ente llamado a resolver la pretensión en un tiempo razonable y prudente.

Al efecto es importante que las normas disciplinarias establezcan plazos máximos dentro de los cuales se deben desarrollar las investigaciones, al menos desde que se imputa o formula cargos a un funcionario hasta la resolución definitiva en primer grado de conocimiento;

B. Respetto del resolutor, deben existir una serie de requerimientos para un adecuado y legítimo desempeño:

- Debe existir la posibilidad de formular recusaciones u otro tipo de actos en que se puedan reclamar inhabilidades, a fin de contar con un funcionario resolutor lo más imparcial posible.
- Motivación de las resoluciones, sobre todo la que se pronuncie sobre el término del procedimiento;

²⁰⁶ SANTAMARÍA PASTOR, JUAN ALFONSO, Principios de Derecho Administrativo General, Tomo II, 2ª edición, 2009, Iustel, Madrid, España, p. 422.

²⁰⁷ SANTAMARÍA PASTOR, JUAN ALFONSO, ob. cit., p. 423.

²⁰⁸ CASSAGNE, JUAN CARLOS, Derecho Administrativo, tomo II, Palestra Editores, Lima, Perú, 2010, p. 574, al reservar la “zona de libertad”. y en virtud del principio nullum crimen nulla poena sine lege.

C. Derecho a la prueba²⁰⁹, que comprende una serie de temas:

- Posibilidad de conocer la prueba de cargo;
- Que se permita el control y la producción de prueba respecto de ella;
- Posibilidad de producir prueba de descargo;
- Que se permita valorar (analizar críticamente) la prueba producida en el procedimiento.
- Que no se obligue al imputado a prestar declaración o confesión. Ello pues no es compatible el apercibimiento de la prueba confesional para el caso de incomparecencia u omisión de respuesta o respuestas evasivas.

D. Derecho a una respuesta o resolución motivada en los hechos que consten en el procedimiento y que hayan sido acreditados suficientemente, donde se aplique el derecho que se refiera a las circunstancias por las que se acusó y se formuló la defensa;

E. Impugnación ante un ente distinto, idealmente superior, que pueda revisar ampliamente tanto los hechos como el derecho.

Particularmente en Chile no se consagra en términos amplios un derecho a una revisión de hechos y derecho por un superior a nivel municipal donde quien se pronuncia es el superior del servicio.

VIII. ANÁLISIS COMPARATIVO DE SITUACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DISCIPLINARIA ADMINISTRATIVA

Para poder analizar comparativamente la situación de los derechos humanos en materia disciplinaria, primero expondré un breve análisis crítico del Estado en algunos países²¹⁰, para luego desarrollar una tabla comparativa con base en parámetros definidos.

I. EL CASO DE CHILE

1. No existe a nivel legal, como regla general, un reconocimiento expreso de la aplicabilidad de los derechos humanos en materia disciplinaria. En cambio, a nivel constitucional se establece que las garantías contempladas en tratados

²⁰⁹ PANTOJA BAUZA, ROLANDO, Estatuto Administrativo Interpretado, Actualizado, coordinado y sistematizado, Tomo II, 7ª edición actualizada, 2007, p. 1010 “En el Estatuto Administrativo vigente, la rendición de prueba en el sumario es un derecho que el legislador ha establecido en favor del inculcado...”.

²¹⁰ El criterio para la elección de ellos fue que tuviesen más de 17 millones de habitantes.

internacionales en esta materia constituyen una limitación a la soberanía, por lo que no se podrían dictar normas ni sentencias en contradicción o incumplimiento de ellas;

2. Por lo mismo, si bien han sido ratificados los tratados e incorporados por ello formalmente al ordenamiento positivo, el ente superior de control en sede administrativa, la Contraloría General de la República, ha lentamente reconocido garantías tanto sustantivas²¹¹ como procesales²¹² de los investigados en sede disciplinaria.

Por lo mismo y siendo tradicionalmente más garantistas, se han aplicado supletoriamente las normas penales, al carecer de muchas normas expresas en materia administrativa general y/o disciplinaria²¹³.

3. La dispersión de las normas que contemplan tanto figuras sancionables en sede administrativa en general como en particular (tipos específicos), como formas de sustanciar los procedimientos administrativos disciplinarios.

²¹¹ Extrapolación de atenuantes de responsabilidad penal aplicables en materia administrativa.
²¹² Chile: Contraloría General de la República, dictamen 24.733 de 21 de abril de 2011, reconoce el derecho a que abogado esté presente en declaración indagatoria en el sumario administrativo. En este punto, cabe advertir que la jurisprudencia de este origen, manifestada, entre otros, en los dictámenes N°s. 15.643, de 2007; 60.547, de 2008; 2.361, 9.499 y el citado 68.345, todos de 2009, ha reconocido la aplicación, en el ámbito disciplinario, del derecho a la defensa jurídica y, en lo que interesa en este caso, del derecho al debido proceso, garantía constitucional a la que alude la exigencia formulada a la Administración en el referido artículo 18 de la ley N° 18.575. Lo anterior concuerda con el criterio expresado en los dictámenes N°s. 28.226, de 2007; 62.188, de 2009 y 65.120, de 2010, de esta Entidad Fiscalizadora, en el sentido que los preceptos de derecho público relativos a las libertades y garantías de las personas han de ser interpretados extensivamente, debiendo entenderse, con fundamento en ello, que el cumplimiento a los apuntados estándares de racionalidad y justicia requiere que los procedimientos disciplinarios aseguren las condiciones necesarias para que los funcionarios públicos desplieguen una debida defensa ante la posibilidad de que durante su progreso se les formulen cargos, lo que implica garantizar, entre otros aspectos, que en sus comparecencias en la etapa indagatoria se les permita la asistencia de su abogado, cualquiera sea la calidad en que se solicite su declaración.

Ahora bien, resulta conveniente aclarar que la presencia del abogado del declarante no obsta al carácter secreto de la etapa indagatoria de los sumarios administrativos previsto por el inciso segundo del artículo 137 del Estatuto Administrativo, toda vez que si bien en virtud de dicho secreto se limita el conocimiento del expediente administrativo respectivo, ello no puede constituir un impedimento para el ejercicio del derecho que se examina.

Por lo tanto, y atendidas las consideraciones expuestas, corresponde concluir que el funcionario público llamado a declarar durante la etapa indagatoria de un sumario regido por el Estatuto Administrativo, tiene derecho a comparecer asistido por su abogado. El destacado fue agregado por el autor de este artículo.

²¹³ Chile: Tribunal Constitucional, sentencia de 27 de diciembre de 1996, rol 244, sobre proyecto de ley que modifica la Ley de Caza, considerando 9°: “ los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución Política de la República han de aplicarse, por regla general, al derecho administrativo sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del ius puniendi propio del Estado”..

4. Todo lo anterior ha repercutido en que exista una suerte de “jurisprudencia lotérica”²¹⁴, con interpretaciones variopintas, lo que además de atentar contra la igualdad ante la ley al contar con diversas respuestas para problemas similares, fomenta el litigio ante la falta de claridad, repercutiendo en incertidumbre para los justiciables.

5. La situación se ve agravada por la ausencia de un tratamiento sistémico del fenómeno de lo contencioso administrativo en términos generales, pues contamos con a lo menos 120 procedimientos específicos y más de 1000 de tipo administrativo, de competencia de los más diversos tribunales (policía local, civil, tributario y aduanero, garantía, del trabajo, Corte de apelaciones, Corte suprema, consejo para la transparencia, tribunal electoral, tribunal calificador de elecciones). Algunas de estas regulaciones se refieren a materias disciplinarias.

6. Existe un régimen general, supletorio, de determinación de responsabilidad disciplinaria, por medio de un “sumario”. o “investigación sumaria”, dependiendo de la cuantía de la sanción eventual. El primero está a cargo de un fiscal y apoyado por un actuario, en cambio la otra opción solo cuenta con un investigador.

En ellos las garantías del funcionario público investigado no están clara y sistémicamente expuestas, conservando un carácter altamente inquisitivo. Por ejemplo:

- Es obligación del funcionario a quien se pueden eventualmente en forma posterior formular cargos que deponga o declare en la fase investigativa;
- No se contempla la posibilidad de publicidad durante la investigación, así como tampoco de solicitar diligencias investigativas en esa fase;
- Nada se señala respecto de la posibilidad de formular un contrainterrogatorio respecto de los testigos de cargo y un interrogatorio de los testigos propios;
- No existe una fase de alegatos u observaciones a la prueba producida;
- Al efecto, el Estatuto Administrativo nada indica respecto de la posibilidad de condenar con el solo mérito de la declaración del funcionario investigado;
- No se contempla la posibilidad de cuestionar la propuesta de resolución formulada por el fiscal o investigador;

²¹⁴ DINAMARCO, CÂNDIDO RANGEL. Instituições de direito processual, Malheiros, São Paulo, Brasil, 5ª edición, 2004, v. 1, p. 15.

- En cuanto al régimen recursivo, hay que distinguir si se trata de un ente desconcentrado o descentralizado.

En el primero, las funciones están físicamente desarrolladas en una localidad fuera de aquella donde se encuentra la autoridad facultada para realizar el nombramiento o destitución. En ese caso, la autoridad superior local resuelve y respecto de su resolución se puede interponer un, inoficioso en términos prácticos, recurso de reposición y en subsidio un recurso jerárquico para la autoridad central.

En el segundo supuesto, ente descentralizado, como quien resolverá el procedimiento disciplinario es el jefe de servicio, solo se permite el recurso jerárquico.

De esa resolución se puede reclamar la infracción de aspectos de fondo y forma ante la Contraloría General de la República a nivel regional.

Aun cuando no hay norma expresa que lo establezca, en la práctica con una suerte variable, se interponen reconsideraciones ante el Contralor General de la República en la capital del país.

En algunos casos se impugnan vía tutela constitucional, de conocimiento en primer grado de las Cortes de apelaciones y segundo por la Corte Suprema, lo resuelto de forma definitiva en sede administrativa, con suerte diversa.

En otros casos, se impugna en sede judicial básicamente nulidad de derecho público, ante juzgados civiles, sin que existan normas expresas o pretensiones específicas con esa denominación. Producto de diferentes concepciones del derecho, las respuestas también son muy disímiles.

A todo lo anterior se suma que el ente de control ha aceptado reiteradamente que por vía reglamentaria se pueden regular procedimientos disciplinarios²¹⁵.

2. EL CASO DE ARGENTINA

1. A diferencia de Chile, que es un país unitario, la República Argentina al ser federal, tiene regulaciones administrativas tanto federal como provincial, que son muy diversas;

2. Para efectos del reclamo en sede judicial de lo resuelto en sede disciplinaria, es necesario considerar que 17 de 28 provincias tienen exclusivamente

²¹⁵ Chile: Contraloría General de la República, dictamen 42701 de 17 de julio de 2012, “Sobre el particular, se debe anotar que tratándose de aquellos servidores contratados bajo las reglas del Código del Trabajo, como es el caso del señor Fuentes Jorquera, la concurrencia de alguna causal que autorice el término de la relación laboral, debe ser establecida a través del procedimiento disciplinario regulado por el artículo 47 del decreto N° 603, de 2004, del Ministerio de Obras Públicas, tal como lo dispone el artículo 53 de este cuerpo reglamentario”. El destacado fue agregado por el autor de este artículo.

radicadas las competencias contencioso administrativas solo en el Tribunal Superior Provincial²¹⁶, lo que claramente afecta el derecho al recurso contemplado en el Pacto de San José de Costa Rica;

3. Considerando lo anterior, los asuntos que pueden ser de conocimiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Federal) son muy escasos pues tiene que existir una cuestión de infracción de normas federales y en particular de la Constitución Nacional. Por ello, el reconocimiento que se ha ido progresivamente realizando, ha sido básicamente en materia penal, sin ampliarlo expresamente a materias contencioso administrativas y disciplinarias en particular;

4. En el caso de la provincia de Buenos Aires, es necesario realizar las siguientes consideraciones:

- La instrucción del sumario, además de ser sustanciada por un funcionario de grado igual o superior al investigado, debe ser llevada a cabo por un abogado, escribano o procurador. Se puede solicitar el nombramiento de un secretario letrado de ser necesario;
- Al igual que en Chile, ellos pueden ser recusados;
- La confesión hace prueba suficiente en contra del funcionario investigado y no puede ser dividida en perjuicio del declarante, aun cuando no se le puede tomar juramento o promesa;
- El investigado no puede ser obligado a carearse con testigos;
- La sustanciación la realiza un ente central de la administración de personal de la provincia, la Dirección de Sumarios, que depende de la Dirección provincial de personal de la provincia de Buenos Aires;
- Una vez concluida la investigación y antes que decida, se debe oír el dictamen obligatorio pero no vinculante de la junta de disciplina, formada por funcionarios de carrera y si se arriesga una salida expulsiva además la asesoría general del gobierno y la Fiscalía de Estado.

3. LA SITUACIÓN DE BRASIL

1. Al igual que el caso de Argentina, Brasil es un Estado federal (en rigor federativo) donde coexisten normativas de carácter federal, estadual y local, lo que impone considerar los diversos niveles para aplicar las regulaciones;

²¹⁶ Tesina de Maestría en Derecho Procesal, de LUCERO, GUSTAVO, "HACIA EL EXAMEN INTEGRAL DE LAS SENTENCIAS DICTADAS EN LOS PROCEDIMIENTOS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVOS. EL CASO DE LAS PROVINCIAS ARGENTINAS", Neuquén, Argentina, 2012, en corrección por el autor de este artículo.

2. Al igual que en Chile, Brasil carece de tribunales especializados en materia contencioso administrativa.

Sin embargo, en materia administrativa disciplinaria contemplan la Improbidad administrativa, donde se tipifican casos civiles y penales²¹⁷.

Además de ella, se contempla la posibilidad de procedimientos disciplinarios sustanciables ante una comisión en sede administrativa. En ella el imputado debe declarar y su apoderado puede presenciar su testimonio.

3. Tiene una regulación formal pero que no contempla, salvo respecto de la posibilidad de inhabilitar a los investigadores y de rendir prueba, referencias a aspectos sustantivos ni procesales de derechos humanos.

4. LA SITUACIÓN DE PERÚ

En el caso particular del Perú debe tener presente que su texto constitucional ha reconocido expresa, clara y ampliamente los derechos y garantías de los tratados internacionales de derechos humanos²¹⁸, permitiendo su uso en términos generales.

²¹⁷ Brasil, Ley 8429 de 2 de junio de 1992.

²¹⁸ Constitución de Perú, artículo 139 Son principios y derechos de la función jurisdiccional: ...

3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.

Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación.

4. La publicidad en los procesos, salvo disposición contraria de la ley.

Los procesos judiciales por responsabilidad de funcionarios públicos, y por los delitos cometidos por medio de la prensa y los que se refieren a derechos fundamentales garantizados por la Constitución, son siempre públicos.

5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan.

6. La pluralidad de la instancia.

9. El principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos.

10. El principio de no ser penado sin proceso judicial.

11. La aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales.

12. El principio de no ser condenado en ausencia.

13. La prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada. La amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada.

14. El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún Estado del proceso. Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o las razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por este desde que es citada o detenida por cualquier autoridad.

15. El principio de que toda persona debe ser informada, inmediatamente y por escrito, de

Llama la atención que:

- también el procedimiento se encuentre a cargo de un ente colegiado: comisión de procesos administrativos disciplinarios y
- no se encuentran tipificadas las infracciones administrativas, pero se establecen parámetros para configurarlas.

5. LA SITUACIÓN DE VENEZUELA

Venezuela, en 2011 estrenó nueva judicatura y normas contencioso administrativas, que tienen competencia para conocer de impugnaciones en materia disciplinaria luego de finalizada la fase administrativa.

Sin embargo, dicho país se ha negado a cumplir las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dejando –en la práctica– en una situación supeditada a la autoridad de turno la eficacia de las garantías contempladas en los tratados de derechos humanos que pudieran ser cometidas en su territorio.

A pesar de ello, la Constitución en su artículo 49²¹⁹ contempla una serie de derechos procesales y procesales penales en general, similares a las que hemos analizado.

las causas o razones de su detención

16. El principio de la gratuidad de la administración de justicia y de la defensa gratuita para las personas de escasos recursos; y, para todos, en los casos que la ley señala.

18. La obligación del poder ejecutivo de prestar la colaboración que en los procesos le sea requerida. ...

20. El principio del derecho de toda persona de formular análisis y críticas de las resoluciones y sentencias judiciales, con las limitaciones de ley...”

²¹⁹ “El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia:

1. La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo Estado y grado de la investigación y del proceso. Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga, de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa. Serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso. Toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo, con las excepciones establecidas en esta Constitución y la ley.

2. Toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario.

3. Toda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de proceso, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente, por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad. Quien no hable castellano o no pueda comunicarse de manera verbal, tiene derecho a un intérprete.

4. Toda persona tiene derecho a ser juzgada por sus jueces naturales en las jurisdicciones ordinarias, o especiales, con las garantías establecidas en esta Constitución y en la ley. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio sin conocer la identidad de quien la juzga, ni podrá ser procesada por tribunales de excepción o por comisiones creadas para tal efecto.

5. Ninguna persona podrá ser obligada a confesarse culpable o declarar contra sí misma, su

IX. INCIDENCIA DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO EN EL DERECHO DISCIPLINARIO

Como el Derecho Internacional Humanitario se ha incorporado, al igual que los Derechos Humanos, en el derecho interno, sea que se hayan o no dictado leyes que lo reglamenten, debe aplicarse por todos los funcionarios del Estado.

Como las situaciones donde se pueden configurar eventuales infracciones a esta subrama del derecho se presentan básicamente en escenarios de guerra²²⁰ externa o conflicto armado interno, lo más probable es que sean militares o policías quienes puedan cometer hechos eventualmente sancionables por esta materia.

Siendo ellos, desde un punto de vista material, funcionarios públicos, debe aplicárseles un régimen similar o al menos con la misma cantidad y tipo de garantías sustantivas y formales respecto de las demás personas que se desempeñan para el Estado.

En Colombia, de hecho la ley es clara, el Código Disciplinario Único lo dispone expresamente en el artículo 48 N° 7, en relación a la ley 171 de 1994 que incorpora el Protocolo Adicional II de los Convenios de Ginebra²²¹.

cónyuge, concubino o concubina, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.

La confesión solamente será válida si fuere hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

6. Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes.

7. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgada anteriormente.

8. Toda persona podrá solicitar del Estado el restablecimiento o reparación de la situación jurídica lesionada por error judicial, retardo u omisión injustificados. Queda a salvo el derecho del o de la particular de exigir la responsabilidad personal del magistrado o de la magistrada, del juez o de la jueza; y el derecho del Estado de actuar contra estos o estas”.

²²⁰ En el caso de Colombia, como lo ha señalado la Corte Constitucional, “[...] Una interpretación histórica de la disposición sub examine arroja como resultado que fue la voluntad del legislador sancionar de manera más severa los comportamientos de los funcionarios públicos que lesionasen de manera más grave la ética y la moralidad del ejercicio de la función pública y aquellos que constituyesen un atentado contra los derechos humanos y las reglas del derecho internacional humanitario”. Disponible en sitio <http://www.Corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-1076-02.htm> Consultado el 4 de agosto de 2012.

²²¹ YATE CHINOME, DIOMEDES, Ob. cit., pp. 72 y 73.

C. CONCLUSIONES

COMENTARIOS

Del análisis comparativo de las legislaciones de los principales países latinoamericanos respecto de determinadas garantías sustantivas y procesales de Derechos Humanos, se puede constatar que no todos cumplen los estándares establecidos por los tratados y por la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

Respecto del mismo análisis anterior, aterrizado al Derecho Internacional Humanitario, se constata que normativamente la situación es de reconocimiento formal de los tratados internacionales de derechos fundamentales, pero sin que ello se concrete en leyes.

PROPUESTAS

A modo de corolario, estimo que el sistema de derecho disciplinario de los países cuyas normativas se analizaron, debieran modificarse en los siguientes aspectos:

1. Crear un ente público, autónomo constitucional, que se encargue de la prevención de infracciones a los Derechos Humanos en general, investigación de ellos y persecución de responsabilidades en el ámbito general de los ciudadanos y en particular en el derecho administrativo respecto de los funcionarios, una suerte de defensoría del pueblo u Ombudsman. Esta referencia es fundamentalmente respecto de Chile, pues las demás cuentan con una institucionalidad semejante a la descrita;
2. Capacitar a los operadores administrativos para que se utilicen en la práctica los principios de los procedimientos administrativos, tanto generales como en materia disciplinaria. Fundamentalmente debieran implementarse todos aquellos que derivan del bloque de constitucionalidad que todos los países han ratificado vía tratados internacionales y jurisprudencia de los tribunales internacionales de Derechos Humanos. Dentro de ellos el debido proceso –con todos los aspectos ya indicados– y el informalismo procedimental pro persona;
3. Permitir una mayor y real participación ciudadana en el inicio, desarrollo, prueba e impugnación de los procedimientos administrativos, en particular los disciplinarios, toda vez que el bien jurídico protegido es la correcta realización de los fines del Estado, lo que en alta política

sería el gobierno del país que involucra o interesa a todos, por ejemplo mediante la figura de un querellante;

4. Se deben implementar sistemas de monitoreo del respeto, tanto de los Derechos Humanos en materia militar, policial y al interior de los recintos penitenciarios, como que dichas fuerzas respeten todo el régimen de Derecho Internacional Humanitario.

Para ello es indispensable que en operativos militares²²² y policiales²²³ se lleve a cabo un reporte completo por parte de entes de Derechos Humanos para evitar que las fuerzas se aparten de los protocolos al estar siendo grabado y cubierto por la prensa, así como también servir de pruebas –eventualmente exculpatorias– ante denuncias de irregularidades.

5. Corregir el lenguaje de algunas normas que semánticamente aparecen como²²⁴ poco respetuosos de la presunción de inocencia.

BIBLIOGRAFÍA

I. Libros

Brito Ruiz, Fernando, *Procedimiento Disciplinario*, IEMP Ediciones, Bogotá, Colombia, 3ª edición, 2010.

Cabral, Pablo O. y Schreginger, Marcelo J., *El Régimen de Empleo Público en la Provincia de Buenos Aires*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2009.

Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, tomo II, Palestra Editores, Lima, Perú, 2010.

Celis Danzinger, Gabriel y NANCY BARRA GALLARDO, *Manual de Responsabilidad Administrativa*, Editorial Puntotext, Santiago, Chile, 2009.

Contraloría General de la República, *Estatuto Administrativo Interpretado, Concordado y Comentado*, Santiago, Chile, 2008.

Da Costas, José Armando, *Direito Administrativo Disciplinar*, Editora Método, São Paulo, Brasil, 2ª edición, 2009.

²²² Pensemos en el enfrentamiento del Ejército con las FARC en Colombia.

²²³ Lo que está ocurriendo en Chile con los procedimientos en la denominada “zona roja del conflicto mapuche”, en las Regiones del Sur (Bío Bío, Araucanía, de Los Ríos y de Los Lagos).

²²⁴ Llama la atención la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos de México, que en su artículo 64. “La Secretaría impondrá las sanciones administrativas a que se refiere este Capítulo mediante el siguiente procedimiento: I.- Citará al presunto responsable [...]”. Como está planteado parece que el objetivo es imponer sanciones y no investigar objetivamente los hechos irregulares que presuntamente se habrían cometido.

Dinamarco, Cândido Rangel, *Instituições de direito processual*, Malheiros, São Paulo, Brasil, 5ª edición, 2004.

Flores Dapkevicius, Derecho Penal Administrativo. El Procedimiento Disciplinario, Editorial y Librería Jurídica Amalio M. Fernández, Montevideo, Uruguay, 3ª edición, 2009.

Forero Salcedo, José Rory, Fundamentos constitucionales de la potestad disciplinaria del Estado Colombiano. La influencia del Derecho comparado, Universidad Libre, Bogotá, Colombia, 2011.

Lucero, Gustavo, “Hacia el examen integral de las sentencias dictadas en los procedimientos contencioso administrativos. el caso de las provincias Argentina”, Neuquén, Argentina, 2012.

Mejía Ossman, Jaime, y Roa Salguero David Alonso, Asuntos disciplinarios IV. Las relaciones especiales de sujeción en el derecho. “Reflexiones a partir del principio de legalidad y de la restricción de derechos fundamentales”, Ediciones jurídicas Axel, Bogotá, Colombia, 2011.

Ossa Arbeláez, Jaime, Derecho administrativo sancionador, una aproximación dogmática, Legis, Bogotá, Colombia, 2ª edición, 2009.

Román Cordero, Cristian, El castigo en el derecho administrativo, derecho y humanidades, No. 16 vol. 1, 2010, pp. 155-171, Santiago, Chile.

Santamaría Pastor, Juan Alfonso, Principios de Derecho Administrativo General, Tomo II, 2ª edición, 2009, Iustel, Madrid, España.

Soto Kloss, Eduardo, “Derecho Administrativo Penal. Notas para el estudio de la potestad sancionadora de la Administración”, en Boletín de Investigaciones, N° 44 /45, 1979/1980, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, Chile, p. 95 y ss.

Yate Chinome, Diomedes, Tendencias y proyecciones de la Ley disciplinaria al amparo de los principios rectores, Instituto de Estudios del Ministerio Público, Bogotá, Colombia, 2008.

II. Documentos obtenidos de fuentes virtuales

Los convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949

<http://www.icrc.org/spa/assets/files/publications/convenios-gva-esp-2012.pdf>

Protocolos Adicionales I y II a los Convenios de Ginebra de 1949, página consultada el 3 de agosto de 2012

http://www.cicr.org/spa/assets/files/other/factsheet_spa_web.pdf

Mejorar el respeto del Derecho Internacional Humanitario en los conflictos armados no internacionales, consultada el 3 de agosto de 2012

http://www.icrc.org/spa/assets/files/other/icrc_003_0923.pdf

Dictámenes de la Contraloría General de la República, consultada el 4 de agosto de 2012

<http://www.contraloria.cl/LegisJuri/DictamenesGeneralesMunicipales.nsf/FrameSetConsultaWebAnonima?OpenFrameset>

Formación Especializada en Investigación, Juzgamiento y Sanción de Violaciones a los Derechos Humanos e Infracciones al Derecho Internacional Humanitario III, en página consultada el 4 de agosto de 2012

<http://www.derechoshumanos.gov.co/Prensa/Publicaciones/FormacionEspecializadaIII.pdf>

Estadísticas de población de la Provincia de Buenos Aires, Argentina

http://www.ec.gba.gov.ar/Estadistica/censo2010/Provincia2010_Definitivos.pdf consultada el 8 de agosto de 2012.

III. Sentencias y dictámenes

Corte Constitucional de Colombia, rol C-1076-2002, disponible en <http://www.Corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-1076-02.htm>

Contraloría General de la República, dictámenes

-24.733 de 21 de abril de 2011

- 42701 de 17 de julio de 2012

- 59462 de 20 de septiembre de 2011

- 14571 de 22 de marzo de 2005

- 65481 de 17 de octubre de 2011

Consultados en

<http://www.contraloria.cl/LegisJuri/DictamenesGeneralesMunicipales.nsf/FrameSetConsultaWebAnonima?OpenFrameset>

VÍCTIMAS EN EL PROCESO DISCIPLINARIO

RAFAEL JOSÉ DURÁN MANTILLA*

** Procurador Delegado Disciplinario
para la Defensa de los Derechos Humanos*

I. ACERCAMIENTO AL TEMA DE LAS VÍCTIMAS EN LA JUSTICIA

II. LAS VÍCTIMAS EN EL PROCESO DISCIPLINARIO

III. CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

I. ACERCAMIENTO AL TEMA DE LAS VÍCTIMAS EN LA JUSTICIA

El concepto de víctima ha sufrido una evidente evolución en el derecho penal, de donde pasó al derecho disciplinario. Se puede afirmar que el llamado derecho de las víctimas, que no es más que la visión del derecho desde la *perspectiva de las víctimas* (así como existe la perspectiva de género) ha aparecido y se ha desarrollado en las últimas décadas y que ese notable desarrollo, que se instala principalmente en el derecho penal, ha generado un movimiento que hoy en día constituye un paradigma transversal del derecho.

Hoy podemos hablar de un área de las llamadas ciencias sociales conocida como *victimología*, que consistiría en el conjunto de teorías y normas que se refieren a los derechos de las víctimas de unas conductas especialmente lesivas de la dignidad humana, y que se mueve entre el derecho, la política (como disciplina), la sociología, incluso la filosofía y todas las técnicas auxiliares. Estamos pues ante una visión novedosa de las víctimas transversal a unos derechos y pretensiones y a todo el derecho y la política. Esta visión nos permite tratar el tema de las víctimas en el derecho disciplinario como asunto obligado por las modificaciones y perspectivas (aunque problemáticas) que abre en materia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario.

BREVE COMENTARIO SOBRE LA EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE VÍCTIMA

Las víctimas, hasta hace pocos años, tenían una limitada participación en el proceso penal. Esto era motivado por dos razones principales: porque la realización de la justicia concernía a la comunidad política toda y por tanto se entendía necesaria para el bien común, y porque en ese contexto se buscaba evitar prácticas motivadas por la venganza o la retaliación personal y, en general, no dar cabida a una visión privatizada de la justicia.

Dentro de esa concepción tradicional, la víctima solo podía concurrir al proceso con el fin de defender una pretensión patrimonial, es decir, buscando el resarcimiento económico por los perjuicios causados con la conducta delictiva. Claro, la pretensión de justicia corresponde no solo a esos perjudicados sino a toda la comunidad. Por ello no se consideraba necesaria una participación que implicara una pretensión privada en el ejercicio de la acción penal.

El llamado neo-constitucionalismo trajo, entre otras muchas consecuencias, un replanteamiento de esa concepción y se consideró que las víctimas tenían otros intereses

directos en los procesos penales, además del interés patrimonial. Tales intereses debían ser protegidos a través de unos derechos que surgieron y que se han ido estableciendo poco a poco como fundamentales de carácter jurisprudencial.

La Corte Constitucional en sentencia C-228 de 2002, al declarar la exequibilidad condicionada de unas normas del Código de Procedimiento Penal, estableció que las víctimas dentro del proceso penal debían tener mayor participación y les correspondía el derecho a la justicia, el derecho a la verdad y el derecho a la reparación integral²²⁵.

De esta manera, siguiendo una tendencia mundial, se dio un giro de 180° frente al papel de las víctimas en el proceso penal y se institucionalizó la llamada perspectiva de víctimas en la justicia.

Se entendió que la víctima podía estar interesada solamente en la verdad o la justicia sin pretender indemnización pecuniaria, razón por la cual era necesaria la ampliación del modelo procesal para tales efectos.

Pero en últimas, sus derechos a ingresar y participar con importantes prerrogativas en los procesos responde, no a un cambio completo de los principios jurídicos que fundamentan y estructuran los ordenamientos sino que se debe a una decisión política transversal, que se erige y se justifica en el marco de las acciones afirmativas. Es decir, se puede explicar, como se verá más adelante, desde la teoría de las acciones afirmativas.

Una acción afirmativa es la concreción en una decisión de variada índole, de una discriminación positiva. Esta tiene por objeto, según lo que ha dicho la doctrina especializada, corregir la exclusión o desigualdad histórica generada por una determinada discriminación negativa²²⁶. Por su naturaleza política son los Estados los encargados de aplicar este tipo de medidas de diferenciación positiva que buscan afirmar unos ciertos derechos.

Estos mecanismos utilizados para “compensar y revertir formas de discriminación negativa sobre las categorías sociales vulnerables”²²⁷ coincidirían con

²²⁵ 1. El derecho a la verdad, esto es, la posibilidad de conocer lo que sucedió y en buscar una coincidencia entre la verdad procesal y la verdad real. Este derecho resulta particularmente importante frente a graves violaciones de los derechos humanos.

2. El derecho a que se haga justicia en el caso concreto, es decir, el derecho a que no haya impunidad.

3. El derecho a la reparación del daño que se le ha causado a través de una compensación económica, que es la forma tradicional como se ha resarcido a la víctima de un delito.

²²⁶ SEGATO, Rita. Racismo Discriminación y Acciones Afirmativas. Fondo de publicaciones Universidad Católica del Perú, Lima, 2007. Disponible el 15 de julio de 2012 en: <http://red.pucp.edu.pe/ridei/files/2011/08/Educacion-en-ciudadania.pdf>

²²⁷ SEGATO, Rita. Racismo Discriminación y Acciones Afirmativas. Fondo de publicaciones Universidad Católica del Perú, Lima, 2007. Disponible el 15 de julio de 2012 en: <http://red.pucp.edu.pe/ridei/files/2011/08/Educacion-en-ciudadania.pdf>

la perspectiva de víctimas, ya que se caracterizan por no atender un criterio funcional u orgánico dentro del sistema normativo, o incluso no corresponder al principio liberal de igualdad, al tradicional de equidad, sino que superan tales supuestos ordinarios y se instalan de manera extraordinaria en una normatividad o sustancialidad jurídica, aplicando una lógica política afirmativa y prevalente.

ASPECTOS POLÉMICOS DE LA PERSPECTIVA DE VÍCTIMAS

Sobre estos puntos hay aspectos que resultan controversiales y que por lo menos deben dejarse planteados como prisma para analizar el tema que sigue.

El profesor Álvaro D’Ors considera que la victimología es una de las consecuencias de la que denomina crisis del derecho penal²²⁸ y que hace consistir en la pérdida de la noción de culpa delictual y de pena. En este sentido, la victimología sería el natural efecto de centrar el derecho penal en las necesidades de la víctima y no en la necesidad social de imponer un castigo con base en el concepto de culpabilidad, forma en que la sociedad toda restauraba la armonía o paz inicial perdida por el delito. La victimología siempre estaría orientada a un fin indemnizatorio, pues la sociedad bajo esta óptica debe responder por permitir el sufrimiento de uno de sus asociados, ya que ante la pérdida de la noción de culpa, la sociología traería la idea de “culpa socia”. Así, con la privatización habría un riesgo de potencializar la venganza, que es personal, en vez de la justicia que es común.

Otro aspecto relevante es el relativo a la presunción que se hace de la condición de víctimas cuando en los procesos penales o disciplinarios se demuestra la calidad de víctima formalmente y con los derechos a que da lugar, cuando en realidad todavía no se ha emitido el juicio de responsabilidad que da como resultado la existencia de un victimario. Suele plantearse la siguiente discusión: para que pueda haber víctima se requiere un victimario y para que haya victimario se requiere una decisión que lo declare responsable de una conducta violatoria de los DD.HH. o el DIH; entonces, sin, por lo menos, juicio de responsabilidad positivo no podría existir una víctima en sentido propio. Esto conlleva un interrogante más profundo: ¿tiene los mismos derechos una persona que mediando un proceso judicial ha sido encontrada víctima de una conducta que viola gravemente los DD HH o el DIH, que una persona respecto de la cual no existe certeza sobre la ilicitud de la conducta que conlleva tal condición? ¿Qué pasa

pucp.edu.pe/ridei/files/2011/08/Educación-en-ciudadanía.pdf

²²⁸ D’ORS Álvaro. La crisis del derecho penal. Revista *Verbo* 243-244. P. 373.

con las supuestas víctimas que no fueron finalmente objeto de una conducta ilícita sino legítima?

Sin duda, estas ideas hacen parte del arte de la cuestión y su reflexión puede hacerse a partir del abordaje de tópicos específicos como el que se tratará a continuación.

II. LAS VÍCTIMAS EN EL PROCESO DISCIPLINARIO

I. SENTENCIA C-014 DE 2004

Sobre el tema particular del papel de las víctimas en el proceso disciplinario, es punto de referencia necesario la sentencia C-014 de 2004, la cual se erigió como sentencia hito en la materia, y que resulta conveniente repasar a continuación:

NATURALEZA DEL PROCESO DISCIPLINARIO

El primer punto que corresponde considerar es el relativo al contexto jurídico-procesal en el cual se va a ubicar una perspectiva de víctimas: el derecho disciplinario, que no es solamente un derecho positivo concretado en un conjunto de normas y cuyo fundamento se encuentra igualmente en unas normas superiores y legales.

El derecho disciplinario puede entenderse como la proporción justa en las relaciones que surgen entre las personas y las exigencias y deberes propios de la función pública y que se expresa en las normas que conforman el derecho positivo disciplinario que surge de aquel y se fundamenta en una facultad sancionatoria del Estado que encuentra en dichos deberes su especificidad frente al derecho penal. La jurisprudencia y la doctrina suelen explicar esos deberes surgidos de la función pública como un *vínculo de sujeción*, que sería *especial*²²⁹ frente a los vínculos ordinarios de los ciudadanos en la demás relaciones.

Se puede aseverar que el derecho disciplinario se define por el concepto de deber funcional, el cual encuentra su fundamento en el cumplimiento que las personas vinculadas a la función pública hacen de los fines del Estado. Esos fines de la organización política, expresados en el artículo 2 de la Constitución, exigen que quienes tengan a su cargo, de manera especial su cumplimiento, se ciñan a lo establecido en la Constitución, la ley y los reglamentos y tengan responsabilidad por sus acciones y además por omisión y extralimitación en el ejercicio de sus funciones²³⁰.

²²⁹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-014 de 2004.

²³⁰ Constitución Política, artículo 6.

Esta rápida conceptualización del derecho disciplinario permite ubicar concretamente ¿Cómo pueden participar las personas en el proceso disciplinario? Y más exactamente, cuál es la forma en que se puede entender la apertura de este proceso a la realidad de las víctimas.

LAS PERSONAS EN EL PROCESO DISCIPLINARIO

Las calidades que pueden tener las personas en el proceso disciplinario son diversas. Se puede acudir en primer lugar a la categoría genérica de interviniente.

En principio, y de acuerdo con los lineamientos que trae la Ley 734 de 2002, serían intervinientes en el proceso disciplinario:

La autoridad administrativa o judicial que adelanta el proceso,

Los sujetos procesales y

El quejoso.

No es necesario profundizar en la autoridad disciplinaria como interviniente pero sí en la categoría de sujetos procesales. Tienen tal calidad:

El investigado y su defensor y

El Ministerio Público cuando se constituye como tal en ejercicio de la potestad de vigilancia administrativa (artículo 89 Ley 734 de 2002).

El quejoso sería el ciudadano que tiene la posibilidad de poner en movimiento el aparato procesal disciplinario y que tendría algún interés en la sanción de las faltas disciplinarias, no en vano el derecho disciplinario protege la función pública como bien público y por ello concerniente a todos los ciudadanos. La Corte Constitucional ha hecho énfasis en las diferencias existentes entre el quejoso y la víctima. Esta última más cercana al derecho penal.

LAS VÍCTIMAS NO SON INTERVINIENTES

Dentro de este marco inicial, que es el marco normativo dentro del cual se concibió el proceso disciplinario en el año 2002, las víctimas de una conducta ilícita podrían tener cabida en tal proceso en calidad de quejosos. Ese estatuto normativo inicialmente previsto por el legislador que, como se sabe, responde no solo a su capricho sino a los principios, nociones y conceptos recogidos del ámbito jurídico, efectivamente permitía, en alguna medida, la actuación de esas personas, aunque sin la motivación y perspectiva propias de la victimología.

De esta manera, prevalidos de la calidad de quejosos, las víctimas tendrían derecho a i) presentar y ampliar la noticia disciplinaria, ii) aportar los elementos

probatorios que estén en su poder, iii) ser comunicados y notificados de ciertas decisiones y iv) recurrir el archivo o el fallo absolutorio.

Nótese que bajo la hipótesis de intervención de una víctima en calidad de quejoso, esta tendría efectivos derechos dentro del proceso. Aunque su participación es menor a la de los sujetos procesales, no es despreciable la capacidad de aportar pruebas o recurrir la decisión de archivo y el fallo absolutorio.

La Corte Constitucional reiteró, de manera clara y precisa, en la Sentencia C-014, que en el proceso disciplinario no hay víctimas, puesto que:

«como la imputación disciplinaria no precisa de la vulneración de un bien jurídico, entendida tal vulneración como causación de un daño concreto o como la producción de un resultado materialmente antijurídico, no es posible afirmar la concurrencia de una persona afectada con la comisión de la falta. De allí que, en estricto sentido, en el proceso disciplinario no exista una persona afectada con la comisión de la ilicitud disciplinaria y que no sea posible legitimar a una persona para que intervenga en el proceso planteando un interés directo y alentando unas pretensiones específicas»²³¹.

Este mismo planteamiento se entiende desde la fundamentación ética del derecho disciplinario, dado que como también lo afirma la Corte “el contenido de injusticia de la falta se agota en la infracción de los deberes funcionales que le asisten al sujeto disciplinable”²³², en otros términos, el derecho disciplinario al fundamentarse en el vínculo entre la persona que ejerce funciones públicas y Estado, que se concreta esencialmente en los deberes del sujeto disciplinable, no mira la relación que naturalísimamente existe con posibles afectados por la conducta que bajo este marco está determinada como falta disciplinaria independiente y autónomamente de su eventual naturaleza delictual.

En suma, la Corte concluye que las víctimas “no pueden concurrir al proceso disciplinario pues este, por definición, remite a una imputación que se basa en la infracción de deberes funcionales y no en la vulneración de derechos de terceros”²³³. Además de esto, debe tenerse en cuenta que dentro de la concepción de los fines del Estado, plasmada en la Constitución vigente, se previó que la justicia penal ordinaria e incluso la contencioso-administrativa permitieran la defensa de los intereses de las víctimas y perjudicados con las conductas injustas, especialmente aquellas

²³¹ Corte Constitucional de Colombia. C-014 de 2002.

²³² *Ibidem*.

²³³ *Ibidem*.

altamente lesivas de los derechos. En este sentido cabe recordar, desde el punto de vista del constitucionalismo, las instituciones se justifican desde la perspectiva de los derechos y libertades y la justicia ordinaria tiene esa función principal. Por el contrario, la justicia disciplinaria se identifica con un marco axiológico específico, en el cual se conserva el principio de la función pública.

Esta previsión también responde a la naturaleza del derecho penal que antes que proteger bienes jurídicos, fundamentalmente reprocha y sanciona conductas socialmente inaceptables que por su injusticia engloban aquellas en las que actúan habitualmente las víctimas²³⁴.

LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS

A pesar de la argumentación de la Corte, expuesta anteriormente, la cual resaltaba la identidad del derecho disciplinario con bastante acierto y especialmente explicaba la razón por la cual no cabía dentro de tal lógica la intervención de las víctimas, terminó por plantear una excepción a la regla planteada: “La situación excepcional que se presenta cuando se trata de faltas disciplinarias que constituyen violaciones del derecho internacional de los Derechos Humanos o del Derecho Internacional Humanitario” (se subraya).

Las faltas disciplinarias que replican graves violaciones a los Derechos Humanos o graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario, citó la Corte, “se caracterizan por un contenido de injusticia tan marcado que, aparte de contrariar ese nexo especial de sujeción, afectan también derechos fundamentales del ser humano” “como supuestos mínimos de la convivencia pacífica en una sociedad civilizada”.

La Corte anota que estas faltas no solo implican una infracción de deberes sino además conllevan violación flagrante de los derechos fundamentales. Sin embargo, la justificación no puede limitarse a la simple comprobación de que una falta disciplinaria puede coincidir con tipos propios de esos estatutos internacionales de especial relevancia político jurídica, ya que ello es claro desde el momento en que el legislador los concibió como tipos disciplinarios sin que por ello cambiara a un régimen de reconocimiento desde una perspectiva de víctimas.

La Corte consideró que el daño que sufre la víctima diferencia claramente la situación en la que se encuentra frente a un proceso disciplinario.

A continuación reconoce que, bajo tal hipótesis, el fundamento del ilícito disciplinario sigue siendo el mismo: la infracción de deberes funcionales. Es de-

²³⁴ “Así, mientras la imputación penal parte de la vulneración de bienes jurídicos relacionados con derechos de terceros, la imputación disciplinaria desvalora la vulneración de los deberes funcionales a cargo del servidor público”.

cir, la naturaleza de la facultad sancionadora que, recordemos, siempre debe ser suficientemente justificada, continúa recayendo en la razón de la función pública y en los deberes que de ella derivan. Entonces ¿cuál es la justificación para tal excepción en el seno de la filosofía de un proceso?

Y vuelve a repetir la Corte:

«esas faltas conducen a un agregado valorativo que, sin mutar la naturaleza de la imputación disciplinaria, lesionan derechos humanos y colocan a su titular en una situación calificada respecto de aquella en que se encuentra cualquier ciudadano interesado en el ejercicio del control disciplinario».

Como se ve, al final, la Corte no puede explicar razonablemente como es que surge esa excepción, como dijimos, como una especie de hybris que pliega la lógica según la cual el proceso disciplinario, por su naturaleza especial, no permite intervención de víctimas.

De esta manera podemos arribar a una primera gran conclusión: que tal es la importancia de la perspectiva de víctimas (que la Corte pudo haber expresado en vez de dar vueltas alrededor del mismo argumento no conclusivo) que toda la concepción iusfilosófica del proceso disciplinario cede (por no decir que se quiebra) frente a la magnífica preeminencia que ha adquirido la perspectiva de los derechos de las víctimas en el sistema. Tal preeminencia es un hecho verificable en la realidad jurídica y en la normatividad que hoy se está aplicando en la Procuraduría General de la Nación con respeto por las competencias de los tribunales de cierre. Por esto vale la pena evaluar o reflexionar, por un momento, sobre la trascendencia histórica que presenta en nuestros sistemas jurídicos y políticos las víctimas.

No es poco que su protección sin duda responde a una concepción afirmativa de sus derechos, se convierta en principio constitucional transversal, tal como se observa en la sentencia que estamos repasando, y digo repasando, ya que todos la conocemos bien.

2. INTERVENCIÓN DE LAS VÍCTIMAS EN EL PROCESO DISCIPLINARIO COMO SUJETOS PROCESALES

Debemos recordar que las personas en quienes concurre la calidad de víctima de una conducta catalogada como falta disciplinaria, pueden actuar como intervinientes en el proceso disciplinario en calidad de “simples” quejosos. Como ya

se mencionó, bajo este entendido, la víctima o perjudicado tiene la facultad de aportar pruebas y recurrir la decisión de archivo o fallo absolutorio. Sin embargo, la perspectiva de víctimas exige todavía mayor participación. Por esto, además de la participación como quejosos, concurren a título de sujetos procesales.

La Corte Constitucional consideró que dado que los perjudicados con una falta a los deberes funcionales son titulares de bienes jurídicamente protegidos distintos a la función pública y al parecer prevalentes, adquieren por ello un interés directo en “la realización de la justicia Disciplinario” y por tanto pueden intervenir como verdaderos sujetos procesales.

Dos puntos se pueden resaltar de tal planteamiento: i) la protección de la función pública, como núcleo del derecho disciplinario, queda desplazado por otros bienes e intereses jurídicos en el escenario de violación a los DD. HH. y el DIH. Verdadera prevalencia de la perspectiva de acceso a la justicia y derechos de las víctimas, frente a la concepción especial del derecho administrativo disciplinario, ii) en segundo lugar resulta sumamente interesante el acento que pone la Corte en el ejercicio de la acción disciplinaria como actividad que implica administración de justicia, confiando a la autoridad disciplinaria esa finalidad jurisdiccional del Estado, al menos parcialmente²³⁵, lo cual, de suyo, comporta, como mínimo, un cambio de orientación doctrinal del derecho administrativo, cuando no una clara desnaturalización de la potestad disciplinaria.

En la misma providencia la Corte prevé esas cuestiones y se adelanta a dar una respuesta sobre ellas explicando que la imputación disciplinaria no se desnaturaliza porque esta sigue fundamentada en la infracción al deber funcional, solo que la situación de los perjudicados les otorga un interés adicional para pretender la sanción disciplinaria, situación en la que no se encuentran los demás ciudadanos. Esto quiere decir, en últimas, que la condición de perjudicado por se conlleva el derecho a ser sujeto procesal, aunque el fin que persigue tal sujeto procesal y un quejoso cualquiera es exactamente el mismo: la sanción disciplinaria y la vigencia del orden jurídico. El solo hecho de ser perjudicado con una conducta implica la apertura del proceso disciplinario a una nueva participación, no por exigencia del mismo y toda la teleología a la que responde, sino por una causa extrínseca a este: los derechos individuales del perjudicado.

²³⁵ “La Corte se inclina por esta última interpretación pues el ejercicio de la potestad disciplinaria del Estado plantea un espacio en el que también se imparte justicia. Esto es así por cuanto se trata de un escenario en el que se imputa la comisión de conductas que han sido tipificadas como faltas y para las que se han previsto sanciones y de allí por qué, en la actuación que se promueve para que se demuestren aquellas y se impongan estas últimas, deban respetarse los contenidos del debido proceso”.

La finalidad de tal intervención como sujeto procesal es la obtención de la verdad y la justicia en el ámbito disciplinario²³⁶:

«Es decir, las víctimas o perjudicados son personas legitimadas para acceder al proceso dado que son los titulares de los bienes jurídicos vulnerados como consecuencia inescindible y directa de la infracción del deber implícita en la falta disciplinaria. Esta condición, convierte a las víctimas o a los perjudicados en portadores de un interés directo en el ejercicio de la potestad sancionadora del Estado y en la realización de la justicia disciplinaria. Es decir, los habilita para intervenir pero no como simples terceros sino como verdaderos sujetos procesales».

3. ¿CÓMO OPERA EN LA PRÁCTICA LA INTERVENCIÓN DE LOS PERJUDICADOS O VÍCTIMAS?

I. TIPICIDAD

Repasemos brevemente las faltas disciplinarias que, según se explicó, posibilitan la intervención de las víctimas en el proceso disciplinario:

El legislador consagró en la Ley 734 de 2012 (CDU) las siguientes faltas que tienen la connotación de graves infracciones a los DD. HH. y al DIH:

(Conductas de exterminio) 5. Realizar cualquiera de los actos mencionados a continuación con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial, religioso, político o social:

- a. Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;
- b. Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;
- c. Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo;
- d. Traslado por la fuerza de miembros del grupo a otro.

(Genocidio) 6. Ocasionar, con el propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial, religioso, político o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, por razón de su pertenencia al mismo, la muerte de uno o varios de sus miembros.

²³⁶ Tienen derecho a exigir del Estado una intensa actividad investigativa para determinar las circunstancias en que se cometió la infracción al deber funcional que, de manera inescindible, condujo al menoscabo de sus derechos y a que, una vez esclarecidas esas circunstancias, se haga justicia disciplinaria.

(Entran todos los tipos propios del DIH) 7. Incurrir en graves violaciones al derecho internacional humanitario.

(Desaparición forzada) 8. Someter a una o varias personas a privación de la libertad, cualquiera que sea la forma, seguida de su ocultamiento y de la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero, sustrayéndola del amparo de la ley.

(Tortura) 9. Infligir a una persona dolores o sufrimientos graves físicos o psíquicos con el fin de obtener de ella o de un tercero información o confesión, de castigarla por un acto por ella cometido o que se sospeche que ha cometido o de intimidarla o coaccionarla por cualquier razón que comporte algún tipo de discriminación.

(Desplazamiento forzado) 10. Ocasionar, mediante violencia u otros actos coactivos dirigidos contra un sector de la población que uno o varios de sus miembros cambie el lugar de su residencia.

(Homicidios con connotación de DD. HH.) 11. Ocasionar la muerte en forma deliberada, por causa de sus opiniones o actividades políticas, creencias religiosas, raza, sexo, color o idioma.

Es oportuno mencionar que el numeral 7° relativo a las graves infracciones al DIH da lugar a una variedad de tipos que se pueden presentar en el marco del conflicto armado y que tiene una interesante delimitación por parte de la PGN en la resolución 456 de 2008 del Procurador General:

Estas graves infracciones al DIH serían las siguientes:

- 1.1. Homicidio en persona protegida.
- 1.2. Lesiones en persona protegida.
- 1.3. Tortura en persona protegida.
- 1.4. Acceso carnal violento en persona protegida.
- 1.5. Actos sexuales abusivos en persona protegida.
- 1.6. Prostitución forzada o esclavitud sexual.
- 1.7. Tratos crueles, inhumanos y degradantes y experimentos biológicos en persona protegida.
- 1.8. Deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de población civil.
- 1.9. Omisión de medidas de protección a la población civil.

En la misma resolución 456 se establece que las siguientes conductas son de la competencia de la Procuraduría Delegada Disciplinaria para la Defensa de los DD. HH. y por tanto son consideradas como conductas en cuya investigación pueden participar las víctimas como sujetos procesales:

Todas aquellas “*faltas disciplinarias de los numerales 1 y 7 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, no enunciadas en el párrafo primero del artículo anterior; como de las señaladas en los numerales 12²³⁷, 13²³⁸, 14²³⁹, 15²⁴⁰ y 16²⁴¹ del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 y 1 del artículo 34 de la Ley 1015 de 2006, cuando cumplan como mínimo con uno de los siguientes criterios:*

- 2.1. *Sistematicidad: Es la conducta violatoria de los Derechos Humanos o del Derecho Internacional Humanitario perpetrada periódica y secuencialmente a nivel nacional o regional en un período de tiempo razonable, sobre una persona o grupo de personas, con un móvil que puede ser político, social, cultural, racial, étnico o religioso.*
- 2.2. *Relevancia internacional de la violación: Un caso de violación a los Derechos Humanos o de infracción a normas del Derecho Internacional Humanitario es internacionalmente relevante, cuando haya sido admitido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos u otro organismo internacional.*

Otras conductas, como por ejemplo los homicidios que no se encuadran en el Derecho Internacional Humanitario, como se vio en el listado precedente, en principio quedarían excluidas de la categoría de graves violaciones a los DD. HH. y graves infracciones al DIH. Estas requieren un análisis sistemático desde la óptica de esos cuerpos jurídicos internacionales con el fin de determinar si alcanzan a tal encuadramiento por vía hermenéutica.

En el caso de los homicidios que se suceden por fuera del DIH, estos pueden enmarcarse en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (la conocida dualidad entre DIH y DD. HH. da cuenta de ello) cuando son cometidos por sujetos disciplinables y en unas condiciones especiales como sería en Estado de indefensión.

²³⁷ 12. Fomentar o ejecutar actos tendientes a la formación o subsistencia de grupos armados al margen de la ley; o promoverlos, auspiciarlos, financiarlos, organizarlos, instruirlos, dirigirlos o colaborar con ellos.

²³⁸ 13. Privar de la libertad a una o varias personas y condicionar la vida, la seguridad y la libertad de esta o estas a la satisfacción de cualquier tipo de exigencias.

²³⁹ 14. Privar ilegalmente de la libertad a una persona.

²⁴⁰ 15. Retardar injustificadamente la conducción de persona capturada, detenida o condenada, al lugar de destino, o no ponerla a órdenes de la autoridad competente, dentro del término legal.

²⁴¹ 16. Atentar, con cualquier propósito, contra la inviolabilidad de la correspondencia y demás formas de comunicación, u obtener información o recaudar prueba con desconocimiento de los derechos y garantías constitucionales y legales.

2. REQUISITOS PARA QUE LAS VÍCTIMAS SEAN RECONOCIDAS COMO SUJETOS PROCESALES

En primer lugar se puede traer a este punto una distinción fundamental:

- A. Perjudicado: “la categoría “perjudicado” tiene un alcance mayor en la medida en que comprende a todos los que han sufrido un daño, así no sea patrimonial, como consecuencia directa de la comisión del delito. Obviamente, la víctima sufre también un daño, en ese sentido, es igualmente un perjudicado”.
- B. Víctima directa: Es la persona respecto de la cual se materializa la conducta típica.
- C. Víctima indirecta: El principal avance jurisprudencial (jurisprudencia en sentido formal o artificial) frente al tema de víctimas en el proceso penal es precisamente ampliar la participación a las llamadas víctimas indirectas que son “los herederos o los comuneros” (artículo 2342 del Código Civil) de la víctima directa.

Teniendo en cuenta que la Corte Constitucional habla en la Sentencia C-014 de perjudicados, se puede concluir que todos estos intervinientes se encuentran cobijados de una u otra forma por las previsiones y prerrogativas que hemos estudiado.

Para reconocer a una persona que tiene la calidad de víctima o perjudicado de una falta disciplinaria relativa a DD. HH. y DIH, solo se requiere que:

Demuestre sumariamente la existencia de un daño real, concreto y específico (Sentencia C-526 de 2007).

En el caso de las víctimas directas, demostrar su plena identidad de sujeto pasivo de la conducta investigada, en relación directa con el punto anterior.

En el caso de las víctimas indirectas, demostrar su condición civil (heredero o comunero).

Resulta importante recordar que en los últimos dos puntos la prueba tiene que ser estrictamente conducente y regirse por los postulados para demostración del Estado civil según el Código de Procedimiento Civil.

En sentencia C-526 de 2007 la Corte estableció lo siguiente:

“Para acreditar la condición de víctima se requiere que haya un daño real, concreto, y específico cualquiera que sea la naturaleza de este, que legitime la participación de la víctima o de los perjudicados en el proceso penal para buscar la verdad y la justicia, el cual ha de ser apreciado por las autoridades judiciales en cada caso. Según el derecho constitucional, interpretado a la luz del bloque de consti-

tucionalidad, los familiares de las personas que han sufrido violaciones directas a sus derechos humanos tienen derecho a presentarse ante las autoridades para que, demostrado el daño real, concreto y específico sufrido con ocasión de las actividades delictivas, se les permita solicitar la garantía de los derechos que les han sido vulnerados. Esto no significa que el Estado está obligado a presumir el daño frente a todos los familiares de la víctima directa. Tampoco significa que todos los familiares tengan exactamente los mismos derechos [...]”.

3. FINALIDAD DE LA INTERVENCIÓN DE LAS VÍCTIMAS EN EL PROCESO DISCIPLINARIO

La demostración de la calidad de víctima en el proceso disciplinario, a diferencia del proceso penal, no es susceptible de distintos fines procesales. Esta tiende solamente, y como ya se mencionó, a la garantía de los derechos de justicia y verdad, que en el proceso disciplinario se concretan en las mismas facultades de intervención y derechos de la víctima como sujeto procesal:

Sentencia C-014 de 2004:

“Las víctimas o perjudicados con una falta disciplinaria constitutiva de una violación del derecho internacional de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario están legitimadas para intervenir en el proceso disciplinario para que en este se esclarezca la verdad de lo ocurrido, es decir, para que se reconstruya con fidelidad la secuencia fáctica acaecida, y para que en ese específico ámbito de control esas faltas no queden en la impunidad.

Que en el proceso disciplinario, las víctimas no pueden pretender el reconocimiento del derecho a la reparación pues esta pretensión no está ligada directamente a la infracción del deber funcional que vincula al sujeto disciplinable con el Estado, sino que está vinculada con el daño causado al bien jurídico de que aquellas son titulares”.

4. FACULTADES CONCRETAS DE LAS VÍCTIMAS

Dado que la forma de participación de las víctimas es a título de sujetos procesales, según el Código Disciplinario Único tienen las siguientes facultades:

Artículo 90. Facultades de los sujetos procesales. Los sujetos procesales podrán:

1. Solicitar, aportar y controvertir pruebas e intervenir en la práctica de las mismas.

2. Interponer los recursos de ley.
3. Presentar las solicitudes que consideren necesarias para garantizar la legalidad de la actuación disciplinaria y el cumplimiento de los fines de la misma, y
4. Obtener copias de la actuación, salvo que por mandato constitucional o legal esta tenga carácter reservado.

Adicionalmente, atendiendo que la Corte Constitucional equipara el fundamento de tal intervención de las víctimas al de los procesos penales y de Justicia y Paz, se pueden extraer los siguientes derechos más específicos por vía de integración normativa:

“A. Ley de Justicia y Paz

Derechos de las víctimas frente a la administración de justicia:

Artículo 37. Derechos de las víctimas. El Estado garantizará el acceso de las víctimas a la administración de justicia. En desarrollo de lo anterior, las víctimas tendrán derecho [a] (SIC):

38.1 Recibir todo el procedimiento un trato humano digno. (SIC)

38.2 A la protección de su intimidad y garantía de su seguridad, la de sus familiares y testigos a favor, cuando quiera que resulten amenazadas.

38.3 A una pronta e integral reparación de los daños sufridos, a cargo del autor o partícipe del delito.

38.4 A ser oídas y que se les facilite el aporte de pruebas.

38.5 A recibir desde el primer contacto con las autoridades y en los términos establecidos en el Código de Procedimiento Penal, información pertinente para la protección de sus intereses; y conocer la verdad de los hechos que conforman las circunstancias del delito del cual han sido víctimas.

38.6 A ser informadas sobre la decisión definitiva relativa a la persecución penal y a interponer los recursos cuando ello hubiere lugar. (SIC)

38.7 A ser asistidas durante el juicio por un abogado de confianza o por la Procuraduría Judicial de que trata la presente ley.

38.8 A recibir asistencia integral para su recuperación.

38.9 A ser asistidas gratuitamente por un traductor o intérprete, en el evento de no conocer el idioma, o de no poder percibir el lenguaje por los órganos de los sentidos”.

B. Ley 906 de 2004:

“ARTÍCULO 11. DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS. El Estado garantizará el acceso de las víctimas a la administración de justicia, en los términos establecidos en este código. En desarrollo de lo anterior, las víctimas tendrán derecho:

- a) A recibir, durante todo el procedimiento, un trato humano y digno;
- b) A la protección de su intimidad, a la garantía de su seguridad, y a la de sus familiares y testigos a favor;
- c) A una pronta e integral reparación de los daños sufridos, a cargo del autor o partícipe del injusto o de los terceros llamados a responder en los términos de este código;
- d) A ser oídas y a que se les facilite el aporte de pruebas;
- e) A recibir desde el primer contacto con las autoridades y en los términos establecidos en este código, información pertinente para la protección de sus intereses y a conocer la verdad de los hechos que conforman las circunstancias del injusto del cual han sido víctimas;
- f) A que se consideren sus intereses al adoptar una decisión discrecional sobre el ejercicio de la persecución del injusto;
- g) A ser informadas sobre la decisión definitiva relativa a la persecución penal; a acudir, en lo pertinente, ante el juez de control de garantías, y a interponer los recursos ante el juez de conocimiento, cuando a ello hubiere lugar;
- h) A ser asistidas durante el juicio y el incidente de reparación integral, si el interés de la justicia lo exigiere, por un abogado que podrá ser designado de oficio;
- i) A recibir asistencia integral para su recuperación en los términos que señale la ley;
- j) A ser asistidas gratuitamente por un traductor o intérprete en el evento de no conocer el idioma oficial, o de no poder percibir el lenguaje por los órganos de los sentidos”.

5. LA FACULTAD ADICIONAL DE SOLICITAR LA REVOCATORIA DE LOS FALLOS ABSOLUTORIOS Y LOS ARCHIVOS

Una de las facultades de las víctimas que se derivan directamente del reconocimiento de estas como susceptibles de ser reconocidas como sujetos procesales es la de solicitar la revocatoria directa de los archivos y fallos absolutorios.

En la Sentencia C-014 explicó la Corte lo siguiente sobre la imposibilidad de que la decisión de archivo y el fallo absolutorio fueran susceptibles de revocatoria directa en los términos de la Ley 734 de 2002:

“No es constitucionalmente legítimo que en aquellos supuestos en que el contenido de injusticia de la falta disciplinaria desborda la simple vulneración del deber funcional que le asiste al sujeto disciplinable y se extiende de tal manera que compromete derechos fundamentales de terceros, se prevea un régimen de la revocatoria

directa del fallo, o de la decisión que tenga efecto equivalente, similar al previsto para aquellos supuestos en que la ilicitud de la falta se agota en la sola infracción de ese deber. Cuando en ese tipo de eventos se profiere un fallo absolutorio o una decisión de archivo, estas decisiones no solo tocan con intereses estatales, sino también con la expectativa legítima que tienen las víctimas o perjudicados con esos comportamientos, el Estado y la comunidad internacionales de que se establezca la verdad y se haga justicia, expectativa que, por lo demás, se ve defraudada”.

De esta manera en esa sentencia se estableció la exequibilidad condicionada de la norma pertinente sobre revocatoria directa de la Ley 734 de 2002, introduciendo judicialmente la posibilidad de que las víctimas soliciten esa revocatoria a la autoridad disciplinaria.

Por su parte, la Ley 1474 de 2011 que modificó el régimen disciplinario, introdujo legalmente tal posibilidad en los siguientes términos:

Artículo 47. Procedencia de la revocatoria directa.

El artículo 122 de la Ley 734 quedará así:

Los fallos sancionatorios y autos de archivo podrán ser revocados de oficio o a petición del sancionado, por el Procurador General de la Nación o por quien los profirió. El quejoso podrá solicitar la revocatoria del auto de archivo.

PARÁGRAFO 1o. Cuando se trate de faltas disciplinarias que constituyen violaciones al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario, procede la revocatoria del fallo absolutorio y del archivo de la actuación por parte del Procurador General de la Nación, de oficio o a petición del quejoso que tenga la calidad de víctima o perjudicado.

PARÁGRAFO 2o. El plazo para proceder a la revocatoria será de tres (3) meses calendario.

III. CONCLUSIONES

La llamada perspectiva de víctimas implica una postura revolucionaria del derecho. Sus postulados y propuestas en materia de derechos, verdaderamente conmueven los pilares del derecho sancionatorio, tal y como se entendía en la tradición occidental. Esta perspectiva tiene como propósito permear la administración de justicia de una manera transversal. Incluso se puede decir que no toda ella, pero sí una buena parte de ella, encuentra un sustento ideológico problemático. Su sustento debe ser objetivo, y esta objetividad puede hallarse en el

derecho sancionador como deber de la comunidad política de realizar la justicia frente a unas conductas especialmente reprochables y dañinas.

Esta “victimología” puede definirse con acierto como una perspectiva o un punto de vista del derecho: la perspectiva de las víctimas. En la victimología, la aproximación al derecho se hace desde las víctimas y por tanto hay una tendencia a no observar la idea integral de un derecho procesal y sustantivo determinado, para remplazarla con una idea particular. El reto es lograr que la de las víctimas no fuese una visión individual y privatizada, sino que se la integrara con esa idea general inspirada por la justicia sancionatoria, como una justicia de interés público y motivada por el bien común.

La Corte Constitucional se encargó de instituir la perspectiva de las víctimas en el proceso disciplinario. Las motivaciones constitutivas de *ratio decidendi* de la Sentencia C-014 de 2004 al hacer parte de la interpretación autorizada de las normas demandadas, así como la modulación de estas, lleva a concluir que en el ordenamiento jurídico Colombiano actualmente existen unos derechos de las víctimas en el proceso disciplinario, en los términos explicados.

Pese a ello, corresponde, sobre todo en los escenarios académicos, promover las discusiones necesarias sobre aspectos como el riesgo de privatización del derecho sancionatorio como consecuencia de la perspectiva de las víctimas, en donde podría llegar a primar la venganza por encima de la justicia, o igualmente, la cuestión siempre latente de la presunción en que se incurre sobre la calidad de víctima antes del juicio de responsabilidad pertinente.

Así, aunque la perspectiva de las víctimas en el derecho disciplinario puede contener aspectos problemáticos, ha de entenderse como motivada en una especie de acción afirmativa, y en ese sentido, puede servir como un impulso adicional para el eficaz y transparente ejercicio de la acción disciplinaria en materia de DD. HH. y DIH que encuentra su sustento más que en un “derecho a la justicia” y a la verdad, individuales, en la justicia como condición del bien común.

BIBLIOGRAFÍA

- D'ors Álvaro. La crisis del derecho penal. *Revista Verbo* 243-244, p. 373.
- Segato, Rita. Racismo Discriminación y Acciones Afirmativas. Fondo de publicaciones Universidad Católica del Perú, Lima, 2007. Disponible el 15 de julio de 2012 en: <http://red.pucp.edu.pe/ridei/files/2011/08/Educacion-en-ciudadania.pdf>
- Corte Constitucional. Sentencia C-014 de 2004
- Corte Constitucional. Sentencia C-228 de 2002
- Corte Constitucional. Sentencia C-526 de 2007

CUARTO EJE TEMÁTICO

Derecho Comparado

LA APLICACIÓN DEL DERECHO
DISCIPLINARIO EN MÉXICO,
LA IMPLEMENTACIÓN DEL
SISTEMA DE RESPONSABILIDADES
ADMINISTRATIVAS DE LOS
SERVIDORES PÚBLICOS A NIVEL
FEDERAL POR LOS ÓRGANOS
INTERNOS DE CONTROL
DEPENDIENTES DE LA SECRETARÍA
DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

PATRICIA VILLASANA RANGEL *

México

**Asesora jurídica del Director General del Instituto
de Seguridad y Servicios Sociales para los Trabajadores
del Estado – Profesora Universitaria*

- I. EVOLUCIÓN DEL MARCO JURÍDICO DISCIPLINARIO EN MÉXICO
 - II. ORÍGENES, COMPETENCIA, ESTRUCTURA ORGANIZACIONAL, MISIÓN, VISIÓN DE LA SECRETARÍA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA Y ACCIONES GUBERNAMENTALES PRIORITARIAS, SUS ÓRGANOS INTERNOS DE CONTROL
 - III. LA COORDINACIÓN GENERAL DE ÓRGANOS DE VIGILANCIA Y CONTROL, LOS ÓRGANOS INTERNOS DE CONTROL, LAS FACULTADES DE SUS TITULARES Y SUS SUBALTERNOS LOS TITULARES DE QUEJAS Y RESPONSABILIDADES; LOS SISTEMAS FISCALIZADORES MATERIALES Y ELECTRÓNICOS QUE ESTOS IMPLEMENTAN DENTRO DEL ÁMBITO DE SUS RESPECTIVAS COMPETENCIAS.
 - IV. OBLIGACIONES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS; IMPLEMENTACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIDADES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS POR PARTE DE LOS TITULARES DE RESPONSABILIDADES DE LOS ÓRGANOS INTERNOS DE CONTROL Y ESTRUCTURA DE LAS RESOLUCIÓN
 - V. SANCIONES CONTEMPLADAS DENTRO DE LA LEY FEDERAL DE RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS.
 - VI. CONCLUSIONES
- BIBLIOGRAFÍA

SUMARIO: I. Evolución del marco jurídico disciplinario en México; II. Orígenes, competencia, estructura organizacional, misión, visión de la Secretaría de la Función Pública y acciones gubernamentales prioritarias; III. La coordinación general de órganos de vigilancia y control, los órganos internos de control, las facultades de sus titulares y sus subalternos los titulares de quejas y responsabilidades; los sistemas fiscalizadores materiales y electrónicos que estos implementan dentro del ámbito de sus respectivas competencias; IV. Obligaciones de los servidores públicos; Implementación del procedimiento administrativo de responsabilidades de los servidores públicos por parte de los titulares de responsabilidades de los órganos internos de control y estructura de las resoluciones; V. Sanciones contempladas dentro de la Ley federal de responsabilidades administrativas de los servidores públicos; VI. Conclusiones y bibliografía.

I. EVOLUCIÓN DEL MARCO JURÍDICO DISCIPLINARIO EN MÉXICO

Al remontarnos a la realidad histórica del Siglo XIX, el primer marco jurídico regulador de las responsabilidades de los servidores públicos en el México independiente aparece inserto en diversas constituciones, mismas que a continuación se exponen:

CONSTITUCIÓN DE APATZINGAN

Esta Carta Magna, concretamente en sus artículos 59, 196 y 224, señala que la responsabilidad de los servidores públicos era determinada mediante el juicio de residencia²⁴²:

²⁴² Como se puede observar, este documento constitucional, conocido igualmente como la “Libertad de la América Mexican” inserta nuevamente para la determinación de la responsabilidad funcional una antigua y conocida figura utilizada frecuentemente en la época Colonial, la pregunta al calce, sería ¿por qué? Desde nuestro punto de vista y después de un análisis minucioso a la Carta Magna de “Sentimientos a la Nación” llegamos a la conclusión que el eje principal de esta Carta Magna, se centró en la búsqueda de un nuevo sistema de gobierno que rompiera con todos los cánones establecidos en la Nueva España, se buscó dirigir la esencia de esta Súper Norma vertiginosamente hacia el federalismo, por tanto el sistema de responsabilidades sin dejar de ser importante, porque de alguna manera, establece los rangos de actuación de los servidores públicos dentro del principio de legalidad además de conocer su desempeño, una vez concluidos sus cargos y otorgar la oportunidad a que los gobernados presentaran sus quejas, a fin de evaluar su actuación, pasó dentro de este documento a un segundo plano, por ello sin descartar su importancia el autor de este texto constitucional, Don José María Morelos y Pavón, decidió insertar como medio de control de actuación de los servidores públicos del México independiente, el Juicio de Residencia, por considerarlo

Artículo 59

Los diputados serán inviolables por sus opiniones, y en ningún tiempo ni caso podrá hacerseles cargo de ellas; pero se sujetarán al juicio de residencia por la parte que les toca en la administración pública, y además, podrán ser acusados durante el tiempo de su diputación, y en la forma que previene este reglamento, por los delitos de herejía y por los de apostasía, y por los de Estado, señaladamente por los de infidencia, concusión y dilapidación de los caudales públicos.

Artículo 196

Conocer en las causas para cuya formación deba proceder, según lo sancionado, la declaración del supremo Congreso; en las demás de los generales de división y secretarios del supremo gobierno; en las de los secretarios fiscales del mismo supremo Tribunal; en las del Intendente General de Hacienda, de sus ministros, fiscal y asesor; en las de residencia de todo empleado público, a excepción de las que pertenecen al Tribunal de este nombre.

Artículo 224

El Tribunal de Residencia conocerá privativamente de las causas, de esta especie, pertenecientes a los individuos del Congreso, a los del supremo gobierno y a los del supremo Tribunal de Justicia²⁴³.

CONSTITUCIÓN DE 1814

Es una disposición jurídica de corte liberal, la primera del México independiente, el espíritu de su norma fue destinada a organizar la nueva vida republicana federal, dicha Constitución respecto del tema en análisis instauró el llamado sistema de juicio de responsabilidad, cuyo único cambio desde nuestro punto de vista, es que su etapa procesal ya no se llevaría a cabo frente a un Tribunal de Residencia, sino ante una Corte Suprema de Justicia, y cuando fuere miembro de esta, ante un tribunal especial²⁴⁴.

un medio eficaz, probado y adaptable a las circunstancias reinantes en aquel momento.

²⁴³ Constitución de Apatzingan del 22 de octubre de 1814, facsímil, Archivo General de la Nación, Palacio de Lecumberri, Ciudad de México.

²⁴⁴ Como se puede observar el legislador mexicano intenta una metamorfosis moderada del Juicio de Residencia, ya que no es fácil para él, enterrar una figura jurídica por demás arraigada en el sistema de responsabilidades mexicano, por tanto influenciado por las ideas federalistas norteamericanas (como las de Madison quien sostenía que la verdadera fuerza de un país, radicaba en una buena impartición de justicia llevada a cabo por una fortalecida Suprema Corte de Justicia), decide hacer modificaciones no esenciales al juicio de Residencia, cambiando únicamente el nombre de la figura y la Instancia conocedora del procedimiento, es decir, que a partir de esta Carta Magna, el Juicio de Residencia se llamó Juicio de Responsabilidad y la Instancia conocedora en lugar de ser el Tribunal de Residencia, fue la Corte Suprema de

Cabe destacar que tanto las constituciones liberales de 1814 y de 1824 atinadamente siguieron evaluando todo tipo de responsabilidad de servidores públicos existente en aquella época (penal, política y administrativa), cuestión muy distinta a lo sucedido con las cartas magnas conservadoras, también creadas en el Siglo XIX, como lo son:

LAS CONSTITUCIONES DE 1836 Y 1842

De igual forma establecieron un sistema de responsabilidad de servidores públicos, solo que a diferencia de las constituciones de 1814 y 1824, estas cartas magnas encauzaron su regulación únicamente a las responsabilidades políticas y penales²⁴⁵.

CONSTITUCIÓN DE 1857

Es una Constitución de orden liberal, en la que se establecen responsabilidades de tipo administrativo, penal y político a un pequeño grupo de servidores públicos de gran jerarquía; ejemplo de lo antes dicho lo encontramos plasmado en el Título IV artículo 103 y en sus leyes reglamentarias conocidas como la Ley Juárez de 1870 y la Ley Porfirio Díaz de 1896, como se muestra a continuación:

Artículo 103.

Los diputados al Congreso de la Unión, los individuos de la Suprema Corte de Justicia y los Secretarios del Despacho, son responsables por los delitos comunes que cometan durante el tiempo de su encargo, y por los delitos, faltas u omisiones en que incurran en el ejercicio de ese mismo encargo. Los gobernadores de los Estados lo son igualmente por infracción de la Constitución y leyes federales. Lo es también el Presidente de la República; pero durante el tiempo de su encargo solo podrá ser acusado por los delitos de traición a la patria, violación expresa de la Constitución, ataque a la libertad electoral y delitos graves del orden común.

Justicia de la Nación.

²⁴⁵ Creemos que a partir de este momento todas las cartas magnas del S. XIX, centraron sus normas preponderantemente en dos tipos de responsabilidades: la Penal y la Política, ya que los hechos históricos suscitados desde 1830 hasta finales de siglo, estuvieron impregnados de graves problemas tanto interiores como exteriores, tales como las invasiones a territorio mexicano por parte de España, Estados Unidos, Francia y la corrupción al interior de la propia estructura gubernamental del país, por tanto el sistema sancionatorio solo se centro en la esfera penal y política por el peso, la importancia y trascendencia que revisten. A partir de este momento y hasta 1917, la evolución de la responsabilidad administrativa queda truncada por motivos estratégicos.

LEYES REGLAMENTARIAS AL TÍTULO IV DE LA CONSTITUCIÓN DE 1857

LEY JUÁREZ DE 1870

Conocida técnicamente como el Decreto de 3 de noviembre de 1870, este texto normativo estableció un listado de delitos y faltas administrativas oficiales tales como el ataque a las instituciones democráticas, a la forma de gobierno republicano, representativo y federal, ataque a la libertad de sufragio, usurpación de atribuciones, violación de las garantías individuales y cualquier infracción grave a la Constitución o a las leyes federales y estableció como sanción la destitución del cargo y la inhabilitación del funcionario por un término de cinco a diez años²⁴⁶.

Respecto a la calificación de faltas oficiales, se determinaba dependiendo de la gravedad de la infracción cometida y se consideraban “faltas oficial” las violaciones tanto a la Constitución como a las leyes federales, en materia de poca importancia²⁴⁷.

Una de las aportaciones de este decreto fue la regulación de una infracción que se denominaba omisión en el desempeño de funciones oficiales, relativa a la inexistencia o inexactitud en el desempeño de funciones anexas a sus cargos²⁴⁸.

Respecto de la imposición de sanciones, este decreto estableció las figuras de la destitución, de la suspensión e inhabilitación para desempeñar el cargo, estas dos últimas podían ser impuestas por un lapso de 5 a 10 años.

Ahora, en cuanto al tema procesal, este se desarrollaba bajo el amparo de lo dispuesto en los artículos 103 y 104 de la Constitución de 1857, cabe destacar que en este proceso se hacía una clara distinción entre delitos comunes y oficiales, de igual manera se daba curso a las faltas y omisiones oficiales.

²⁴⁶ Vid. Luis Humberto Delgadillo Gutiérrez. El sistema de responsabilidades de los Servidores Públicos, Ed. Porrúa, México, 2001, p. 46

²⁴⁷ Cabe destacar primeramente que el tomar el tenor que señala como parámetros la violación de los preceptos constitucionales y leyes federales, es muy ambiguo y demasiado amplio, no obstante de acuerdo con nuestras investigaciones, consideramos que esto se determinaba casuísticamente, tomando como parámetro que nunca se invadieran áreas estratégicas para la protección de la Nación. Cfr. José Barragán Antecedentes históricos del régimen mexicano de responsabilidades de los servicios públicos. Las responsabilidades de los servidores públicos, Ed. Porrúa, México, 1984. En el mismo sentido vid. Cárdenas, Raúl, F., Responsabilidad de los Funcionarios Públicos, México, Editorial Porrúa, 1982.

²⁴⁸ Vid. Decreto de 3 de noviembre de 1870, Archivo General de la Nación, Palacio de Lecumberri, Ciudad de México.

El procedimiento al que aluden estos artículos constitucionales señalaba como necesario que el Congreso Unicameral se constituyera en parte acusadora y la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como jurado de sentencia²⁴⁹.

LEY PORFIRIO DÍAZ

Expedida el 6 de junio de 1896, denominada Ley Reglamentaria de los artículos 104 y 105 de la Constitución Federal de 1857, al igual que la Ley Juárez regulaba a los mismos sujetos.

Consideramos que la única aportación trascendental de esta ley es en materia de político-penal, pues instituyó la declaración de procedencia (o desafuero) en los casos o faltas en que se cometiesen delitos del ordenamiento común²⁵⁰.

CONSTITUCIÓN DE 1917 (VIGENTE)

Tras el derrocamiento de la dictadura Porfirista y resultado del movimiento revolucionario iniciado en 1910, nace tras acaloradas discusiones del Congreso Constituyente reunido en la Ciudad de Querétaro en el año de 1917, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Carta Magna de carácter liberal, que rige actualmente México.

Su texto original siguió la misma línea que las constituciones liberales antecesoras, concretamente en su Título IV, artículos del 108 al 114 y continuando dando importancia a las responsabilidades administrativas, políticas y penales y a sus respectivos procedimientos de enjuiciamiento.

²⁴⁹ En la época en que ejercía funciones el Presidente de la República Benito Juárez, el Congreso de la Unión era Unicameral, es decir solo existía la Cámara Baja o de Diputados, tras su muerte y siendo Presidente Sebastián Lerdo de Tejada (1873) la Ley Juárez sufrió modificaciones debido a que en este periodo el Congreso de la Unión se volvió bicameral, dotando de facultades a la Cámara de Senadores para que se constituyera en jurado de sentencia.

²⁵⁰ De alguna manera y a través del análisis global de todas las constituciones del siglo XIX se observa que poco a poco van evolucionando las responsabilidades Políticas, Penales y administrativas, por ejemplo vemos una importante evolución de carácter procesal en la Ley Juárez respecto a las responsabilidades Políticas, vemos que ha adoptado formas del *Impeachment* Americano, traduciéndolas en la figura del Juicio Político creado para juzgar lo que conocían “como delitos oficial” que hoy día son responsabilidades políticas; por otra parte, La Ley Porfirio Díaz, hizo importantes avances en materia de Responsabilidad Penal, al perfeccionar la figura de la Declaración de Procedencia (o desafuero de altos funcionarios) para que fuesen enjuiciados por los delitos comunes que hubieren cometido. Cfr. Decreto de 3 de noviembre de 1870 y Ley Reglamentaria de los artículos 104 y 105 de la Constitución Federal de 1857.

El Título IV de la Constitución durante el primer tercio del S. XX no presentó modificaciones, de hecho ni siquiera contaba con una ley reglamentaria ajustada a su tenor, se continuaba utilizando la ley reglamentaria de 6 de junio de 1896. Fue hasta fines de 1939, cuando surge la primera ley reglamentaria al Título IV de la Constitución de 1917, conocida como “Ley Lázaro Cárdena”.

LEYES REGLAMENTARIAS AL TÍTULO IV DE LA CONSTITUCIÓN DE 1917

LEY LÁZARO CÁRDENAS

Conocida también como ley de responsabilidades de los funcionarios y empleados de la federación, del distrito y territorios federales y de los altos funcionarios de los Estados. Esta ley, a diferencia de sus predecesoras expedidas en la segunda mitad del Siglo XIX presenta algunos avances, si bien siguió regulando la responsabilidad administrativa, política y penal de los servidores públicos y sus medios procedimentales de enjuiciamiento, también concedió acción popular para denunciarlos, perfeccionó la figura de la declaración de procedencia (o desafuero)²⁵¹, como se puede apreciar a continuación:

Artículo 1

Los funcionarios y empleados de la federación y del distrito y territorios federales son responsables de los delitos y faltas oficiales que cometan en el desempeño del cargo que tengan encomendado, en los términos de las leyes especiales a que esta ley se refiere.

Sin embargo, desde nuestro punto de vista, su mayor avance consistió en que diferenció de mejor manera los delitos y las faltas oficiales, hecho a través del método de exclusión, es decir que las infracciones hacia la ley no contempladas como delitos, serían consideradas faltas, mismas que de acuerdo con las leyes y reglamentos respectivos determinarían las sanciones aplicables²⁵².

²⁵¹ Dejando bien establecida la necesidad de declaración de procedencia por la Cámara de Diputados, en el caso de comisión de delitos del orden común por altos funcionarios.

²⁵² Por ejemplo “al establecer que las infracciones a la Constitución y a las leyes federales no señaladas como delitos, se conceptúan como faltas oficiales, por las cuales se sancionaría con la suspensión del cargo de uno a seis meses”. Luis Humberto Delgadillo Gutiérrez. El sistema de responsabilidades de los [...] óp. Cit., p. 52. En este orden de ideas, cabe destacar que en el proceso evolutivo del sistema de responsabilidades públicas, lo considerado como delitos oficiales y faltas oficiales con el paso del tiempo se unificaron, bajo el nombre de faltas políticas, y para el resto de infracciones cometidas que no guardaban una naturaleza estrictamente política, pero que eran cometidas por funcionarios y por trabajadores al servicio del

Ahora, en cuanto de los medios procedimentales de enjuiciamiento, esta ley estableció:

Para altos funcionarios:

- Se estableció el juicio político, donde la Cámara de Diputados se constituiría como jurado de acusación y la Cámara de Senadores se constituiría en jurado de sentencia, en los casos de que se tratase de delitos y faltas oficiales.
- Para delitos del orden común, la Cámara de Diputados se erigía en gran jurado para dictaminar la declaración de procedencia o desafuero.

Para los demás servidores públicos al servicio del Estado:

- Uno por delitos y faltas oficiales, para lo cual estableció el jurado popular²⁵³.
- Establecimiento de juicio para los funcionarios del poder judicial
- Y otro por causa de enriquecimiento inexplicable²⁵⁴.

El avance de esta ley consistió en utilizar la casuística, el método de exclusión y el paso del tiempo, para tratar de delimitar los conceptos y naturaleza de delitos comunes, delitos y faltas oficiales²⁵⁵, así como de sus respectivas sanciones y métodos de enjuiciamiento, provocando el establecimiento y evolución de una nueva responsabilidad en México, la administrativa o disciplinaria²⁵⁶.

Estado en la época de Ley Lázaro Cárdenas, se les llamo en un inicio sencillamente faltas y fueron reguladas por leyes y reglamentos de la época, con el tiempo se preciso el concepto, naturaleza y límites lo que hoy llamamos faltas administrativas o disciplinarias.

²⁵³ Desde nuestro punto de vista, el uso de la casuística y el método de exclusión, lograron un mayor grado de definición y distinción respecto de las responsabilidades penales y políticas, fomentando al mismo tiempo la institución y la regulación de una nueva responsabilidad, la de tipo administrativo o disciplinario.

²⁵⁴ Vid. Ley de responsabilidades de los funcionarios y empleados de la federación, del distrito y territorios federales y de los altos funcionarios de los Estados; Diario Oficial de la Federación, de fecha 21 de febrero de 1940.

²⁵⁵ 18. Una de las ventajas de esta ley es que cimento las bases para la distinción de la naturaleza de las faltas, es decir, determinar si esta era de tipo político o administrativo. En esta etapa todavía se habla de naturaleza y no de calificación. De hecho hoy día en México no existe un parámetro de calificación de las faltas, para el desarrollo de este rubro se utiliza la casuística ya que no existe un reglamento como en España, donde defina que hechos y parámetros utilizar de acuerdo con la actuación para ser considerados falta grave, muy grave o leve.

²⁵⁶ Un indicio de lo dicho anteriormente se muestra al facultar a ciertas normas legales y reglamentarias de aquella época, a aplicar sus propios medios de enjuiciamiento y aplicación de sanciones cuando se tratara de actos diferentes a los clasificados estrictamente como delitos comunes, delitos y/o faltas oficiales, cometidos por funcionarios o empleados al servicio del Estado.

LEY LÓPEZ PORTILLO

También conocida como ley de responsabilidades de los funcionarios y empleados de la federación, del distrito federal y de los altos funcionarios de los Estados, de 27 de diciembre de 1979, derogó la Ley Lázaro Cárdenas, sin embargo su directriz y el espíritu de sus lineamientos fueron fiel copia de la ley anterior, en materia disciplinaria, situación que no ayudó a evolucionar a la responsabilidad administrativa, dejando igualmente el aspecto disciplinario a las leyes sustantivas y reglamentos, tales como la ley de presupuesto, contabilidad y gasto público federal, la ley sobre el servicio de vigilancia de fondos y valores de la federación, así como a disposiciones reglamentarias de las dependencias, propiciando una fuerte confusión entre el aspecto laboral y administrativo de la sanción disciplinaria.

LEY FEDERAL DE RESPONSABILIDADES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS

El 4 de enero de 1980 la ley de responsabilidades de los funcionarios y empleados de la federación, del distrito federal y de los altos funcionarios de los Estados, del 27 de diciembre de 1979, cambia su nombre por el de ley federal de responsabilidades de los servidores públicos, pero no es sino hasta 1982 que esta ley comienza a sufrir una serie de reformas radicales y profundas que motivarán la evolución de la responsabilidad administrativa o disciplinaria hasta llegar a la casi inminente nueva ley federal de responsabilidades administrativas de los servidores públicos de 2002, fruto de la evolución de la responsabilidad disciplinaria a partir de 1982.

EVOLUCIÓN DE LA LEY FEDERAL DE RESPONSABILIDADES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS, A PARTIR DE 1982, EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

Análisis del marco constitucional

A partir de 1982, algunos artículos del Título IV de la Constitución fueron reformados con el fin de potenciar la evolución de la responsabilidad administrativa, como se muestran a continuación:

Nuestra Carta Magna en su Título Cuarto fundamenta las responsabilidades de las que son sujetos los servidores públicos. Concretamente en lo que concierne a responsabilidad administrativa, los artículos que la regulan son:

El artículo 108 que define a los sujetos que pueden ser llamados servidores públicos, además de que es el primer artículo del título que de una manera determinante deja establecido que el máximo representante del poder ejecutivo “El Presidente de la República” solo podrá ser acusado por traición a la patria y por delitos graves del orden común.

Artículo 108. Para los efectos de las responsabilidades a que alude este Título se reputarán como servidores públicos a los representantes de elección popular, a los miembros de los poderes judicial federal y judicial del distrito federal, a los funcionarios y empleados, y, en general a toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la administración pública federal o en el distrito federal, quienes serán responsables por los actos u omisiones en que incurran en el desempeño de sus respectivas funciones.

El Presidente de la República, durante el tiempo de su encargo, solo podrá ser acusado por traición a la patria y delitos graves del orden común.

Los gobernadores de los Estados, los diputados a las legislaturas locales y los magistrados de los tribunales superiores de justicia locales, serán responsables por violaciones a esta Constitución y a las leyes federales, así como por el manejo indebido de fondos y recursos federales.

Las constituciones de los Estados de la República precisarán, en los mismos términos del primer párrafo de este artículo y para los efectos de sus responsabilidades, el carácter de servidores públicos de quienes desempeñan empleo, cargo o comisión en los Estados y en los municipios.

Artículo 109. El contenido de dicho artículo propiamente versa sobre la expedición de leyes en materia de responsabilidad de los servidores públicos y otras normas conducentes a sancionar a quienes, guardando la calidad de servidores públicos incurran en responsabilidades.

Artículo 109. El Congreso de la Unión y las legislaturas de los Estados, dentro de los ámbitos de su respectiva competencia, expedirán las leyes de responsabilidades de los servidores públicos y las demás normas conducentes a sancionar a quienes, teniendo este carácter, incurran en responsabilidad, de conformidad con las siguientes prevenciones:

I. Se impondrán, mediante juicio político, las sanciones indicadas en el artículo 110 a los servidores públicos señalados en el mismo precepto, cuando en el ejercicio de sus funciones incurran en actos u omisiones que redunden en perjuicio de los intereses públicos fundamentales o de su buen despacho.

No procede el juicio político por la mera expresión de ideas;

II. La comisión de delitos por parte de cualquier servidor público será perseguida y sancionada en los términos de la legislación penal y se aplicarán sanciones administrativas a los servidores públicos por los actos u omisiones que afecten la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia que deban observar en el desempeño de sus empleos, cargos o comisiones.

Los procedimientos para la aplicación de las sanciones mencionadas se desarrollarán autónomamente. No podrán imponerse dos veces por una sola conducta sanciones de la misma naturaleza.

Las leyes determinarán los casos y circunstancias en los que se deba sancionar penalmente por causa de enriquecimiento ilícito a los servidores públicos que durante el tiempo de su encargo, o por motivos del mismo, por sí o por interpuesta persona, aumenten substancialmente su patrimonio adquieran bienes o se conduzcan como dueños sobre ellos, cuya procedencia lícita no pudiesen justificar.

Las leyes penales sancionaran con el decomiso y con la privación de la propiedad de dichos bienes, además de las otras penas que correspondan.

Cualquier ciudadano, bajo su más estricta responsabilidad y mediante la presentación de elementos de prueba, podrá formular denuncia ante la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión respecto de las conductas a las que se refiere el presente artículo.

Artículo 113. Este artículo es considerado la piedra angular de la responsabilidad administrativa de los servidores públicos, ya que sienta las bases para que las leyes reglamentarias determinen las obligaciones y sanciones aplicables por actos u omisiones cometidos por los servidores públicos, con objeto de proteger valores como la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia dentro de la realización de sus empleos.

Artículo 113. Las leyes sobre responsabilidades administrativas de los servidores públicos, determinarán sus obligaciones a fin de salvaguardar la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia en el desempeño de sus funciones, empleos, cargos y comisiones; las sanciones aplicables por los actos u omisiones en que incurran, así como los procedimientos y las autoridades para aplicarlas. Dichas sanciones, además de las que señalen las leyes, consistirán en suspensión, destitución e inhabilitación, así como en sanciones económicas y deberán establecerse de acuerdo con los beneficios económicos obtenidos por el responsable y con los daños y perjuicios patrimoniales causados por sus actos u omisiones a que se refiere

la fracción III del artículo 109, pero que no podrán exceder de tres tantos de los beneficios obtenidos o e los daños y perjuicios causados²⁵⁷.

Análisis de las reformas a partir de 1982 a la ley federal de responsabilidades de los servidores públicos.

LEY DE 1982

Entre los puntos más importantes de esta ley destacan:

- Reconocimiento del problema de la irresponsabilidad el servidor público que genera ilegalidad, inmoralidad social y corrupción.
- La necesidad de una renovación moral de la sociedad y por ende del régimen de responsabilidad de los servidores públicos, para cumplir sus objetivos en un Estado de Derecho.
- La ley de 1982, estableció nuevas bases jurídicas para prevenir y castigar la corrupción en el servicio público.

Reforma de 1991

- En materia de responsabilidad administrativa, la iniciativa del 11 de enero propuso la adición del artículo 47 de la ley federal de responsabilidades de los servidores públicos, para incorporar a este una fracción XX bis, que establezca que en el desempeño de sus funciones, los servidores públicos tendrán la obligación de proporcionar a la Comisión Nacional de Derechos Humanos, la información y datos que esta les solicite para el mejor ejercicio de sus atribuciones.

Reforma de 1992

- Desde nuestro punto de vista, fue una de las reformas más importantes que sufrió la ley en análisis. La reforma a la ley federal de responsabilidades del 21 de julio tuvo como objeto fortalecer la observancia de los principios consagrados en el Título Cuarto de la Constitución, así como de perfeccionar el ordenamiento señalado, por ello los objetivos fundamentales de esta iniciativa fueron:

²⁵⁷ Cfr. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, extraída vía internet a través de la página del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, www.juridicas.unam.mx

- Que los poderes de la Unión en relación con las responsabilidades administrativas en que incurran los servidores públicos, cuenten con órganos y sistema propios.
- Perfeccionar y fortalecer el régimen disciplinario en la función pública, pues estamos conscientes de que el servidor público debe ser ejemplo para la sociedad en el desempeño de su empleo, cargo o comisión, así como incorporar las adecuaciones complementarias indispensables a efecto de propiciar mayor claridad en el texto de la ley. Destacan en este propósito los ajustes relativos a las obligaciones que deben observar cabalmente los servidores públicos en el desempeño de sus funciones, a la imposición de las sanciones de inhabilitación y económicas, aplicables por el incumplimiento de dichas obligaciones y al mejoramiento de los procedimientos administrativos y de los medios de impugnación establecidos.
- Respecto al régimen disciplinario, concretamente se planteó reformar la fracción VIII del artículo 47, relativo a la comunicación escrita que debe hacerse al titular de la dependencia sobre incumplimientos en el servicio, además de añadir en la fracción XX la obligación genérica de todo funcionario público de denunciar por escrito cualquier conducta que advierta en ejercicio de sus funciones, todo ello con la finalidad de prevenir posibles conductas irregulares en el servicio.
- Otras aportaciones importantes figuran: la de incluir en la fracción XXI-II del propio artículo 47 la abstención para celebrar o autorizar la celebración de pedidos o contratos en las materias a que se refiere la citada fracción, con servidores o ex servidores públicos que tengan menos de una año de haberse separado del cargo.

En este orden de ideas también se propuso en esta fracción la obligación de abstenerse de celebrar contrato o pedido con quien se encuentre inhabilitado para el desempeño del cargo o comisión dentro del servicio público.

- Se reformó de igual manera el artículo 56 en su fracción VI relativo a la adecuación del monto de las sanciones económicas.
- El artículo 64 también sufrió modificaciones, se sugiere ampliar el plazo para que la autoridad instructora emita su resolución en treinta días hábiles, una vez desahogadas las pruebas.
- Se excluye la fracción I del artículo 78 relativo a las faltas cuya responsabilidad no fuera estimable en dinero, pues si bien tales infracciones pudieren no representar un beneficio económico para su autor, sí podrían

llegar a ser constitutivas de un acto u omisión que atente de manera grave contra los valores de legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia que deben observarse en el desempeño de un empleo dentro del servicio público.

- Esta ley estableció en el artículo 51 que las autoridades determinen, conforme su competencia y en los términos de su legislación, los órganos y sistemas correspondientes.
- Se adicionó un párrafo al artículo 81 cuyo objeto fue establecer la sanción aplicable en caso de no presentarse la declaración o situación patrimonial de conclusión del encargo²⁵⁸.

Ley federal de responsabilidades administrativas de los servidores públicos, publicada en el Diario Oficial de la federación el día 13 de marzo de 2002

Fue creada bajo el amparo de los nuevos tiempos en donde la lucha contra la corrupción y la exigencia por un gobierno transparente ocupan el primer plano dentro del escenario mexicano. Por ello convencidos de que la administración pública debe asumir un papel de liderazgo, necesario es modificar una vez más el régimen de responsabilidades en el servicio público con objeto de afianzar su proceso, sistematización y perfeccionamiento iniciado en 1982.

Desde nuestro punto de vista, uno de los factores que han sido piedra angular para el avance de la responsabilidad administrativa, es que por vez primera se sugiere la separación de las figuras del juicio político y la declaración de procedencia del cuerpo de la ley, dejando únicamente los lineamientos establecidos para regular la responsabilidad administrativa²⁵⁹.

Así mismo, el presente cuerpo normativo establece elementos que fomentan el desarrollo de la responsabilidad administrativa, entre las que encontramos:

- Establecer controles y sanciones administrativos, independientemente de la sanción penal a que haya lugar, contra el tráfico de influencias;
- Crear el registro público de servidores públicos sancionados;

²⁵⁸ Vid. Agustín Herrera Pérez, *Legislación federal sobre responsabilidades administrativas de los servidores públicos*, ed. Miguel Ángel Porrúa, México, 1998, en el mismo sentido, vid. *Ley federal de responsabilidades de los servidores públicos*, edición actualizada.

²⁵⁹ Vid. *Iniciativa de la ley federal de responsabilidades administrativas de los servidores públicos*, presentada por el Diputado Armando Salinas Torre, del Grupo Parlamentario del Partido Acción Nacional, en la sesión del 5 de abril de 2001.

- Imponer a las dependencias y entidades federales la obligación de consultar el registro antes mencionado, de manera previa a la contratación de cualquier persona;
- Prever la elaboración de códigos de ética en las dependencias y entidades federales, con la participación de los sectores social y privado, así como de los gobiernos estatales y municipales;
- Incorporar nuevos servidores públicos a quienes se les aplicará esta ley;
- Fortalecer a la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo (hoy Secretaría de la Función Pública) para investigar y sancionar a los servidores públicos que violen los principios de legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia en el desempeño de sus funciones;
- Ampliar los plazos de prescripción para sujetar el procedimiento a los servidores públicos y;
- Establecer por vez primera, el embargo precautorio, a través de la tesorería de la Federación, en contra de los presuntos responsables para garantizar el cobro de las sanciones²⁶⁰.

II. ORÍGENES, COMPETENCIA, ESTRUCTURA ORGANIZACIONAL, MISIÓN, VISIÓN DE LA SECRETARÍA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA Y ACCIONES GUBERNAMENTALES PRIORITARIAS, SUS ÓRGANOS INTERNOS DE CONTROL

ORÍGENES

Dentro de las estructuras orgánicas en México, destinadas a implementar la normatividad administrativo-disciplinaria durante los siglos XIX y XX y que anteceden a la actual Secretaría de la Función Pública, encontramos las siguientes:

En 1824: se instituyó el departamento de cuenta y razón, dependiente del Ministerio de Hacienda, establecido con el encargo de fiscalizar el cumplimiento por parte de los servidores públicos de la normatividad administrativa en materia de pagos indebidos.

En 1917 el departamento de Contraloría, adscrito directamente al titular del ejecutivo, surge como un mecanismo de observancia de las normas disciplinarias, a fin de mejorar el funcionamiento de la administración pública y moralizar al

²⁶⁰ Vid. Iniciativa de la ley federal de responsabilidades administrativas de los servidores públicos, presentada por el Diputado Armando Salinas Torre, del Grupo Parlamentario del Partido Acción Nacional, en la sesión del 5 de abril de 2001, en el mismo sentido, vid. Ley federal de responsabilidades de los servidores públicos.

personal al servicio del Estado. Con su establecimiento se logra el ideal de que un órgano dotado de la suficiente autoridad e independencia, sea el encargado de ejercer las funciones de fiscalización y control preventivo.

En 1935 se crea la Contaduría de la Federación, bajo la dependencia de la Secretaría de Hacienda, como órgano encargado de la contabilidad pública, glosa y fncamiento de responsabilidades administrativas.

Por decreto del 27 de enero de 1948, se crea la comisión nacional de inversiones, dependiente de la Secretaria de Hacienda y Crédito Público, con la responsabilidad de ejercer las funciones de control, vigilancia y coordinación sobre los organismos descentralizados y empresas de participación estatal.

En 1983 se plantea la necesidad de armonizar y fortalecer la función de fiscalización en el sector público, lo que dio origen a la Secretaría de la Contraloría General de la Federación; con el propósito de integrar en esta dependencia las funciones de fiscalización y responsabilidades de los servidores públicos.

En 1994 se reformó la ley orgánica de la administración pública federal, con el propósito fundamental de que el Estado dispusiera de mejores instrumentos para llevar a cabo, a través de la APF, sus tareas de gobierno con oportunidad y eficiencia, bajo un esquema de organización que evitara duplicación de funciones y precisara responsabilidades.

Dentro de este contexto se modificó el nombre de la dependencia por el de Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo y se le dotó de nuevas atribuciones, además de las ya mencionadas, con el objeto de modernizar y controlar funciones administrativas fundamentales y efectuar una evaluación global de la gestión pública, anteriormente dispersas.

Durante el año 2003 y como parte de la evolución de esta institución, es importante resaltar que el plan rector del Estado, mejor conocido como el Plan Nacional de Desarrollo (PND) del sexenio del Presidente Vicente Fox Quezada (2000-2006), adoptó como línea de acción de las actividades del ejecutivo federal en materia de control, promover la probidad, la transparencia y la rendición de cuentas como elementos esenciales del proceso de reforma del Estado, por ello se realizan una serie de cambios para la institución, entre los que figuran:

- Su cambio de denominación a la Secretaría de la Función Pública.
- Se le confirieron atribuciones directas a sus órganos internos de control insertos en las entidades paraestatales para iniciar el procedimiento administrativo a los servidores públicos de estas, en los casos en que se presume la necesidad de fincar responsabilidades en los términos de ley, así como precisar las correspondientes a los órganos internos de control de las dependencias y de la Procuraduría General de la República.

- Propiciar una organización de carácter institucional que permita que el ejercicio de las atribuciones conferidas se realice bajo un esquema de eficiencia que permita la coordinación, comunicación, dirección y supervisión de las acciones que tiene encomendadas la dependencia²⁶¹.

DE LA COMPETENCIA

La Secretaría de la Función Pública, como dependencia del poder ejecutivo Federal, tiene a su cargo el desempeño de las atribuciones y facultades que le encomiendan:

- La ley orgánica de la administración pública federal;
- La ley federal de responsabilidades administrativas de los servidores públicos y demás ordenamientos legales aplicables en la materia;
- La ley de adquisiciones, arrendamientos y servicios del sector público;
- La ley de obras públicas y servicios relacionados con las mismas;
- La ley general de bienes nacionales;
- La ley del servicio profesional de carrera en la administración pública federal;
- La ley federal de presupuesto y responsabilidad hacendaria;
- Y otras leyes, reglamentos, decretos, acuerdos y órdenes del Presidente de la República.

DE SU ESTRUCTURA ORGANIZACIONAL

De acuerdo al Artículo Tercero del reglamento interior de la Secretaría de la Función Pública, al frente de la Secretaría estará el Secretario, quien, para el desahogo de los asuntos de su competencia, se auxiliará de las unidades administrativas.

Oficina del C. Secretario	OS
Unidad de Asuntos Jurídicos	UAJ
Contraloría Interna	CI
Coordinación General de Órganos de Vigilancia y Control	CGOVC
Dirección General de Comunicación Social	DGCS

²⁶¹ Cfr. Treviño Garza, Adolfo J. Tratado de Derecho Contencioso Administrativo, Porrúa, México, 2002 y página web de la Secretaría de la Función Pública www.funcionpublica.gob.mx

Unidad de Políticas de Transparencia y Cooperación Internacional	UPTCI
Dirección General de Información e Integración	DGII
Subsecretaría de Control y Auditoría de la Gestión Pública	SCAGP
Unidad de Control y Auditoría a Obra Pública	UCAOP
Unidad de Control de la Gestión Pública	UCGP
Unidad de Auditoría Gubernamental	UAG
Unidad de Operación Regional y Contraloría Social	UORCS
Dirección General de Auditorías Externas	DGAE
Subsecretaría de Responsabilidades Administrativas y Contrataciones Públicas	SRACP
Unidad de Política de Contrataciones Públicas	UPCP
Unidad de Normatividad de Contrataciones Públicas	UNCP
Dirección General de Responsabilidades y Situación Patrimonial	DGRSP
Dirección General de Controversias y Sanciones en Contrataciones Públicas	DGCSCP
Dirección General de Denuncias e Investigaciones	DGDI
Subsecretaría de la Función Pública	SSFP
Unidad de Política de Recursos Humanos de la Administración Pública Federal	UPRHAPF
Unidad de Gobierno Digital	UGD
Unidad de Políticas de Mejora de la Gestión Pública	UPMGP
Unidad de Evaluación de la Gestión y el Desempeño Gubernamental	UEGDG
Oficialía Mayor	OM
Dirección General de Recursos Humanos	DGRH
Dirección General de Tecnologías de Información	DGTI
Dirección General de Programación y Presupuesto	DGPYP
Dirección General de Recursos Materiales y Servicios Generales	

²⁶² Reglamento interior de la Secretaría de la Función Pública, última reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación del 03 de agosto de 2011 y Vid. página www.funcionpublica.gob.mx

MISIÓN

Consolidar un gobierno honesto, eficiente y transparente.

VISIÓN 2020

La ciudadanía participa y confía en la función pública²⁶³

ACCIONES GUBERNAMENTALES PRIORITARIAS

- Promover la cultura de la legalidad y el aprecio por la rendición de cuentas;
- Ampliar la cobertura, impacto y efecto preventivo de la fiscalización a la gestión pública;
- Inhibir y sancionar las prácticas corruptas;
- Articular estructuras profesionales, eficientes y eficaces del gobierno;
- Mejorar la regulación, la gestión y los procesos de la APF;
- Fomentar la tala regulatoria;
- Optimizar el uso y aprovechamiento de los inmuebles federales²⁶⁴.

III. LA COORDINACIÓN GENERAL DE ÓRGANOS DE VIGILANCIA Y CONTROL, LOS ÓRGANOS INTERNOS DE CONTROL, LAS FACULTADES DE SUS TITULARES Y SUS SUBALTERNOS, LOS TITULARES DE QUEJAS Y RESPONSABILIDADES; LOS SISTEMAS FISCALIZADORES MATERIALES Y ELECTRÓNICOS QUE ESTOS IMPLEMENTAN DENTRO DEL ÁMBITO DE SUS RESPECTIVAS COMPETENCIAS

COORDINACIÓN GENERAL DE ÓRGANOS INTERNOS DE CONTROL

Los órganos internos de control, conocidos en la administración pública federal mexicana por sus siglas “OIC” dependen jerárquica y funcionalmente de la Coordinación General de Órganos de Vigilancia y Control (CGOVC), de

²⁶³ Vid. Idem.

²⁶⁴ Vid. página www.funcionpublica.gob.mx; cabe destacar que con la actualización del Reglamento Interior de la Secretaría de la Función Pública realizada en agosto de 2011 da respuesta a los reclamos de la sociedad para combatir la corrupción, a través de medidas de carácter inmediato y profundo que permitan hacer más eficientes las líneas de control en el ámbito en que el desempeño de la función pública; se requieren mecanismos fiscalizadores eficientes y eficaces; así como se implementen acciones correctivas que impidan la desviación de conductas que dañen la dignidad de la misión y deberes de los servidores públicos.

conformidad con el artículo noveno del reglamento interno de la Secretaría de la Función Pública, el cual señala:

ARTÍCULO 9. Al frente de la Coordinación General de Órganos de Vigilancia y Control habrá un coordinador general, a quien corresponderá el ejercicio de las siguientes facultades:

- I. Coordinar a los delegados, subdelegados y comisarios públicos, así como interrelacionarlos con el secretario y las unidades administrativas de la Secretaría;
- II. Coordinar a los titulares de los órganos internos de control en las dependencias, las entidades y la Procuraduría, e interrelacionarlos con el secretario por sí o a través de los delegados, subdelegados y comisarios públicos;
- III. Dirigir la actuación y evaluar el desempeño de los delegados, subdelegados, comisarios públicos y los titulares de los órganos internos de control, con base en las políticas y prioridades que dicte el secretario, así como evaluar la actuación y desempeño de los titulares de las áreas que integran dichos órganos, para lo cual tomará en cuenta el cumplimiento de los objetivos establecidos por los subsecretarios;
- IV. Proponer al secretario las políticas, lineamientos, modelos y mecanismos para dirigir y coordinar la actuación y evaluar el desempeño de los delegados, subdelegados, comisarios públicos, titulares de los órganos internos de control y de los titulares de las áreas que integran dichos órganos, previa opinión de las unidades administrativas competentes de la secretaría;
- V. Proponer al secretario las políticas, lineamientos y mecanismos para el desarrollo organizacional de los órganos de vigilancia y control;
- VI. Aprobar los programas de trabajo de delegados y comisarios públicos con base en las políticas y prioridades que dicte el secretario;
- VII. Opinar sobre los programas de trabajo de los órganos internos de control con base en las políticas y prioridades que dicte el secretario;
- VIII. Administrar el modelo integral de dirección y evaluación del desempeño de los delegados, subdelegados, comisarios públicos, titulares de los órganos internos de control y titulares de las áreas que integran dichos órganos;
- IX. Someter a la consideración del secretario, la designación y, en su caso, la remoción de los delegados, subdelegados, comisarios públicos y titulares de los órganos internos de control, así como los de las áreas de auditoría, quejas y responsabilidades y mantener actualizado el catálogo respectivo;
- X. Promover, previo acuerdo del secretario, ante los titulares de las dependencias, las entidades y la Procuraduría el establecimiento o modificación de las estructuras orgánicas y ocupacionales de los órganos internos de control, atendiendo las nece-

sidades del servicio y a las políticas y prioridades de la Secretaría, con el apoyo de la oficialía mayor;

XI. Opinar, con el apoyo de la oficialía mayor, sobre la creación o modificación a las estructuras de los órganos internos de control, previo al trámite ante la unidad de política de recursos humanos de la administración pública federal;

XII. Entregar los nombramientos a los titulares de los órganos internos de control y a los de las áreas de auditoría, quejas y responsabilidades de dichos órganos, así como a los delegados, subdelegados y comisarios públicos y brindarles el apoyo necesario en la toma de posesión de sus cargos, notificando a los titulares de las dependencias, las entidades y la Procuraduría las referidas designaciones;

XIII. Coordinar y verificar la elaboración de los informes y reportes que deban rendir los delegados, subdelegados y comisarios públicos, sobre el desempeño de las dependencias, las entidades y la Procuraduría, conforme el marco jurídico aplicable;

XIV. Promover las adecuaciones y mejoras a la normativa, instrumentos de control y evaluación y a los programas institucionales, con el fin de asegurar las políticas y prioridades de la Secretaría;

XV. Determinar, con el apoyo de otras unidades administrativas competentes de la Secretaría, las necesidades de capacitación de los delegados, subdelegados, comisarios públicos, titulares de los órganos internos de control y de sus respectivas áreas de auditoría, quejas y responsabilidades, así como coordinar y promover dicha capacitación;

XVI. Dirigir y coordinar la participación de los delegados, subdelegados, comisarios públicos y titulares de los órganos internos de control y de los titulares de las áreas que integran dichos órganos, según corresponda conforme el ámbito de sus respectivas atribuciones, en la vigilancia y evaluación de las acciones que se realicen en cumplimiento de los programas que deriven del Plan Nacional de Desarrollo, en materia de transparencia, rendición de cuentas, combate a la corrupción y mejora de la gestión gubernamental;

XVII. Presentar al secretario propuestas de sectorización de los órganos de vigilancia y control en las dependencias, las entidades y la Procuraduría;

XVIII. Elaborar conjuntamente con las subsecretarías el programa anual de visitas de inspección a los órganos internos de control, para constatar la debida atención y trámite de los asuntos relativos a las materias de sus respectivas competencias.

Lo anterior, sin perjuicio de las atribuciones que en términos de este reglamento competen a las unidades administrativas para supervisar las funciones de los titulares de los referidos órganos, así como de los titulares de las áreas de quejas, auditorías y responsabilidades;

XIX. Realizar las visitas de inspección a que se refiere la fracción anterior, así como dar seguimiento a las medidas preventivas o, en su caso, correctivas que deriven de las mismas;

XX. Integrar el proyecto de lineamientos generales para la formulación de los programas de trabajo de los órganos internos de control para su expedición por el secretario, atendiendo lo dispuesto en la fracción VII del artículo 7 de este reglamento, y

XXI. Las demás que las disposiciones legales y administrativas le confieran y las que le encomiende el secretario.

El coordinador general de órganos de vigilancia y control tendrá, igualmente, las facultades que el artículo 48 de este reglamento confiere a los directores generales y se auxiliará de los directores generales adjuntos, directores de área, subdirectores y jefes de departamento, así como del personal técnico y administrativo que determine el secretario y que las necesidades del servicio requieran, siempre que figuren en el presupuesto de la Secretaría.

Como se puede observar, la coordinación general de órganos de vigilancia y control ejerce funciones de control interno institucional, pues de acuerdo con el artículo arriba transcrito, se verifica la existencia de diversos procesos cuyo fin es proporcionar un grado de seguridad razonable en la consecución de los objetivos de la institución²⁶⁵.

LOS ÓRGANOS INTERNOS DE CONTROL

Los titulares de los órganos internos de control, sus titulares de las áreas de auditoría²⁶⁶, quejas y responsabilidades son directamente designados por el secretario y tendrán el carácter de autoridad según lo dispuesto por el artículo 37 fracción XII de la ley orgánica de la administración pública federal.

²⁶⁵ Se identifica que el coordinador general en mención se enfoca a resultados, en su caso instaura, foros colegiados de alto nivel para toma de decisiones sobre control interno y desempeño.

²⁶⁶ Respecto de los titulares de auditoría, por ser un tema de aplicación estricta de derecho disciplinario, en el presente artículo no se abordaron sus facultades; no obstante lo anterior, estas pueden ser consultadas en el artículo 80 fracción II del reglamento interior de la Secretaría de la Función Pública, última reforma DOF 03-08-2011.

TITULARES DE LOS ÓRGANOS INTERNOS DE CONTROL

En materia de derecho disciplinario, los titulares de los órganos internos de control tendrán en el ámbito de la dependencia, órgano desconcentrado o entidad en la que sean designados, entre otras facultades:

- Recibir quejas y denuncias por incumplimiento de las obligaciones de los servidores públicos y darles seguimiento; investigar y fincar las responsabilidades a que haya lugar e imponer las sanciones respectivas, en los términos del ordenamiento legal en materia de responsabilidades, determinar la suspensión temporal del presunto responsable de su empleo, cargo o comisión, si así conviene a la conducción o continuación de las investigaciones, de acuerdo a lo establecido en el ordenamiento aludido y, en su caso, llevar a cabo las acciones que procedan conforme a la ley de la materia, a fin de estar en condiciones de promover el cobro de las sanciones económicas que se lleguen a imponer a los servidores públicos con motivo de la infracción cometida;
- Coadyuvar al funcionamiento del sistema de control y evaluación gubernamental; vigilar el cumplimiento de las normas de control que expida la Secretaría y aquellas que en la materia expidan las dependencias, las entidades y la Procuraduría, así como analizar y proponer con un enfoque preventivo, las normas, lineamientos, mecanismos y acciones para fortalecer el control interno de las instituciones.

En cuanto a facultades en materia disciplinaria, el artículo 80 fracciones I y III del reglamento interno de la Secretaría de la Función Pública contempla para los titulares de las áreas de quejas y de responsabilidades las siguientes facultades:

TITULAR DEL ÁREA DE QUEJAS²⁶⁷

1. Recibir las quejas y denuncias que se formulen por el posible incumplimiento de las obligaciones de los servidores públicos;
2. Practicar de oficio, o a partir de queja o denuncia, las investigaciones por el posible incumplimiento de los servidores públicos a las obligaciones a que se refiere el ordenamiento legal en materia de responsabilidades, con excepción de aquellas que deba llevar a cabo la Dirección General

²⁶⁷ Vid. Artículo 80, fracción III del reglamento interior de la Secretaría de la Función Pública, última reforma DOF 03-08-2011.

- de Denuncias e Investigaciones, por acuerdo del secretario, así como informar a dicha unidad administrativa sobre el Estado que guarde la tramitación de los procedimientos de investigación que conozca;
3. Citar, cuando lo estime necesario, al denunciante o al quejoso para la ratificación de la denuncia o la queja presentada en contra de servidores públicos por presuntas violaciones al ordenamiento legal en materia de responsabilidades, o incluso a otros servidores públicos que puedan tener conocimiento de los hechos a fin de constatar la veracidad de los mismos, así como solicitarles que aporten, en su caso, elementos, datos o indicios que permitan advertir la presunta responsabilidad del servidor público;
 4. Practicar las actuaciones y diligencias que se estimen procedentes, a fin de integrar debidamente los expedientes relacionados con las investigaciones que realice con motivo del incumplimiento de los servidores públicos a las obligaciones a que se refiere el ordenamiento legal en materia de responsabilidades;
 5. Dictar los acuerdos que correspondan en los procedimientos de investigación que realice, incluidos los de archivo por falta de elementos cuando así proceda, y de remisión al área de responsabilidades;
 6. Promover la implementación y seguimiento de mecanismos e instancias de participación ciudadana para el cumplimiento de estándares de servicio, así como en el establecimiento de indicadores para la mejora de trámites y servicios en las dependencias, las entidades y la Procuraduría, conforme la metodología que al efecto se emita;
 7. Asesorar, gestionar, promover y dar seguimiento a las peticiones sobre los trámites y servicios que presente la ciudadanía y recomendar a las dependencias, las entidades o la Procuraduría la implementación de mejoras cuando así proceda;
 8. Conocer previamente a la presentación de una inconformidad, las irregularidades que a juicio de los interesados se hayan cometido en los procedimientos de adjudicación de adquisiciones, arrendamientos y servicios, así como respecto de la obra pública que lleven a cabo las dependencias, las entidades o la Procuraduría, a efecto de que las mismas se corrijan cuando así proceda;
 9. Supervisar los mecanismos e instancias de atención y participación ciudadana y de aseguramiento de la calidad en trámites y servicios que brindan las dependencias, las entidades, o la Procuraduría conforme a la política que emita la Secretaría;

10. Auxiliar al titular del órgano interno de control en la formulación de requerimientos, información y demás actos necesarios para la atención de los asuntos en la materia, así como solicitar a las unidades administrativas la información que se requiera;
11. Determinar la procedencia de las inconformidades que se presenten en contra de los actos relacionados con la operación del servicio profesional de carrera y sustanciar su desahogo, conforme las disposiciones que resulten aplicables;
12. Realizar la valoración de la determinación preliminar que formulen las dependencias sobre el incumplimiento reiterado e injustificado de obligaciones de los servidores públicos de carrera, en términos de la ley del servicio profesional de carrera en la administración pública federal y su reglamento;
13. Llevar los registros de los asuntos de su competencia y expedir las copias certificadas de los documentos que obren en sus archivos, y
14. Las demás que les atribuyan expresamente el secretario y el titular del órgano interno de control correspondiente²⁶⁸.

TITULAR DEL ÁREA DE RESPONSABILIDADES

Una vez finalizada la investigación, si el área de quejas, tras ponderar y justipreciar los elementos obtenidos considera que existen presuntas irregularidades administrativas, dictará un acuerdo de remisión al área de responsabilidades, la cual tendrá entre otras las siguientes facultades:

1. Citar al presunto responsable e iniciar e instruir el procedimiento de investigación, a fin de determinar las responsabilidades a que haya lugar e imponer, en su caso, las sanciones aplicables en los términos del ordenamiento legal en materia de responsabilidades y determinar la suspensión temporal del presunto responsable de su empleo, cargo o comisión, si así conviene para la conducción o continuación de las investigaciones, de conformidad con lo previsto en el referido ordenamiento;
2. Llevar los registros de los asuntos de su competencia y expedir las copias certificadas de los documentos que obren en sus archivos;
3. Dictar las resoluciones en los recursos de revocación interpuestos por los servidores públicos respecto de la imposición de sanciones administrativas, así como realizar la defensa jurídica de las resoluciones que

²⁶⁸ Como se puede observar existen disposiciones preventivas de control interno.

- emitan ante las diversas instancias jurisdiccionales, representando al secretario;
4. Recibir, instruir y resolver las inconformidades interpuestas por los actos que contravengan las disposiciones jurídicas en materia de adquisiciones, arrendamientos, servicios, obra pública y servicios relacionados con la misma, con excepción de aquéllas que deba conocer la dirección general de controversias y sanciones en contrataciones públicas, por acuerdo del secretario;
5. Iniciar, instruir y resolver el procedimiento de intervenciones de oficio, si así lo considera conveniente por presumir la inobservancia de las disposiciones contenidas en las disposiciones mencionadas en el numeral anterior;
6. Tramitar, instruir y resolver los procedimientos administrativos correspondientes e imponer las sanciones a los licitantes, proveedores y contratistas en los términos de las disposiciones jurídicas en materia de adquisiciones, arrendamientos, servicios, obra pública y servicios relacionados con la misma e informar a la dirección general de controversias y sanciones en contrataciones públicas sobre el Estado que guarde la tramitación de los expedientes de sanciones que sustancie, con excepción de los asuntos que aquella conozca;
7. Tramitar los procedimientos de conciliación en materia de adquisiciones, arrendamientos, servicios, obra pública y servicios relacionados con la misma derivados de las solicitudes de conciliación que presenten los proveedores o contratistas por incumplimiento a los contratos o pedidos celebrados por las dependencias, las entidades y la Procuraduría, en los casos en que por acuerdo del secretario así se determine. Para efecto de lo anterior, podrán emitir todo tipo de acuerdos, así como presidir y conducir las sesiones de conciliación y llevar a cabo las diligencias, requerimientos, citaciones, notificaciones y prevenciones a que haya lugar;
8. Instruir los recursos de revisión que se hagan valer en contra de las resoluciones de inconformidades e intervenciones de oficio, así como en contra de las resoluciones por las que se impongan sanciones a los licitantes, proveedores y contratistas en los términos de las leyes de la materia y someterlos a la resolución del titular del órgano interno de control;
9. Formular requerimientos, llevar a cabo los actos necesarios para la atención de los asuntos en materia de responsabilidades, así como solicitar a las unidades administrativas la información que se requiera, y

10. Las demás que las disposiciones legales y administrativas le confieran y las que le encomienden el secretario y el titular del órgano interno de control correspondiente²⁶⁹.

LOS SISTEMAS FISCALIZADORES MATERIALES Y ELECTRÓNICOS QUE IMPLEMENTAN DENTRO DEL ÁMBITO DE SUS RESPECTIVAS COMPETENCIAS

Área de quejas

Sistema de fiscalización material

Para la atención de los asuntos que se le han encomendado, en apego a la ley de responsabilidades administrativas de los servidores públicos y al reglamento interno de la Secretaría de la Función Pública, el área de quejas para el ejercicio de sus facultades hace uso de los “lineamientos y criterios técnicos y operativo” para el proceso de atención ciudadana, dichos lineamientos buscan homologar y unificar los criterios de atención de peticiones ciudadanas y apoyar la labor que en esta materia realizan los órganos internos de control, dichos lineamientos abordan temáticas importantes como son:

- La clasificación de las quejas, denuncias, peticiones sobre los trámites y servicios gubernamentales (seguimientos de irregularidad, sugerencias y solicitudes);
- Requisitos para la captación de la queja o denuncia;
- Requisitos para la captación del seguimiento de irregularidad, sugerencia, solicitud y reconocimiento;
- Determinación de competencia;
- Ejercicio de la facultad de atracción;
- Registro en el Sistema Electrónico de Atención Ciudadana (SEAC);
- Autoridades facultadas para investigar;
- Elementos de la queja y denuncia;
 - Acuerdo de Inicio,
 - Ratificación,
 - Ampliación,
 - Desistimiento,
 - La posible comisión de un delito,

²⁶⁹ Como se puede observar el área de responsabilidades del órgano interno de control es el encargado de aplicar el procedimiento administrativo disciplinario a los servidores públicos Vid. Idem fracción I.

- Prescripción,
- Acumulación,
- Integración,
- Queja o denuncia anónima,
- Queja o denuncia presentada en los medios de comunicación,
- Duración de la investigación;
- Acuerdos de trámite;
- Integración del expediente;
- Solicitud de Información;
- Acuerdo de Conclusión;
 - Archivo por falta de elementos,
 - Remisión del expediente al área de responsabilidades,
 - Incompetencia,
 - Conclusión por improcedencia,
- Acuerdo de conclusión para turno al área de responsabilidades;
 - Relación de los hechos,
 - Acreditación de la irregularidad administrativa,
 - Vinculación entre la irregularidad determinada y el o los servidores públicos involucrados,
 - Fundamentación y motivación de las irregularidades,
 - Estudio y análisis de las documentales recabadas²⁷⁰.

Sistema de fiscalización electrónico denominado “Sistema Electrónico de Atención Ciudadan” (SEAC)

En cualquier lugar de la administración pública que nos encontremos, será necesario adoptar la tecnología como una herramienta fundamental de nuestro trabajo, una computadora y sus sistemas marcarán la diferencia entre cumplir o no un compromiso con éxito.

El manual del sistema electrónico de atención ciudadana contiene información referente a los conceptos de clasificación de las peticiones ciudadanas que se tienen en los lineamientos y criterios técnicos y operativos del proceso de atención ciudadana; así como los procedimientos necesarios para la operación del sistema, el registro de las peticiones, la manipulación de los datos y los reportes generados por el mismo.

²⁷⁰ Cfr. “Lineamientos y criterios técnicos y operativo” para el proceso de atención ciudadana de 13/11/ 2003, aún vigentes.

El Sistema Electrónico de Atención Ciudadana, conocido por sus siglas como SEAC, se utiliza con el fin de llevar un efectivo seguimiento de los asuntos, generar información oportuna y confiable, que permita un objetivo análisis, una correcta evaluación y una eficiente toma de decisiones.

Todo esto no solo representa una mejora tecnológica, es un cambio de cultura; desde la captura, la operación y el seguimiento de los asuntos hasta la forma de analizar la información para detectar áreas de oportunidad y actuar en consecuencia.

OBJETIVOS DEL SISTEMA

- Contribuir a mejorar la calidad de los servicios públicos federales, a través de procedimientos electrónicos que permitan optimizar el proceso de atención ciudadana en la Administración Pública Federal (APF).
- Facilitar el control y seguimiento de las peticiones ciudadanas recibidas por la Secretaría de la Función Pública y los órganos internos de control, hasta su resolución.
- Agilizar la generación de indicadores y reportes, a fin de encontrar áreas de oportunidad y lograr así establecer mecanismos de mejora continua.
- Informar oportunamente al ciudadano sobre el tratamiento que las áreas responsables están dando a su petición.
- Contribuir a aumentar la confianza de la ciudadanía en las instituciones públicas, para propiciar su participación en el combate a la corrupción y el mejoramiento de los servicios públicos²⁷¹.

ÁREA DE RESPONSABILIDADES

SISTEMA DE FISCALIZACIÓN MATERIAL

Desde el punto de vista de la fiscalización material, el área de responsabilidades, es la encargada de incoar el procedimiento administrativo disciplinario consagrado en el artículo 21 de la ley federal de responsabilidades administrativas de los servidores públicos²⁷².

²⁷¹ Vid. El manual del sistema electrónico de atención ciudadana, sito en www.funcionpublica.gob.mx

²⁷² Por ser un tema fundamental en el desarrollo del presente artículo, el procedimiento administrativo de responsabilidades será objeto de estudio específico en el apartado IV. intitulado “Obligaciones de los servidores públicos; implementación del procedimiento administrativo de responsabilidades de los servidores públicos por parte de los titulares de responsabilidades de los órganos internos de control y estructura de las resoluciones”.

SISTEMA DE FISCALIZACIÓN ELECTRÓNICO DENOMINADO “SISTEMA DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIDADE”. (SPAR)

En cuanto a sistemas electrónicos, dicho procedimiento es registrado en el sistema electrónico denominado “Sistema de Procedimiento Administrativo de Responsabilidad”. conocido por sus siglas como SPAR, a diferencia del sistema electrónico SEAC este se encuentra en la plataforma WEB, por lo que puede ser consultado desde cualquier punto donde se tenga recepción de internet.

El sistema SPAR permite registrar las etapas que comprende el proceso de registro de procedimientos administrativos de responsabilidades, el seguimiento, la resolución y los medios de impugnación.

El sistema cuenta con un módulo de reportes que puede generar diferentes cruces de información para su consulta.

BENEFICIOS

- Oportunidad de información al ser un sistema en línea;
- Indicadores y semáforos del avance del proceso de los procedimientos administrativos de responsabilidades;
- Incorporación de información en forma sencilla;
- Consulta de información y generación de reportes;
- Facilidad de acceso al sistema al eliminar la instalación de la aplicación en cada uno de los equipos, ya que se tendrá acceso como cualquier página en Internet.

IV. OBLIGACIONES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS; IMPLEMENTACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIDADES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS POR PARTE DE LOS TITULARES DE RESPONSABILIDADES DE LOS ÓRGANOS INTERNOS DE CONTROL Y ESTRUCTURA DE LAS RESOLUCIONES

OBLIGACIONES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS

Las obligaciones de los servidores públicos están contempladas en el artículo octavo de la ley federal de responsabilidades administrativas de los servidores públicos, las cuales se hacen consistir en:

- I. Cumplir el servicio que le sea encomendado y abstenerse de cualquier acto u omisión que cause la suspensión o deficiencia de dicho servicio o implique abuso o ejercicio indebido de un empleo, cargo o comisión;
- II. Formular y ejecutar los planes, programas y presupuestos correspondientes a su competencia, cumplir las leyes y la normatividad que determinen el manejo de recursos económicos públicos;
- III. Utilizar los recursos que tenga asignados y las facultades que le hayan sido atribuidas para el desempeño de su empleo, cargo o comisión, exclusivamente para los fines a que están afectos;
- IV. Rendir cuentas sobre el ejercicio de las funciones que tenga conferidas y coadyuvar en la rendición de cuentas de la gestión pública federal, proporcionando la documentación e información que le sea requerida en los términos que establezcan las disposiciones legales correspondientes;
- V. Custodiar y cuidar la documentación e información que por razón de su empleo, cargo o comisión, tenga bajo su responsabilidad, e impedir o evitar su uso, sustracción, destrucción, ocultamiento o inutilización indebidos;
- VI. Observar buena conducta en su empleo, cargo o comisión, tratando con respeto, diligencia, imparcialidad y rectitud a las personas con las que tenga relación con motivo de este;
- VII. Comunicar por escrito al titular de la dependencia o entidad en la que preste sus servicios, las dudas fundadas que le suscite la procedencia de las órdenes que reciba y que pudiesen implicar violaciones a la Ley o a cualquier otra disposición jurídica o administrativa, a efecto de que el titular dicte las medidas que en derecho procedan, las cuales deberán ser notificadas al servidor público que emitió la orden y al interesado;
- VIII. Abstenerse de ejercer las funciones de un empleo, cargo o comisión, por haber concluido el período para el cual se le designó, por haber sido cesado o por cualquier otra causa legal que se lo impida;
- IX. Abstenerse de disponer o autorizar que un subordinado no asista sin causa justificada a sus labores, así como de otorgar indebidamente licencias, permisos o comisiones con goce parcial o total de sueldo y otras percepciones;
- X. Abstenerse de autorizar la selección, contratación, nombramiento o designación de quien se encuentre inhabilitado por resolución de autoridad competente para ocupar un empleo, cargo o comisión en el servicio público;
- XI. Excusarse de intervenir, por motivo de su encargo, en cualquier forma en la atención, tramitación o resolución de asuntos en los que tenga interés personal, familiar o de negocios, incluyendo aquéllos de los que pueda resultar algún beneficio

para él, su cónyuge o parientes consanguíneos o por afinidad hasta el cuarto grado, o parientes civiles, o para terceros con los que tenga relaciones profesionales, laborales o de negocios, o para socios o sociedades de las que el servidor público o las personas antes referidas formen o hayan formado parte.

El servidor público deberá informar por escrito al jefe inmediato sobre la atención, trámite o resolución de los asuntos a que hace referencia el párrafo anterior y que sean de su conocimiento, y observar sus instrucciones por escrito sobre su atención, tramitación y resolución, cuando el servidor público no pueda abstenerse de intervenir en ellos;

XII. Abstenerse, durante el ejercicio de sus funciones, de solicitar, aceptar o recibir, por sí o por interpuesta persona, dinero, bienes muebles o inmuebles mediante enajenación en precio notoriamente inferior al que tenga en el mercado ordinario, donaciones, servicios, empleos, cargos o comisiones para sí, o para las personas a que se refiere la fracción XI de este artículo, que procedan de cualquier persona física o moral cuyas actividades profesionales, comerciales o industriales se encuentren directamente vinculadas, reguladas o supervisadas por el servidor público de que se trate en el desempeño de su empleo, cargo o comisión y que implique intereses en conflicto. Esta prevención es aplicable hasta un año después de que se haya retirado del empleo, cargo o comisión.

Habrán intereses en conflicto cuando los intereses personales, familiares o de negocios del servidor público puedan afectar el desempeño imparcial de su empleo, cargo o comisión.

Una vez concluido el empleo, cargo o comisión, el servidor público deberá observar, para evitar incurrir en intereses en conflicto, lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley; En el caso del personal de los centros públicos de investigación, los órganos de gobierno de dichos centros, con la previa autorización de su órgano de control interno, podrán determinar los términos y condiciones específicas de aplicación y excepción a lo dispuesto en esta fracción, tratándose de los conflictos de intereses que puede implicar las actividades en que este personal participe o se vincule con proyectos de investigación científica y desarrollo tecnológico en relación con terceros de conformidad con lo que establezca la ley de ciencia y tecnología;

XIII. Desempeñar su empleo, cargo o comisión sin obtener o pretender obtener beneficios adicionales a las contraprestaciones comprobables que el Estado le otorga por el desempeño de su función, sean para él o para las personas a las que se refiere la fracción XI;

XIV. Abstenerse de intervenir o participar indebidamente en la selección, nombramiento, designación, contratación, promoción, suspensión, remoción, cese, rescisión del contrato o sanción de cualquier servidor público, cuando tenga interés per-

sonal, familiar o de negocios en el caso, o pueda derivar alguna ventaja o beneficio para él o para las personas a las que se refiere la fracción XI;

XV. Presentar con oportunidad y veracidad las declaraciones de situación patrimonial, en los términos establecidos por la ley;

XVI. Atender con diligencia las instrucciones, requerimientos o resoluciones que reciba de la Secretaría, del contralor interno o de los titulares de las áreas de auditoría, de quejas y de responsabilidades, conforme la competencia de estos;

XVII. Supervisar que los servidores públicos sujetos a su dirección, cumplan con las disposiciones de este artículo;

XVIII. Denunciar por escrito ante la Secretaría o la contraloría interna, los actos u omisiones que en ejercicio de sus funciones llegare a advertir respecto de cualquier servidor público que pueda constituir responsabilidad administrativa en los términos de la ley y demás disposiciones aplicables;

XIX. Proporcionar en forma oportuna y veraz, toda información y datos solicitados por la institución a la que legalmente le compete la vigilancia y defensa de los derechos humanos. En el cumplimiento de esta obligación, además, el servidor público deberá permitir, sin demora, el acceso a los recintos o instalaciones, expedientes o documentación que la institución de referencia considere necesario revisar para el eficaz desempeño de sus atribuciones y corroborar, también, el contenido de los informes y datos que se le hubiesen proporcionado;

XIX-A. Responder las recomendaciones que les presente la institución a la que legalmente le compete la vigilancia y defensa de los derechos humanos, y en el supuesto de que se decida no aceptar o no cumplir las recomendaciones, deberá hacer pública su negativa, fundándola y motivándola en términos de lo dispuesto por el Apartado B, del artículo 102 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y por el artículo 46 de la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos;

XIX-B. Atender los llamados de la Cámara de Senadores o en sus recesos de la comisión permanente, a comparecer ante dichos órganos legislativos, a efecto de que expliquen el motivo de su negativa a aceptar o cumplir las recomendaciones de la institución a la que legalmente le compete la vigilancia y defensa de los derechos humanos, en términos del Apartado B, del artículo 102 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;

XX. Abstenerse, en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas, de celebrar o autorizar la celebración de pedidos o contratos relacionados con adquisiciones, arrendamientos y enajenación de todo tipo de bienes, prestación de servicios de cualquier naturaleza y la contratación de obra pública o de servicios relacionados con esta, con quien desempeñe un empleo, cargo o comisión en el servicio público,

o bien con las sociedades de las que dichas personas formen parte. Por ningún motivo podrá celebrarse pedido o contrato alguno con quien se encuentre inhabilitado para desempeñar un empleo, cargo o comisión en el servicio público;

XXI. Abstenerse de inhibir por sí o por interpuesta persona, utilizando cualquier medio, a los posibles quejosos con el fin de evitar la formulación o presentación de denuncias o realizar, con motivo de ello, cualquier acto u omisión que redunde en perjuicio de los intereses de quienes las formulen o presenten;

XXII. Abstenerse de aprovechar la posición que su empleo, cargo o comisión le confiere para inducir a que otro servidor público efectúe, retrase u omita realizar algún acto de su competencia, que le reporte cualquier beneficio, provecho o ventaja para sí o para alguna de las personas a que se refiere la fracción XI;

XXIII. Abstenerse de adquirir para sí o para las personas a que se refiere la fracción XI, bienes inmuebles que pudieren incrementar su valor o, en general, que mejoren sus condiciones, como resultado de la realización de obras o inversiones públicas o privadas, que haya autorizado o tenido conocimiento con motivo de su empleo, cargo o comisión. Esta restricción será aplicable hasta un año después de que el servidor público se haya retirado del empleo, cargo o comisión y

XXIV. Abstenerse de cualquier acto u omisión que implique incumplimiento de cualquier disposición legal, reglamentaria o administrativa relacionada con el servicio público.

El incumplimiento a lo dispuesto en el presente artículo dará lugar al procedimiento y a las sanciones que correspondan, sin perjuicio de las normas específicas que al respecto rijan en el servicio de las fuerzas armadas²⁷³.

Ahora en relación a lo antes expuesto preciso es señalar que se considerará infracción grave el incumplimiento a las obligaciones previstas en las fracciones VIII, X a XIV, XVI, XIX, XXII y XXIII del artículo 8 de la Ley²⁷⁴.

IMPLEMENTACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIDADES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS POR PARTE DE LOS TITULARES DE RESPONSABILIDADES DE LOS ÓRGANOS INTERNOS DE CONTROL

La base para la implementación de la norma disciplinaria es el artículo 21 de la ley federal de responsabilidades administrativas de los servidores públicos, el cual describe las etapas del procedimiento administrativo de responsabilidades que a saber son:

²⁷³ Vid. Artículo 8 de la ley federal de responsabilidades administrativas de los servidores públicos.

²⁷⁴ Vid. Artículo 13 del mismo precepto legal.

I. Citará al presunto responsable a una audiencia, notificándole que deberá comparecer personalmente a rendir su declaración en torno a los hechos que se le imputen y que puedan ser causa de responsabilidad en los términos de la ley y demás disposiciones aplicables.

En la notificación deberá expresarse el lugar, día y hora en que tendrá verificativo la audiencia; la autoridad ante la cual se desarrollará esta; los actos u omisiones que se le imputen al servidor público y el derecho a comparecer asistido de un defensor. Hecha la notificación, si el servidor público deja de comparecer sin causa justificada, se tendrán por ciertos los actos u omisiones que se le imputan.

La notificación a que se refiere esta fracción se practicará de manera personal al presunto responsable.

Entre la fecha de la citación y la de la audiencia deberá mediar un plazo no menor de cinco ni mayor de quince días hábiles;

II. Concluida la audiencia, se concederá al presunto responsable un plazo de cinco días hábiles para que ofrezca los elementos de prueba que estime pertinentes y que tengan relación con los hechos que se le atribuyen;

III. Desahogadas las pruebas que fueren admitidas, la Secretaría, el contralor interno o el titular del área de responsabilidades resolverán dentro de los cuarenta y cinco días hábiles siguientes sobre la inexistencia de responsabilidad o impondrá al infractor las sanciones administrativas correspondientes y le notificará la resolución en un plazo no mayor de diez días hábiles. Dicha resolución, en su caso, se notificará para los efectos de su ejecución al jefe inmediato o al titular de la dependencia o entidad, según corresponda, en un plazo no mayor de diez días hábiles.

La Secretaría, el contralor interno o el titular del área de responsabilidades podrán ampliar el plazo para dictar la resolución a que se refiere el párrafo anterior, por única vez, hasta por cuarenta y cinco días hábiles, cuando exista causa justificada a juicio de las propias autoridades;

IV. Durante la sustanciación del procedimiento la Secretaría, el contralor interno o el titular del área de responsabilidades, podrán practicar todas las diligencias tendientes a investigar la presunta responsabilidad del servidor público denunciado, así como requerir a este y a las dependencias o entidades involucradas la información y documentación que se relacione con la presunta responsabilidad, estando obligadas a proporcionarlas de manera oportuna.

Si las autoridades encontraran que no cuentan con elementos suficientes para resolver o advirtieran datos o información que impliquen nueva responsabilidad administrativa a cargo del presunto responsable o de otros servidores públicos, podrán disponer la práctica de otras diligencias o citar para otra u otras audiencias, y

V. Previa o posteriormente al citatorio al presunto responsable, la Secretaría, el contralor interno o el titular del área de responsabilidades podrán determinar la suspensión temporal de su empleo, cargo o comisión, si a su juicio así conviene para la conducción o continuación de las investigaciones. La suspensión temporal no prejuzga sobre la responsabilidad que se le impute. La determinación de la Secretaría, del contralor interno o del titular del área de responsabilidades hará constar expresamente esta salvedad.

La suspensión temporal a que se refiere el párrafo anterior interrumpirá los efectos del acto que haya dado origen a la ocupación del empleo, cargo o comisión y regirá desde el momento en que sea notificada al interesado.

La suspensión terminará cuando así lo resuelva la Secretaría, el contralor interno o el titular del área de responsabilidades, independientemente de la iniciación o continuación del procedimiento a que se refiere el presente artículo en relación con la presunta responsabilidad del servidor público. En todos los casos, la suspensión cesará cuando se dicte la resolución en el procedimiento correspondiente.

En el supuesto de que el servidor público suspendido temporalmente no resultare responsable de los hechos que se le imputan, la dependencia o entidad donde preste sus servicios lo restituirán en el goce de sus derechos y le cubrirán las percepciones que debió recibir durante el tiempo en que se halló suspendido.

En caso de que la Secretaría, por cualquier medio masivo de comunicación, difundiera la suspensión del servidor público, y si la resolución definitiva del procedimiento fuere de no responsabilidad, esta circunstancia deberá hacerse pública por la propia Secretaría.

ESTRUCTURA DE LAS RESOLUCIONES

Las resoluciones emitidas por los titulares de las áreas de responsabilidades de los órganos internos de control deben contener:

- a) Fecha y lugar donde se emiten;
- b) Información general del expediente;
- c) Resultando (historia, hechos);
- d) Considerandos compuestos por:
 - Competencia de la autoridad,
 - Comprobación de la calidad de servidor público,
 - Pruebas (documentales públicas, privadas y aquellas aceptadas por el Código federal de procedimientos civiles, disposición normativa supletoria a la ley de responsabilidades administrativas de los servidores públicos)

- Valoración de los elementos propios del empleo, cargo o comisión que desempeñaba el servidor público cuando incurrió en la falta, que a continuación se refieren:
 - La gravedad de la responsabilidad en que se incurra y la conveniencia de suprimir prácticas que infrinjan, en cualquier forma, las disposiciones de la Ley o las que se dicten con base en ella;
 - Las circunstancias socioeconómicas del servidor público;
 - El nivel jerárquico y los antecedentes del infractor, entre ellos la antigüedad en el servicio;
 - Las condiciones exteriores y los medios de ejecución;
 - La reincidencia en el incumplimiento de obligaciones, y
 - El monto del beneficio, lucro, o daño o perjuicio derivado del incumplimiento de obligaciones;
 - Para los efectos de la ley, se considerará reincidente al servidor público que habiendo sido declarado responsable del incumplimiento a alguna de las obligaciones a que se refiere el artículo 8 de la Ley, incurra nuevamente en una o varias conductas infractoras a dicho precepto legal.
 - Imposición de la sanción
- e) Resolutivos
- Imposición de la sanción;
 - Notificación al servidor público;
 - Registro de la sanción a través del sistema de registro de servidores públicos sancionados de la Secretaría de la Función Pública;
 - Proporcionar copia certificada de la resolución a la Dirección de Recursos Humanos, para su integración al expediente personal del servidor público;
 - Ordenar el archivo del expediente de mérito.
- f) Pronunciamiento sobre resolución y firma de la autoridad competente²⁷⁵.

²⁷⁵ Cfr. Ley federal de responsabilidades administrativas de los servidores públicos, vigente.

V. SANCIONES CONTEMPLADAS DENTRO DE LA LEY FEDERAL DE RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS

De acuerdo con la ley federal de responsabilidades administrativas de los servidores públicos, las sanciones disciplinarias derivadas por la comisión de faltas administrativas consistirán en:

- I. Amonestación privada o pública;
- II. Suspensión del empleo, cargo o comisión por un período no menor de tres días ni mayor a un año;
- III. Destitución del puesto;
- IV. Sanción económica, e
- V. Inhabilitación temporal para desempeñar empleos, cargos o comisiones en el servicio público.

Cuando no se cause daños o perjuicios, ni exista beneficio o lucro alguno, se impondrán de tres meses a un año de inhabilitación.

Cuando la inhabilitación se imponga como consecuencia de un acto u omisión que implique beneficio o lucro, o cause daños o perjuicios, será de un año hasta diez años si el monto de aquéllos no excede de doscientas veces el salario mínimo general mensual vigente en el distrito federal, y de diez a veinte años si excede de dicho límite. Este último plazo de inhabilitación también será aplicable por conductas graves de los servidores públicos.

En el caso de infracciones graves se impondrá, además, la sanción de destitución.

En todo caso, se considerará infracción grave el incumplimiento a las obligaciones previstas en las fracciones VIII, X a XIV, XVI, XIX, XXII y XXIII del artículo 8 de la Ley (lo anterior es enunciativo, no limitativo).

Para que una persona que hubiere sido inhabilitada en los términos de la ley por un plazo mayor de diez años, pueda volver a desempeñar un empleo, cargo o comisión en el servicio público una vez transcurrido el plazo de la inhabilitación impuesta, se requerirá que el titular de la dependencia o entidad a la que pretenda ingresar, dé aviso a la Secretaría, en forma razonada y justificada, de tal circunstancia.

La contravención a lo dispuesto por el párrafo que antecede será causa de responsabilidad administrativa en los términos de la ley, quedando sin efectos el nombramiento o contrato que en su caso se haya realizado²⁷⁶.

²⁷⁶ Vid. artículo 13 de la Ley federal de responsabilidades administrativas de los servidores públicos, vigente.

VI. CONCLUSIONES

PRIMERA.- Expuesto el desarrollo histórico de las normas disciplinarias podemos darnos cuenta de que a lo largo de todo el siglo XIX y parte del XX, concretamente hasta 1982, fue un proceso evolutivo que obedece a prioridades, donde se desarrolla en un primer plano un sistema de gobierno adecuado a sus necesidades, después una estructura y funcionamiento de administración pública, y posteriormente se ha procurado el desarrollo de un sistema balanceado de las responsabilidades públicas.

SEGUNDA.- Por tanto, consideramos que la dirección evolutiva que debe seguir actualmente la legislación mexicana en materia de responsabilidad administrativa, debe ir ahora en el sentido de fortalecer el control interno y los aspectos preventivos, lo cual dará como resultado la implementación de la tala regulatoria o normativa y el fortalecimiento de la transparencia y la rendición de cuentas.

TERCERA.- Desde su creación en 1983, la actual Secretaría de la Función Pública ha tenido los siguientes cambios de denominación:

- (1983 - 1994): Secretaría de la Contraloría General de la Federación.
- (1994 - 2003): Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo.
- (2003 -): Secretaría de la Función Pública.

Lo anterior en razón a que sus facultades y atribuciones han ido aumentando, por lo que ahora ya no solo realiza funciones propias de fiscalización sino aquellas de desarrollo administrativo.

CUARTA.- La actualización del reglamento interior de la Secretaría de la Función Pública realizada en agosto de 2011, da respuesta a los reclamos de la sociedad para combatir la corrupción, a través de medidas de carácter inmediato y profundo que permitan hacer más eficientes las líneas de control en el ámbito en que el desempeño de la función pública requiere ser fiscalizado con prontitud y con acciones correctivas que impidan la desviación de conductas que dañen la dignidad de la misión y deberes de los servidores públicos.

QUINTA.- La coordinación de órganos de vigilancia y control de la Secretaría de la Función Pública, como superior jerárquico de los órganos internos de control ejerce funciones de control interno institucional, lo anterior para fomentar que al interior de estos organismos se trabaje con transparencia, probidad, rendición de cuentas, información y comunicación y se cumplan los proyectos que instaura la Secretaría de la Función Pública.

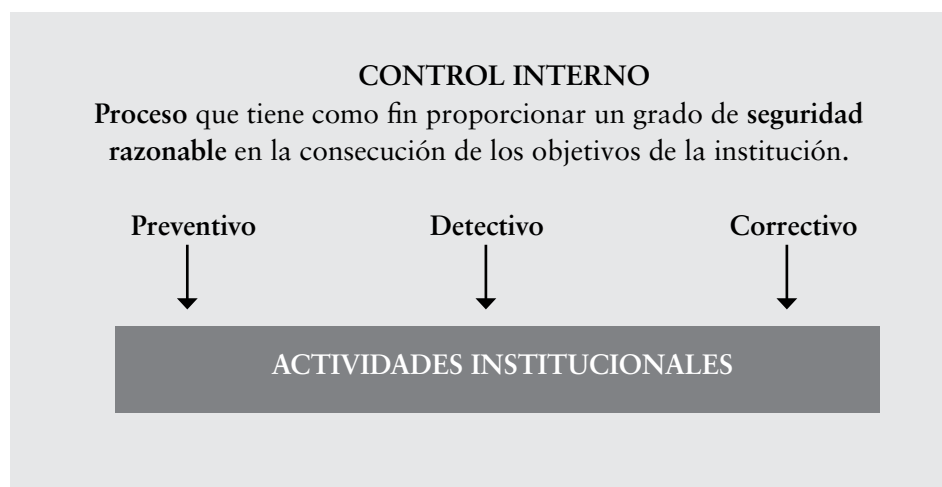
Lo anterior es importante pues constituye una garantía respecto de la aplicación del derecho disciplinario, ya que con la instauración de medidas de control por parte de la Secretaría garantizará que los titulares de las áreas de

quejas y de responsabilidades realicen su trabajo con profesionalismo, conocimiento y apego a la normatividad.

SEXTA.- Principalmente en este último sexenio, se ha buscado fomentar la tala regulatoria en materia disciplinaria, a través del fortalecimiento del control interno, muestra de ello es que dentro de las facultades de los titulares de los órganos internos de control está la de coadyuvar al funcionamiento del sistema de control y evaluación gubernamental; vigilar el cumplimiento de las normas de control que expida la Secretaría y aquellas que en la materia expidan las dependencias, las entidades y la Procuraduría, así como analizar y proponer con un enfoque preventivo, las normas, lineamientos, mecanismos y acciones para fortalecer la supervisión de las instituciones en las que se encuentren designados;

SÉPTIMA.- El área de responsabilidades del órgano interno de control es el encargado de aplicar el procedimiento administrativo disciplinario a los servidores públicos y determinar las sanciones que les serán impuestas.

OCTAVA.- Se debe fomentar el control interno, en lugar de incrementar el número de normas disciplinarias, pues este contribuye a disminuir prácticas corruptas, al tiempo que propicia la transparencia y la rendición de cuentas.



BIBLIOGRAFÍA

Barragán, José. Antecedentes históricos del régimen mexicano de responsabilidades de los servicios públicos. Las responsabilidades de los servidores públicos, Ed. Porrúa, México, 1984.

Cárdenas, Raúl, F. Responsabilidad de los funcionarios públicos, México, Editorial Porrúa, 1982.

Constitución de Apatzingan del 22 de octubre de 1814, facsímil, Archivo General de la Nación, Palacio de Lecumberri, Ciudad de México.

Constitución de 1857, Facsímil, Archivo General de la Nación, Palacio de Lecumberri, Ciudad de México.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, extraída vía internet a través de la página del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, www.juridicas.unam.mx

Decreto de 3 de noviembre de 1870, Archivo General de la Nación, Palacio de Lecumberri, Ciudad de México.

Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto. El sistema de responsabilidades de los servidores públicos, Ed. Porrúa, México, 2001, p. 46

Del Val Enrique. Responsabilidad administrativa, Revista Praxis, núm. 60, INAP, México, 1984.

Herrera Pérez, Agustín. Legislación federal sobre responsabilidades administrativas de los servidores públicos, ed. Miguel Ángel Porrúa, México, 1998,

Iniciativa de la ley federal de responsabilidades administrativas de los servidores públicos, presentada por el Diputado Armando Salinas Torre, del Grupo Parlamentario del Partido Acción Nacional, en la sesión del 5 de abril de 2001

Ley de responsabilidades de los funcionarios y empleados de la federación, del distrito y territorios federales y de los altos funcionarios de los Estados; Diario Oficial de la Federación, de fecha 21 de febrero de 1940.

Ley federal de responsabilidades de los servidores públicos, edición actualizada.

Ley reglamentaria de los artículos 104 y 105 de la Constitución Federal de 1857.

Lineamientos y criterios técnicos y operativos para el proceso de atención ciudadana de 13 de noviembre de 2003.

Manual del sistema electrónico de atención ciudadana, sito en www.fun-cionpublica.gob.mx

Reglamento interno de la Secretaría de la Función Pública, última reforma 03 de agosto de 2011.

FUNDAMENTOS
CONSTITUCIONALES
DE LA POTESTAD
DISCIPLINARIA
DEL ESTADO
COLOMBIANO.
LA INFLUENCIA
DEL DERECHO
COMPARADO

JOSÉ RORY FORERO SALCEDO*

** Doctor en Derecho de la Universidad Complutense de
Madrid (España), tratadista en temas de Derecho Disciplinario.*

- I. BASES TEÓRICAS DEL DERECHO DISCIPLINARIO
- II. DERECHO DISCIPLINARIO Y RELACIONES ESPECIALES DE SUJECCIÓN
- III. LÍMITES MATERIALES A LA POTESTAD DISCIPLINARIA
CONSECUENCIA DE LA LEGALIDAD SANCIONADORA
DISCIPLINARIA.
- IV. LÍMITES PROCESALES A LA POTESTAD DISCIPLINARIA
EMANADOS DEL DEBIDO PROCESO
- V. GARANTÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES
DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS Y CUMPLIMIENTO
DE SUS DEBERES FUNCIONALES
- VI. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN BUSCA DE LA EXCELENCIA

I. BASES TEÓRICAS DEL DERECHO DISCIPLINARIO

1. El conjunto de principios y garantías supraleales consagrados en favor de los servidores públicos y particulares disciplinables, descritas en los artículos 29 de la Constitución Colombiana y 24 y 25 de la Constitución española, pertenece al género de los derechos humanos, resultando un imperativo para el instructor del proceso disciplinario su materialización, pues se derivan de la dignidad inherente al ser humano que se predica de toda persona sujeta al ius puniendi otorgado en España a la propia administración y en Colombia a los órganos de control, la jurisdicción disciplinaria y la administración pública, adquiriendo por tanto la categoría de derechos subjetivos en cuanto otorgan a su titular la facultad de demandar del Estado su protección, y fundamentales, pues están consagrados en el ordenamiento superior, por lo que deben ser entendidos como verdaderos principios constitucionales.
De ahí el nexo entre derecho constitucional, derecho funcionarial y procedimiento disciplinario que permiten afirmar:
 - El radio de acción de los institutos jurídicos en comento se encuentra en el Estado constitucional, social y democrático de derecho, en cuanto constituyen parte de su esencia y en consecuencia gozan de las garantías legislativas y jurisdiccionales propias de todos los derechos fundamentales: Vinculación total y rígida al legislador en cuanto a su desarrollo normativo, eficacia directa, reserva de ley y tutela judicial.
 - En España, la Ley 7/2007 de 12 de abril, o estatuto básico del empleado público, consagra de manera genérica el Régimen disciplinario de los funcionarios públicos y el personal laboral, sin perjuicio de las normas que las leyes de la función pública dicten en desarrollo del estatuto en cita.
 - En Colombia, la Ley 734/02 de febrero 5, Código Disciplinario Único, es la normativa aplicable a los servidores públicos y particulares disciplinables.
2. El derecho punitivo del Estado Colombiano y español encuentra su fundamento constitucional, el primero en el artículo 29 de la Constitución de 1991 y el segundo en el artículo 25 de la CE., en tanto y en cuanto nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento y en la medida en que la administración civil no pueda imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad, acorde con el

- estatuto superior español y el debido proceso preceptuado en el artículo 29 superior Colombiano.
- El derecho penal, el administrativo sancionador y el disciplinario, se adscriben al derecho punitivo único del Estado. En este sentido, el derecho disciplinario al ser una especie del punitivo, emerge como un conjunto de normas y principios jurídicos que permite a través de unos procedimientos establecidos y revestidos de las garantías constitucionales vistas, determinar e imponer una serie de sanciones o correctivos a los funcionarios y particulares infractores, cuando con su comportamiento vulneran la Constitución, las leyes y los reglamentos, por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, al incurrir en la falta disciplinaria.
 - El derecho disciplinario hace parte del derecho constitucional, en cuanto representa este último el derecho de la Constitución, razón elemental para que las garantías descritas en los artículos 29 de la Constitución Colombiana y 24 y 25 de la CE., sean aplicables dentro del ejercicio de la potestad disciplinaria, en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto y la seguridad jurídica que garantiza el artículo 9 superior español, conforme con la doctrina jurisprudencial de su Tribunal Constitucional.
 - Al no contar el derecho disciplinario con unos principios propios para su operatividad racional, se nutre de algunos principios del derecho penal y del administrativo sancionador, por cuanto se encuentran más desarrollados, pero viene construyendo sus propias categorías, como en el caso Colombiano, al establecer la figura de la ilicitud sustancial.
3. Existen divergencias sustanciales entre las distintas áreas jurídicas señaladas y, entre los diferentes procedimientos, resultando válido propugnar por el carácter autónomo del derecho disciplinario, no resultando inocuo para el estudio y operatividad de las garantías constitucionales en comento, la diferenciación entre este y el derecho canónico, militar, civil, penal y administrativo sancionador.
- En efecto, si el derecho disciplinario tomara para su operatividad racional y de manera desprevenida los principios del derecho civil, las garantías se diluirían por el postulado de la autonomía de la voluntad; si se acogiera a los del derecho administrativo sancionador sin matización alguna, podría recaer en el terreno de la arbitrariedad, expresamente prohibida en el artículo 6, superior Colombiano, y por la Constitución española en su artículo 9.3; al hacer primar la responsabilidad objetiva y no el

principio de justicia y eficacia en el funcionamiento de la administración pública, dado su poder discrecional.

Y, si finalmente el derecho funcional acogiera exclusivamente los principios del derecho penal sin ningún tipo de modulación, llevaría tal circunstancia a una situación nada distante de la impunidad por dilación y abuso de las garantías constitucionales por parte del inculcado, antítesis de la finalidad del proceso, cual es la prevalencia de la justicia, la efectividad del derecho sustantivo, la búsqueda de la verdad material y el cumplimiento de los derechos y garantías debidos a las personas que en él intervienen, amén de convertirse en obstáculo para lograr la certeza de si se cometió o no la falta disciplinaria.

- De ahí la importancia de dotar al derecho disciplinario de una naturaleza jurídica propia, para que cuando el Estado realice intervenciones normativas en la materia, a través de la formulación de códigos de comportamiento exigible a sus servidores, además de ser consecuente con la realidad, propenda por el equilibrio dentro del binomio: eficacia administrativa y respeto escrupuloso de los derechos individuales de los funcionarios, en aras de materializar el principio de justicia, como elemento estructural de una administración pública que busca la “excelenci”, apoyada en los postulados de acceso a la función pública conforme los criterios de igualdad, mérito y capacidad y los principios de objetividad, eficacia y jerarquía.
- 4. El derecho disciplinario se edifica sobre la base doctrinal de la categoría jurídica relaciones especiales de sujeción, que además de determinar el vínculo que existe entre el funcionario público, el particular disciplinable y la administración, como titular de la potestad disciplinaria, sirve de fundamento para explicar la suspensión y limitación, que al imponer sanciones se puede dar dentro del ejercicio del control disciplinario, en cuanto al disfrute de ciertos derechos fundamentales del inculcado, ya que tienden a flexibilizarse, en razón de tales situaciones y relaciones jurídico-administrativas reconocidas expresamente por la Constitución y las leyes.
- El derecho disciplinario busca como medio que es, un fin preciso, que desde el punto de vista de su fe/os, está representado en la salvaguarda de la moralidad pública, transparencia, objetividad, igualdad, celeridad, publicidad, economía, neutralidad, eficacia, legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia que deben observar los funcionarios públicos en el desempeño del cargo, en el entendido que el proceso o expediente disciplinario y su “forma sublim”, representada en la materialización

- por parte del instructor de las garantías constitucionales descritas en los artículos 29 de la Constitución Colombiana y 24 y 25 de la Constitución española, constituye la dinámica del derecho funcionarial, que para su operatividad racional cuenta como instrumentos dogmáticos con los conceptos de régimen, control, potestad y responsabilidad disciplinaria.
- El alto contenido ético que tiene el derecho disciplinario, irradia en las garantías constitucionales, y cualquier matización o modulación que se haga respecto de las mismas para delimitar su alcance, debe partir de este concepto, en cuanto determina la deontología propia de los funcionarios públicos y particulares disciplinables, especialmente exigente, como quiera que el servidor estatal debe encaminar siempre su actuar en función del interés general.
5. Un estudio comparativo del derecho disciplinario en el ámbito español y Colombiano permite hacer las siguientes reflexiones:
- Además de la Ley 734/02, que constituye la matriz del derecho disciplinario en Colombia, se han venido expidiendo una serie de normativas para determinados colectivos, entre ellos, la Ley 1123 de enero 22 de 2007, Código Disciplinario del abogado, profesión que está intervenida por el Estado, la Ley 836 de 2003, por la cual se expide el reglamento del Régimen disciplinario para las Fuerzas Militares y la Ley 1015 de 2006, Ley de disciplina para la Policía Nacional, sin duda un derecho disciplinario de máximos, a diferencia del español que lo es de mínimos, por lo menos en cuanto a intervenciones normativas se refiere.
 - El derecho disciplinario español y Colombiano, tiene unas bases históricas sólidas y se proyecta, este último, con una identidad propia, en proceso de consolidación como ciencia jurídica, con claros fundamentos constitucionales asignados particularmente en los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 23, 29, 31, 33, 40-6, 83, 86, 87, 90, 110, 113, 117, 118, 122, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 150-2, 209, 218, 228, 229, 230, 237-1-3, 241-4, 256-3, 275, 277-6 y 278-1.2 de la Constitución de 1991; con un desarrollo legislativo, jurisprudencial y doctrinal apreciable.
- Los artículos 24, 25, 103-3 y 149-1-18, de la Constitución española de 1978, representan una aproximación al fundamento supralegal de su derecho funcionarial.
6. Para la presente investigación, el estudio de los derechos públicos subjetivos como técnica de protección, ha sido de crucial importancia, en la medida que ha permitido visualizar la situación de la administración pública y la de sus servidores en diferentes ámbitos, esto es, el Estado absolutista, el liberal de derecho, el social de derecho y el Estado social

y democrático de derecho, a propósito de la suspensión, limitación y garantía de los derechos fundamentales de los funcionarios y la teoría de los status o estatutos planteada por JELLINEK, sin duda, ha constituido otro de los grandes insumos dogmáticos del trabajo, junto con la teoría de las relaciones especiales de sujeción, formulada por MAYER, ampliamente estudiadas a lo largo de la investigación.

II. DERECHO DISCIPLINARIO Y RELACIONES ESPECIALES DE SUJECIÓN

1. Inmersa en el contexto de la monarquía constitucional arquetipo autoritario decimonónico e influida por la concepción del canciller imperial en la Alemania Guillermina, la teoría de las relaciones especiales de sujeción, atribuida principalmente a MAYER Y LABAND, justificaba la discrecionalidad absoluta del monarca sobre dos grandes estamentos: El ejército y los funcionarios, en tanto fundamentada en el principio monárquico, colocaba a estos en una situación singular de obediencia, fidelidad y lealtad respecto de aquel.

Una especie de *status subjectionis*, por cuanto quedaban a su capricho y arbitrariedad, sin garantías constitucionales, materiales, ni procedimentales, generando un desfase abismal respecto de los ciudadanos gobernados por el principio democrático y las relaciones generales de sujeción. Es por esta razón por la que se le atribuye un origen espurio propio de un Estado autoritario, donde la limitación de los derechos fundamentales de estos estamentos representaba la constante, ya que no estaban condicionadas por la reserva de ley y en cuyo ámbito las reglas dictadas para la ordenación de la esfera interna de la administración, ni siquiera tenían la consideración de normas jurídicas, escapando al control judicial y configurando sin duda, unas relaciones radicales y rígidas de sujeción.

2. La Constitución de WEIMAR, claramente intervencionista e innovadora para la época por su connotación de lo social, determinó una administración pública que propugnaría por el bienestar de todos, no siendo la excepción los funcionarios, es decir, un Estado con pretensiones de bienestar, que en la práctica no se materializó por la realidad constitucional, es decir, la crisis e intereses de la época y en cuyo ámbito las relaciones especiales de sujeción adquirieron nuevos matices, al descubrirse un status funcionaria! con sus obligaciones y prerrogativas, pero sin participar de la exigencia actual de la reserva de ley.

3. En el período histórico comprendido entre la ley de plenos poderes del 24 de marzo de 1933 y la derrota militar y ocupación de Alemania en 1945, las relaciones especiales de sujeción estuvieron determinadas por los conceptos de obediencia y lealtad ciega de parte de los funcionarios al Führer, cometiéndose en su nombre toda clase de desmanes y arbitrariedades, en tanto operaron relaciones absolutas, radicales y rígidas de sujeción.
4. La figura jurídica en tales escenarios no participó de las exigencias de la reserva de ley, en cuanto se refería a la actividad de la administración pública para quienes se encontraban en esta particular situación, consecuencia que se mantuvo incluso con la ley fundamental de Bonn en sus primeros años. Sin embargo, la nueva realidad constitucional derivada de la segunda posguerra, donde la actuación administrativa no puede quedar al margen de la ley, obliga a que la teoría de las relaciones especiales de sujeción se acomode al nuevo paradigma determinado por los derechos fundamentales y las garantías de reserva de ley y control judicial de los actos de la administración, adaptación para la que fue y ha sido decisiva la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, desde la Sentencia del 14 de marzo de 1972, que constituye un punto de inflexión. Evidentemente, en el marco del actual Estado constitucional, social y democrático de derecho alemán, se constitucionalizan los derechos fundamentales e igualmente las relaciones especiales de sujeción, basta con observar el contenido del artículo 33 C.G., quedando condicionadas por la garantía de los mismos. Es lo propio de un Estado en cuyo ámbito el tema condiciona toda la actividad estatal incluyendo la función administrativa. En consecuencia, la figura jurídica no desaparece sino que se transforma, muta, cambia de fundamento, busca uno nuevo y lo encuentra en la garantía de los derechos, integrándose al paradigma constitucional, es decir, un modelo social de Estado o escenario con claras reglas de juego, en el que la función legislativa viene a ser compartida con el ejecutivo para que este responda al incremento de la actividad asistencial, prestacional y económica que cada día le demandan y que determina, no solamente el espectacular aumento del gasto público, sino que también se modifique sustancialmente la estructura de su administración pública en busca de la efectividad, así como su fundamento dogmático. En este contexto emergen unas relaciones flexibles de sujeción.
5. Si bien es cierto, la categoría bajo estudio ha logrado superar casi dos siglos de existencia, su continuidad hoy y su proyección en el mañana

depende, en los términos de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Federal alemán, de si tiene base constitucional, es decir, si se encuentra supeditada o limitada por la reserva de ley, ley del Parlamento que consagra derechos y deberes; de que igualmente exista un control judicial de los actos proferidos por la administración y que se subordine al principio de legalidad como sustento del Estado social y democrático de derecho, que adquiere el Estado alemán tras la ley fundamental de Bonn de 1949 y sus posteriores desarrollos normativos, jurisprudenciales y doctrinales. Así, los beneficios de esta construcción de ascendencia germana, resultan significativos, pues ayuda en el ámbito de los Estados español y Colombiano, a explicar la potestad disciplinaria y de manera categórica el *ius puniendi*, cuya titularidad ostenta la administración pública, al determinar los alcances de la responsabilidad funcional, al fundamentar dogmáticamente nuevas parcelas jurídicas como el derecho disciplinario y al comprender la aplicación atenuada del principio de legalidad en sus manifestaciones de tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, *non bis in idem*, entre otros temas.

6. No existe unanimidad en la denominación de la teoría, en los sujetos que se ven sometidos a estas relaciones jurídico administrativas, en la intensidad con que operan o en los requisitos que deben concurrir en una relación de este tipo, sin embargo, lo cierto es que al interior de una sociedad políticamente organizada existen esos vínculos más o menos estrechos entre el Estado y su población dependiente jurídicamente respecto de aquel y que está conformada por dos grandes grupos: los particulares y los servidores públicos en Colombia de acuerdo con la clasificación del artículo 6 superior, o los ciudadanos y poderes públicos, acorde con el artículo 9 superior español.

Vínculos o relaciones de sujeción que adquieren la connotación de generales cuando comprometen a todos, es decir, a cualquier ciudadano y especiales en tanto insertan al administrado en forma duradera y efectiva a la organización administrativa; ejemplo paradigmático son las relaciones que se predicen de los funcionarios públicos, también denominadas funcionariales, en cuyo ámbito los principios de la legalidad sancionadora y del *non bis in idem* tienden a ser flexibles, en tanto opera una integración efectiva y duradera en la organización administrativa que contribuye de manera necesaria a los fines de la misma.

Planteamiento que, llevado a las diferentes áreas, permite deducir cómo el derecho penal se identifica con las relaciones generales de sujeción,

- en cuanto que en la conducta típica, antijurídica, culpable y punible, o típicamente antijurídica y culpable, puede incurrir cualquier persona, en tanto que en la falta disciplinaria, en principio, solamente se puede endilgar al funcionario público, de ahí que el derecho disciplinario corresponda a la categoría jurídica de las relaciones especiales de sujeción, y la exteriorización más radical de la categoría dogmática objeto de estudio.
7. En el ámbito de la administración y la función pública, los valores y principios constitucionales de la función administrativa disciplinaria, verbí gracia, la justicia, efectividad de la administración, moralidad, ethos funcionarial, principio constitucional del interés público o general, oportunidad y discrecionalidad, régimen, control, potestad y responsabilidad disciplinaria de los servidores estatales, adquieren unas connotaciones sui generis, derivadas de que las relaciones especiales de sujeción, colocan a la administración en el extremo dominante, pero en todo caso, la obligan a respetar la garantía constitucional del debido proceso, cuando ejerce la potestad disciplinaria.
 8. El derecho disciplinario se encuadra dentro de la categoría del punitivo del Estado, que alberga igualmente en su seno al derecho penal y al administrativo sancionador, posición que resulta coherente al momento de verificar el traslado de los principios del derecho administrativo, de justicia y eficacia en el funcionamiento de la administración pública y los de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad del derecho penal, al ámbito del derecho funcionarial, en la aspiración por lograr materializar el punto medio o de equilibrio entre el interés general y las garantías individuales. Operación que se logra en gran medida gracias a la forma como la teoría de las relaciones especiales y generales de sujeción delimitan los campos de acción de estas áreas jurídicas, lo que permite que el derecho disciplinario se proyecte en Colombia, no así en España, con una naturaleza jurídica propia, respecto del derecho penal y con ciertos matices en cuanto al administrativo, confirmando la hipótesis planteada en la introducción y haciendo permanecer incólume el deseo porque el disciplinario, fundamentado en la categoría dogmática de las relaciones especiales de sujeción y con las matizaciones vistas, contribuya a que se tome conciencia no solo de la ilicitud disciplinaria y las consecuencias que acarrea el incumplimiento de sus deberes funcionales, sino que además se cristalice, al adelantar un proceso o expediente disciplinario, el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano del inculcado, en quien deben materializarse por parte del instructor los valores, principios, derechos y garantías constitucionales vistas.

9. El insumo dogmático que reviste la teoría alemana de las relaciones especiales de sujeción en el ámbito disciplinario como categoría del derecho constitucional, se deduce igualmente de las siguientes aportaciones:

Explica la relación de subordinación de los funcionarios públicos y las vicisitudes que se presentan en la dinámica de la función pública, sirve de soporte a estatutos disciplinarios, verbi gracia, la Ley 734 de 2002 en Colombia y la Ley 7/2007 de 12 de abril o estatuto básico del empleado público en España, está plenamente constitucionalizada, pues posee unos fundamentos y consecuencias de orden constitucional; presupone el principio de reserva de Ley, explica y determina el alcance de la limitación de derechos fundamentales de los funcionarios y particulares que cumplen funciones públicas, ayuda a construir categorías dogmáticas disciplinarias, a manera de ejemplo, lo que sucede en Colombia con la ilicitud sustancial, en tanto la falta es antijurídica cuando afecta el deber funcional sin justificación alguna, representa la clave de bóveda para desentrañar figuras como la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad en materia disciplinaria y da respuestas para prevenir, regular, controlar y sancionar ilícitos disciplinarios.

10. En consecuencia, la potestad disciplinaria del Estado Colombiano coloca a los servidores estatales, servidores públicos y particulares que cumplen funciones públicas, en una típica relación especial de sujeción, válida en cuanto se ajusta desde la óptica de la teoría constitucional, a cada una de las exigencias que le demanda el modelo actual de Estado constitucional, social y democrático de derecho consagrado en el artículo primero superior, esto es:
 - Está plenamente constitucionalizada al igual que la potestad disciplinaria y basta con observar el contenido de los artículos: 1, 2.1, 4, o 13, 16, 29, 89, 95, 11 o .3, 118, 122.2, 123.2, 124, 125.4, 152, 237.2.5, 209, 238, 256.3, 277.6 de la Constitución de 1991.
 - Se ajusta al principio supralegal de legalidad en sus manifestaciones de reserva de ley, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, non bis in idem, etcétera (Ley 734/02 de febrero 5).
 - Demanda permanentemente la eficacia de la administración pública en cuanto extremo dominante en la relación especial de sujeción, capaz de exigir el cumplimiento de los deberes funcionales pero con el límite derivado del respeto escrupuloso del debido proceso disciplinario, en tanto derecho fundamental de los servidores estatales.

- Los actos administrativos disciplinarios producidos en el escenario de estas especiales relaciones de sujeción, son objeto de un control judicial ante la jurisdicción contencioso administrativa, al otorgársele al otro extremo de la relación, el funcionario inculpado, la garantía de la tutela judicial efectiva.
11. Conforme esta línea argumentativa, defino las relaciones especiales de sujeción como:

Aquellos nexos o vínculos estrechos, duraderos y efectivos, que existen entre la administración pública y los servidores estatales, esto es, funcionarios y particulares que prestan funciones públicas en Colombia, dada su acentuada dependencia respecto de la misma y en tanto relaciones jurídicas, flexibles, funcionales, jurídicas y constitucionalizadas, facultan a aquella en el marco de un Estado constitucional, social y democrático de derecho, para exigirles el cumplimiento de sus deberes funcionales y demandarles en caso de infracción, pero previa garantía de un debido proceso, la responsabilidad que su calidad conlleva, por inobservancia de los valores y principios derivados de la ética del servicio público, en aras de garantizar un fin preciso: la efectividad y excelencia de la administración.

En contrapartida, la relación especial de sujeción otorga a estos colectivos por el status especial en que los ubica, la posibilidad de tutelar el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, acorde con unas claras reglas de juego estipuladas en el derecho disciplinario, sin duda su exteriorización más radical, que al tener una naturaleza autónoma, busca de una parte, prevenir, regular, controlar y sancionar el ilícito disciplinario y de otra, conciliar la tensión constitucional generada en la dinámica y vicisitudes de la función pública, entre la potestad disciplinaria, como manifestación inequívoca de la categoría dogmática en comento y el respeto escrupuloso de sus derechos y libertades fundamentales, en cuanto solamente pueden ser limitados conforme a los siguientes requisitos: necesidad, razonabilidad, proporcionalidad y autorización expresa de la Constitución o la ley en acatamiento de la garantía de reserva de ley, por el principio de legalidad.

En consecuencia, los presupuestos, principios y requisitos de la teoría alemana de las relaciones especiales de sujeción, analizados arriba y enmarcados en las exigencias del Estado constitucional, pueden contribuir, como ha sucedido en España, a la fundamentación dogmática y a la operatividad racional del derecho funcional y su potestad disciplinaria en Colombia, máxime si como afirma KRÜGER, planteamiento compartido en cuanto tiene que ver con los funcionarios públicos:

“[...] el hombre empieza su vida en una relación especial de sujeción, la de la casa de maternidad, y la termina en la otra, la del cementerio y entre estos dos extremos puede encontrarse en numerosas relaciones de este tipo, como funcionario, como usuario de servicios públicos, como miembro de corporaciones públicas, al estar sometido al poder fiscal, etcétera”.

III. LÍMITES MATERIALES A LA POTESTAD DISCIPLINARIA CONSECUENCIA DE LA LEGALIDAD SANCIONADORA DISCIPLINARIA

LOS PRINCIPIOS DERIVADOS DE:

RESERVA DE LEY

1. El principio de legalidad se consolida como una de las garantías constitucionalizadas de los asociados, que sirve de soporte al Estado constitucional, social y democrático de Derecho, en la lucha contra las inmunidades del poder, en cuanto constituye parte de la esencia común a este escenario y en consecuencia permite que los derechos fundamentales de particulares y servidores públicos gocen de las garantías legislativas y jurisdiccionales, esto es:
 - a) Vinculación total y rígida al legislador en cuanto a su eficacia directa, reserva de ley y tutela judicial; desarrollo normativo contenido en el Real Decreto 33/86 de enero 10, que aprueba el reglamento del régimen disciplinario de los funcionarios de la administración general del Estado, constitutivo del régimen disciplinario con carácter supletorio de los funcionarios públicos españoles, sustentado en una base legal precisa representada en la Ley 30/84 de agosto 2, sobre medidas para la reforma de la función pública que viene a determinar su habilitación legal, hoy en la Ley 7/2007 de 12 de abril, estatuto básico del empleado público, como materialización de la reserva de ley en materia disciplinaria.
 - b) En el caso Colombiano, la garantía para los servidores estatales de la reserva de ley, se encuentra en la Ley 734/02 de febrero 5, aplicable a los servidores públicos y a los particulares disciplinables, mejor conocida como el Código Disciplinario Único, producto de la autorización expresa dada en el artículo 124 superior, según el cual la ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva.
2. Acorde con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en España y de la Corte Constitucional en Colombia, la garantía de la reserva de ley en ma-

teria disciplinaria no es absoluta, es relativa, a diferencia de lo que sucede en el ámbito penal, y en este sentido, la teoría de las relaciones especiales de sujeción ayuda a solucionar cuestiones problemáticas relativas a este principio, tales como el campo o alcance de la colaboración reglamentaria, la tipificación de faltas y sanciones, los tipos en blanco, los conceptos jurídicos indeterminados, las cláusulas abiertas, la analogía, etcétera.

3. La categoría dogmática de la reserva de ley, principio derivado del de legalidad, tiene un claro fundamento jurídico y político. En cuanto a lo segundo, obedece al postulado constitucional de la división de poderes, pues en esencia, solo el legislador, representante directo del pueblo, acorde con la forma democrática que inspira un Estado constitucional, social y democrático de derecho y para garantizar la seguridad jurídica de la organización política, puede decidir sobre la suspensión y limitación de los derechos fundamentales de los asociados, previa consulta de la realidad. El anterior planteamiento, extrapolado al ámbito disciplinario, nos ubica en dos normativas de vital importancia: las Leyes 7/2007 de 12 de abril o estatuto básico del empleado público en España y 734/2002 de 5 de febrero, o Código Disciplinario Único en Colombia, en tanto materialización del principio democrático, ya que el legislador es quien, de una parte, define en forma clara, expresa, escrita e inequívoca, las conductas constitutivas de faltas disciplinarias y las consecuencias jurídicas, estableciendo los procedimientos y garantías para investigar tales comportamientos, y de otra, vela por dar a conocer a los destinatarios de la ley disciplinaria tales preceptos, para así poder exigir su cumplimiento.
4. Se deriva la reserva de ley, de la máxima nullum crimen nulla poena sine previa lege, que exige una predeterminación normativa de las faltas y sanciones disciplinarias y un rango legal de las mismas y se erige como un límite para la potestad sancionadora de la administración pública, en la medida en que solo la ley puede legitimar la intromisión en la libertad y derechos de los funcionarios, a través de correctivos, en este caso disciplinarios, dicho de otra forma, la necesaria cobertura legal de la potestad disciplinaria del Estado constitucional, en tanto potestad administrativa de autoprotección.

TIPICIDAD

1. El principio de tipicidad, taxatividad o determinación de las faltas y las sanciones disciplinarias, presupone que los destinatarios de la ley disciplinaria, por seguridad jurídica, deben conocer en forma clara qué

comportamientos están prohibidos, así como su castigo en caso de infracción. Se trata de otra manifestación o concreción del principio de legalidad, consagrado en el artículo 29 de la Constitución Colombiana y en el 25 de la Constitución española y constituye sin duda, uno de los pilares básicos del Estado constitucional, social y democrático de derecho español y Colombiano, con una finalidad precisa, que las personas desde el conocimiento de lo prohibido, adecúen su comportamiento a lo permitido, o en tratándose de servidores estatales, únicamente hagan lo que expresamente les indica el ordenamiento jurídico, es decir, intención más conducta activa u omisiva.

2. El artículo 9.3 superior español lo consagra expresamente y en tanto se encuentra más desarrollado en el derecho penal, se aplica al disciplinario con las advertencias señaladas, encontrando la potestad sancionadora de la administración pública como límites la legalidad, que determina la necesaria cobertura de la potestad sancionadora, en una norma de rango legal, con la consecuencia de carácter excepcional que los poderes sancionatorios en manos de la administración presentan, la interdicción de las penas de privación de la libertad, el escrupuloso respeto a los derechos de defensa, reconocidos en el artículo 29 superior Colombiano y en el 24 de la Constitución española y la subordinación judicial, tal como lo viene reconociendo la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional español y la Corte Constitucional en Colombia.
3. Se consolida el principio de tipicidad como una garantía material de alcance absoluto del principio de legalidad, que tiene su sustento, igualmente, en la máxima *nullum crimen nulla poena sine lege*, pues en la órbita de un Estado constitucional, social y democrático de derecho y por seguridad jurídica, las infracciones deben estar debidamente determinadas (supuestos de hecho), al igual que las sanciones (consecuencias jurídicas), que deben quedar definidas y graduada su escala, como materialización del valor constitucional de la libertad, plasmada en las constituciones española y Colombiana, máxime si se entiende que el ejercicio de la potestad disciplinaria por parte de la administración pública, conlleva limitación de derechos y libertades de los servidores estatales.
4. El principio de tipicidad adopta dos matices interesantes en la órbita de un Estado constitucional, social y democrático de derecho.
 - a) De una parte, constituye un mandato al legislador, en cuanto a la determinación de infracciones y sanciones, su graduación y la articulación de ambas categorías y de otra, se convierte en un mandato a la adminis-

tración pública (control disciplinario interno), a los órganos de control (control disciplinario externo) o a la jurisdicción disciplinaria, en Colombia. En España, a la administración, a través del control disciplinario interno. La primera eventualidad conecta con la legalidad y la reserva de ley analizadas. En este sentido, los destinatarios de la ley disciplinaria deben estar en capacidad de predecir con grado de certeza las faltas y las sanciones a que se exponen en caso de infracción al régimen disciplinario, aspecto de singular importancia en tanto tiene que ver con la obligación perentoria que tiene el legislador disciplinario al momento de estructurar los tipos disciplinarios.

- b) La segunda eventualidad, esto es el mandato a la administración, conecta con la prohibición de la analogía e interpretación extensiva. Se deriva esta manifestación del principio de tipicidad, de una verdad insoslayable, que consiste en que el operador del derecho disciplinario no puede imponer sanciones sino únicamente en los supuestos previstos por la norma que tipifica las infracciones y siempre que exista una adecuación entre el hecho cometido y la conducta tipificada como falta, descartando en consecuencia la analogía e interpretación extensiva.
5. En materia disciplinaria, el principio de proporcionalidad o de ponderación, representa un mandato, de una parte, al legislador en el momento en que está elaborando el ilícito y la sanción disciplinaria, y de otra parte, a la administración pública, al tiempo de realizar el proceso de dosificación, previo a la imposición de la sanción disciplinaria, con una importancia excepcional, pues busca adecuar al fin previsto la medida adoptada por el operador del derecho disciplinario, ostentando unos fundamentos constitucionales claros, basta con observar el contenido de los artículos 1, 9.3, 10.1, 24.1, 103.1 y 106 de la Constitución española. De una parte, limita la potestad disciplinaria de la administración, descartando la aplicación de los principios de discrecionalidad y conveniencia en la aplicación de las sanciones disciplinarias, y de otra, conecta las infracciones con las sanciones disciplinarias. Es así como el artículo 18 del CDU en Colombia, establece que la sanción disciplinaria debe corresponder a la gravedad de la falta cometida y en la graduación de la sanción deben aplicarse los criterios que fija la ley disciplinaria.
6. El principio de tipicidad disciplinaria es otra manifestación del de legalidad y en tanto garantía material y absoluta, compromete o vincula a las distintas ramas del poder público en aras de la seguridad jurídica que le es consustancial. En efecto, la legislativa al predeterminedar o definir

faltas y sanciones, la ejecutiva al materializar la potestad sancionadora y la judicial al controlar su razonamiento interpretativo.

7. Ha sido jurisprudencial y doctrinalmente desarrollado conforme los postulados *lex scripto*, existencia de la ley, *lex praevia*, que la ley sea anterior al hecho sancionado y *lex stricta*, que describa un supuesto de hecho estrictamente determinado y sus consecuencias (mandato de determinación), consagrado en el multicitado artículo 25 de la CE y 29 de la Colombiana y constituye sin duda, uno de los pilares básicos del Estado social y democrático de derecho, de ahí que el artículo 9.3 superior español lo garantice expresamente, y en cuanto se encuentra más desarrollado en el derecho penal, se aplique al disciplinario, con las modulaciones vistas, derivadas de la diferencia que existe entre las relaciones generales de sujeción y las relaciones especiales de sujeción.
8. El principio de legalidad se encuentra en íntima conexión con el de tipicidad y proporcionalidad, constituyendo claras categorías dogmáticas, que junto a la antijuridicidad o ilicitud sustancial en materia disciplinaria y la culpabilidad, representan el trípede clásico sobre el cual se estructura la falta, la infracción, el tipo, o el ilícito disciplinario; en últimas, la responsabilidad disciplinaria que a los operadores jurídicos del derecho funcional les corresponde investigar y si es el caso sancionar, en relación con la órbita de competencia que les fija el cuerpo normativo en mención, de donde surgen los imperativos para el instructor, de respetar de manera escrupulosa al investigado, en tanto dotado de dignidad inherente a todo ser humano, indagar si existe la conducta constitutiva de la falta y si tiene el carácter de dolosa o culposa y realizar el proceso de adecuación típica, para emitir un juicio, sancionando o exonerando, previa actividad probatoria realizada en debida forma.

ANTI JURIDICIDAD

1. Se define la antijuridicidad formal como la contrariedad a derecho de la conducta, que permite al operador realizar el correspondiente juicio de desvalor de la misma. La doctrina clásica penalista hace una tipología de la antijuridicidad, distinguiendo la formal, en cuyo ámbito el juicio de antijuridicidad recae sobre aquellas conductas típicas que no encuentran amparo en una causal de justificación señalada en el respectivo ordenamiento, es decir, las que son contrarias al ordenamiento jurídico, y la material, según la cual, es antijurídica toda conducta típicamente

antijurídica y reprochable, que por acción u omisión, lesione o ponga en peligro determinados bienes jurídicos protegidos.

2. En Colombia, la antijuridicidad en materia disciplinaria adquiere unas dimensiones bien interesantes y es así como el artículo 5 de la Ley 734/02, preceptúa que la falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna. La conducta será antijurídica cuando afecte sustancialmente el deber funcional sin justificación alguna. En consecuencia, el núcleo de lo antijurídico en una relación general de sujeción será la vulneración de los derechos de los demás y el orden jurídico, en tanto que en una relación especial de sujeción lo será el desconocimiento del deber funcional sin justificación alguna. En definitiva, fundamentado en las relaciones generales de sujeción, el derecho penal protege bienes jurídicos, se estructura el injusto penal sobre tipos cerrados, sistema *numerus clausus*, existe un desvalor de acto y de resultado ante la puesta en peligro o lesión de un bien jurídico tutelado, adquiriendo la antijuridicidad la tipología formal y material.
3. En contrapunto, el derecho disciplinario, que cumple una función social fundamentado en las relaciones especiales de sujeción, protege el deber funcional ante un desvalor de acción injustificado, derivado del incumplimiento de los deberes funcionales que afecta la función administrativa como tal, en la medida en que el ilícito disciplinario comporta el quebrantamiento del deber, pero no de cualquier deber, sino del deber funcional, y no de cualquier forma, sino que debe ser de manera sustancial, al atacar o poner en peligro o lesionar los fines y funciones del Estado, base de una administración pública que busca la excelencia y que encuentra en la ley disciplinaria un instrumento de prevención y garantía de su buena marcha; adquiriendo la antijuridicidad, por tales razones, unos matices propios que la diferencian de la antijuridicidad en materia penal.
4. La autorización constitucional para exigir el cumplimiento de los deberes funcionales y estructurar la imputación disciplinaria emana de las siguientes preceptivas, fundamento de la constitucionalización del derecho disciplinario en Colombia:
 - a) Los servidores públicos al moverse en ese gran escenario conocido como el Estado constitucional, social y democrático de derecho, deben ser respetuosos de los valores, principios, derechos y garantías constitucionales y cumplir igualmente de manera escrupulosa los deberes asignados, como única forma de garantizar la materialización de los fines esenciales del Estado, esto es, servir a la comunidad, promover la prosperidad general

y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, así como facilitar la participación de todos en las decisiones que los afecten y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la nación, defendiendo la independencia nacional, manteniendo la integridad territorial y asegurando la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

- b) Al ostentar la calidad de autoridades públicas, estas deben proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares, so pena de que el mismo Estado, les reclame el principio de responsabilidad, política, civil o patrimonial, fiscal, penal y disciplinaria, dada la calidad que ostentan, por infringir la Constitución y las leyes y además por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.
 - c) Es claro que el servidor público adquiere un plus de responsabilidad, dado el status funcional adquirido en el momento en que presta juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben, lo que le amplifica sus deberes, que adquieren, en consecuencia, el carácter de funcionales, y le obligan a desempeñar el cargo observando siempre los valores constitucionales de libertad, igualdad, solidaridad, justicia, participación y dignidad humana; los principios constitucionales del Estado constitucional, social y democrático de derecho, esto es, la prevalencia del interés general, la soberanía popular, la supremacía de la Constitución, los derechos, la responsabilidad, la división funcional del poder, amén de los de la función administrativa como tal, igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, y por supuesto, respetar escrupulosamente los derechos de los administrados y materializar las garantías constitucionales cuando son accionadas.
4. En este orden de ideas, la ilicitud sustancial como estrato dogmático superior del derecho disciplinario en Colombia, busca configurar los presupuestos necesarios para que una determinada conducta de un servidor estatal se estructure como falta disciplinaria, no con el simple señalamiento de la norma presuntamente vulnerada, sino que es necesario establecer la forma como esa conducta afecto la función pública y el cumplimiento de los fines estatales, cuya salvaguarda constituye el fundamento primero y último de la función pública y del derecho disciplinario.

CULPABILIDAD

1. La culpabilidad o principio de responsabilidad subjetiva se puede definir como el reproche personal que se dirige al autor por la realización de un hecho típicamente antijurídico. De manera elemental, es el juicio de valor o reproche que se le hace a una persona, en este caso servidor estatal, por haber cometido una conducta a título de dolo o culpa.
2. Conecta la categoría con principios constitucionales básicos como la interdicción de la arbitrariedad, la presunción de inocencia y el principio de legalidad, naturalmente, en la medida en que en un Estado constitucional, social y democrático de derecho, se excluye la imposición de sanciones por el simple resultado, es decir, por el sistema de la responsabilidad objetiva.
3. Acorde con el artículo 13 del CDU en Colombia, en el derecho funcional se encuentra proscrita toda forma de responsabilidad objetiva y en consecuencia, las faltas solo son sancionables a título de dolo o culpa, entendiendo por culpabilidad el juicio de exigibilidad, en virtud del cual se le imputa al servidor estatal la realización del ilícito disciplinario, pues dada su investidura, se encontraba con la posibilidad de dirigir su comportamiento acorde con los requisitos del ordenamiento disciplinario y sin embargo no lo hizo, de ahí el apotegma *nulla poena sine culpa* o de responsabilidad subjetiva, propio de un Estado constitucional, social y democrático de derecho, fórmula acogida por los Estados español y Colombiano.
4. Emerge el concepto de responsabilidad, cuya base supralegal reposa en el artículo 6 superior Colombiano, según el cual, los particulares por estar en una relación general de sujeción, solo son responsables ante las autoridades públicas por infringir la Constitución y las leyes, en tanto que los servidores públicos, al estar inmersos en relaciones especiales de sujeción, lo serán por la misma causa y además por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, por lo que el Estado puede en un momento dado, realizar el correspondiente juicio de reproche ante el actuar antijurídico del servidor estatal.
5. Acorde con la teoría finalista, la culpabilidad es el simple reproche que se le hace al sujeto imputable, por haber actuado de manera típica y antijurídica, cuando podía y debía actuar como el derecho se lo exigía.
6. La culpabilidad, en este sentido, se convierte en uno de los grandes límites materiales de la potestad sancionadora de la administración, en tanto el juicio de responsabilidad determina que la decisión disciplinaria debe estar articulada con el grado de culpabilidad del inculpaado.

NON BIS IN IDEM

1. El *non bis in idem* es una clara manifestación del principio de legalidad ampliamente analizado y constituye uno de los grandes límites a la potestad disciplinaria del Estado, pues en el ámbito material y procesal prohíbe el doble reproche o enjuiciamiento por un mismo hecho y contra un mismo sujeto, siempre que exista identidad de sujeto, de hecho y de fundamento.
2. Su estudio comporta el análisis juicioso de la garantía o protección *non bis in idem*, así como de su antítesis, es decir, la prohibición o proscripción del *bis in idem* en el marco de un Estado constitucional, social y democrático de derecho, en garantía del principio de seguridad jurídica.
3. El tratamiento del tema no resulta nada pacífico, pues en Colombia, fundamentado en la teoría de las relaciones especiales de sujeción, existe una aplicación atenuada de este principio y pueden en consecuencia coexistir sanciones penales, disciplinarias e incluso fiscales por una misma conducta irregular, cuando hay identidad de sujeto, de hecho y de fundamento. Es decir, la acción disciplinaria al ser independiente de cualquiera otra que pueda surgir en la comisión de la falta, hace que se aplique de manera estricta el principio pero tan solo en el ámbito disciplinario (disciplinario-disciplinario), mas no así respecto del penal (disciplinario-penal), o del administrativo sancionador (disciplinario-administrativo sancionador-fiscal), como efecto del sometimiento de los funcionarios a esta clase de relaciones especiales.
4. La garantía del *non bis in idem* o prohibición del *bis in idem* conecta de una manera muy especial con el principio constitucional de responsabilidad de los servidores estatales, en tanto incurren en la misma no solamente por infringir la Constitución y las leyes, sino también por omisión o extralimitación de sus funciones, derivándose una responsabilidad de tipo integral, vale recordar, política para altos dignatarios del Estado, civil o patrimonial, fiscal, penal y disciplinaria, permitiendo al ordenamiento Colombiano, iniciar, proseguir y culminar las diferentes investigaciones, procesos y expedientes, e incluso imponer conforme el material probatorio recaudado y previa observancia de las garantías del debido proceso, las diferentes sanciones, sin que por tal circunstancia se incurra en vulneración de la garantía bajo estudio. En el ámbito español, sin embargo, la situación parece cambiar, al existir una aplicación más rígida del principio, como se ha podido percibir a lo largo del acápite.

5. Tiene razón TRAYTER cuando pone de manifiesto la necesidad de dictar en España una ley que regule las reglas básicas que deben regir el mundo de las sanciones administrativas, pues de lo contrario, y teniendo en cuenta el don de la ubicuidad que posee el derecho administrativo, nunca se sabrá a ciencia cierta qué principio va a ser aplicado en vía administrativa o jurisdiccional, olvidando la necesaria certeza jurídica que debe presidir el Estado social de derecho. En este sentido, la Ley 7/2007 de 12 abril, mejor conocida como el estatuto básico del empleado público en España, representa una buena aproximación al tema.

PROPORCIONALIDAD

En materia disciplinaria, el principio de proporcionalidad o de ponderación representa un mandato, de una parte, al legislador en el momento en que está elaborando el ilícito y la sanción disciplinaria, y de otra parte, a la administración pública, al tiempo de realizar el proceso de dosificación, previa la imposición de la sanción disciplinaria.

IV. LÍMITES PROCESALES A LA POTESTAD DISCIPLINARIA EMANADOS DEL DEBIDO PROCESO

1. El escenario propicio para la expansión y tutela de los derechos se traduce en el ámbito de nuestra área histórico-cultural en el paradigmático Estado constitucional como forma que revisten los Estados miembros de la Unión Europea, en tanto su razón de ser radica precisamente en garantizar los derechos y libertades fundamentales de las personas asentadas en sus territorios y cuya estructura deriva de la supremacía de la Constitución como postulado básico.

Así las cosas, el complejo mundo del procedimiento disciplinario con las vicisitudes que presenta dentro de su operatividad racional, manifiesta en el expediente, determina el agotamiento de las fases consagradas en la ley y el reglamento y exige el respeto máximo a los derechos y garantías del artículo 29, de la Constitución Colombiana y 24, de la CE., en conexión con los principios descritos en su artículo 25.

En este sentido, el principio de tipicidad disciplinaria, como manifestación del de legalidad –*lex scripta*, *lex previa* y *lex certa*– consagrado en el multicitado artículo 29, superior y 25, de la CE., constituye sin duda, uno de los pilares básicos del Estado social y democrático de

derecho español y Colombiano, de ahí que el artículo 9.3 superior español lo garantice expresamente, en tanto y en cuanto se encuentra más desarrollado en el derecho penal, se aplica al derecho disciplinario con las modulaciones vistas, encontrando la potestad sancionadora de la administración como límites. La legalidad que determina la necesaria cobertura de la potestad sancionadora en una norma de rango legal, con la consecuencia del carácter excepcional que los poderes sancionatorios en manos de la administración presentan, la interdicción de las penas de privación de libertad, el escrupuloso respeto a los derechos de defensa reconocidos en el artículo 29, superior Colombiano y en el artículo 24, de la Constitución española y la subordinación judicial, tal como lo viene reconociendo la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional español y la Corte Constitucional en Colombia.

2. En España constituye un derecho fundamental del inculcado el acceso judicial y la obtención de una tutela efectiva contra los actos definitivos de la administración, producidos en vía administrativa y es así como una vez resuelto el recurso interpuesto en contra de la decisión adversa al inculcado, que pone fin al procedimiento disciplinario, este puede acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa, facultado en el artículo 106.1 de la CE., al establecer que los tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de esta a los fines que la justifican.

En Colombia, la temática es regulada en el Título VIII, capítulo tercero, a propósito de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Legalmente, una aproximación está en el contenido del artículo 171 del Estatuto Disciplinario Único.

Irregularidades como la omisión de fases vitales dentro de la tramitación del proceso, entre ellas las fases probatorias, el desconocimiento en cuanto a la práctica de las pruebas propuestas por el inculcado y las de oficio, cuando se estimen oportunas, así como no notificarle el lugar, fecha y hora en que deberán realizarse y por consiguiente, no incorporar al expediente la constancia de la recepción del acto procesal de comunicación, amén de la práctica de pruebas sin previo decreto, constituyen debilidades dentro de la dinámica probatoria, que facultan al inculcado para reclamar las garantías inherentes a sus derechos fundamentales, en tanto determinan una clara indefensión, al vedarse la posibilidad de alegar, defenderse probando y materializar el contradictorio de la prueba. En este sentido se entienden como obligatorios los traslados y notificaciones

de las piezas procesales que conforman todo del expediente disciplinario, entre las que cabe destacar el auto de apertura a indagación preliminar, la investigación formal, el pliego de cargos o de acusación, las decisiones sobre pruebas y la resolución que pone fin al procedimiento disciplinario, tanto en primera como en segunda instancia.

3. El principio universal de la presunción de inocencia presupone que toda decisión sancionatoria requiere certeza de los hechos imputados, obtenida mediante una adecuada actividad probatoria y certeza del juicio de responsabilidad sobre los mismos hechos.

Así las cosas, la decisión sancionatoria o absolutoria producto de un proceso tramitado de manera integral, debe ser congruente con la realidad táctica, integralidad que viene a estructurarse precisamente con tal actividad, máxime que para adoptar una decisión sancionatoria, el instructor debe tener absoluta certeza y estar plenamente convencido de que en efecto el inculpado cometió la falta disciplinaria, pues de lo contrario, es decir, si no existe la convicción plena conforme al recaudo probatorio allegado, si se debate entre la certeza y la duda, inexorablemente debe proferir decisión absolutoria, conforme al principio universal del in dubio pro disciplinado. Y si al interior del procedimiento civil, penal, laboral y contencioso, la prueba se erige como un instrumento jurídico fundamental en la búsqueda de la verdad real de los hechos que le interesan y sirven de sustento, en el disciplinario no puede ser la excepción. Entonces, si para Jean-Jacques Rousseau, uno de los padres del contractualismo, el individuo es el alma del Estado, *mutatis mutandis*, para el inculpado e instructor la prueba debe constituir el alma del procedimiento disciplinario y de ahí la máxima sabia de los juristas romanos cuando señalaban que tanto da no probar como no tener el derecho (*Idem est non esse aut non probari*). Entonces, la prueba es trascendental para el proceso representado en el expediente disciplinario, desde su ordenación, iniciación y desarrollo, con las vicisitudes que a lo largo del mismo se pueden presentar, hasta su culminación, de ahí que toda decisión debe fundarse en pruebas legalmente allegadas, producidas y valoradas, para que de esta forma el instructor adquiera la certeza en cuanto a la comisión o no de la falta disciplinaria. Resulta diáfana la importancia que reviste este derecho supralegal del inculpado de utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, consagrado en el artículo 29 superior Colombiano y en el artículo 24.2 de la CE.

4. El derecho de defensa demanda para su operatividad racional un estudio juicioso por parte del inculpado y naturalmente del instructor, en aspec-

tos tales como las formas de extinción de la responsabilidad disciplinaria, el principio in dubio pro disciplinado, el instituto jurídico procesal de la prueba, la motivación de las decisiones, el pliego de descargos entre otros, en tanto y en cuanto conllevan una defensa adecuada del inculpado.

Por su parte, la asistencia letrada, como señalan los doctrinantes españoles, representa una de las máximas garantías del inculpado, de ahí que el artículo 17 del Código Disciplinario Único en Colombia, contemple expresamente la defensa material y técnica en los procesos disciplinarios, como garantía supralegal que asiste al inculpado.

De otro lado, si bien el instituto jurídico procesal de la prueba representa para el inculpado la estrategia de defensa más importante, también lo es que el mismo queda a merced de que se motiven en debida forma los actos disciplinarios. Tres decisiones claves en el desarrollo del expediente disciplinario español: la evaluación a través del pliego de cargos, la propuesta de resolución y la resolución que pone fin al procedimiento disciplinario, y de otra, la importancia para el instructor de efectivizar las audiencias, vistas, traslados y notificaciones, a fin de cristalizar el derecho que tiene el inculpado de ser informado de las decisiones antedichas.

Tres igualmente, de los principios fundamentales sobre los cuales se sustenta el régimen disciplinario de los funcionarios públicos, se traducen en la idoneidad, objetividad e independencia del instructor, quien debe tener en cuenta que la finalidad del procedimiento disciplinario, consiste en propender por indagar sobre la verdad de los hechos y sancionar a los responsables, pero garantizando en todo caso los derechos individuales del inculpado.

Por último, el derecho a la tramitación del expediente sin dilaciones indebidas se predica del procedimiento disciplinario, pues conecta con todas las garantías constitucionales en este ámbito, máxime si entendemos en relación con la eficacia de la actuación disciplinaria, mutatis mutandis, que justicia demorada, justicia denegada.

V. GARANTÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS Y CUMPLIMIENTO DE SUS DEBERES FUNCIONALES

1. La naturaleza, el modo de ser, lo que caracteriza decisivamente al Estado constitucional como forma actual del Estado de derecho, es el establecimiento de unos principios derivados del postulado básico de la supremacía de la Constitución, tales son el poder constituyente popular,

la separación de poderes que determina el control de los mismos, la independencia de los tribunales, la protección de la libertad en sus diferentes ámbitos, la garantía de los derechos civiles y políticos de los asociados, el carácter personalista, el pluralismo ideológico-religioso y su laicidad. En suma, Estado de cultura que propugna por una opinión pública libre en el marco de una democracia constitucional.

Es el Estado social y democrático de derecho, forma que adquieren los Estados alemán, español y Colombiano a partir de 1949, 1978 y 1991 respectivamente, en el que el fin está determinado por la garantía de derechos y el medio por la separación de poderes, legislativo, ejecutivo y judicial y en cuyo ámbito las funciones atribuidas a la administración pública, que ostenta la primacía en una relación especial de sujeción respecto de los funcionarios, no es rígida sino flexible, razón por la cual puede “legisla” a través de reglamentos con habilitación legal, “ejecuta” a través de actos administrativos disciplinarios y “administrar justicia materia” por medio de los expedientes disciplinarios, pero siempre con observancia de unos valores constitucionales (libertad, justicia, igualdad, dignidad humana), de unos principios constitucionales (legalidad, jerarquía normativa, publicidad, favorabilidad, seguridad jurídica, responsabilidad, interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos) y de unos derechos fundamentales (debido proceso y derecho de defensa). Este es en definitiva el escenario al que se adapta la categoría de las relaciones especiales de sujeción para poder perdurar y cuyo proceso advierte las vicisitudes anotadas a lo largo de la investigación.

2. Como se evidencia, uno de los aspectos significativos, cuando de relaciones especiales de sujeción se trata, es el de la limitación de los derechos fundamentales de los colectivos que a ella se encuentran sometidos, en este caso los funcionarios públicos, tema que conecta de manera particular con el concepto de libertad, bajo el entendido de que constituye la justificación última del constitucionalismo y es así como las cartas políticas, verbi gracia, la Colombiana, consagra una cláusula general de libertad al estatuir en su artículo 16, fuente de relaciones generales de sujeción, que todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad, sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico, esto es, los derechos de terceros y el interés general. Entonces, la Constitución consagra de manera genérica la libertad, y la ley determina sus alcances, planteamiento que trasladado a nuestro estudio significa ni más ni menos que hay unos límites generales de los

derechos fundamentales, es decir, para todos por el estándar general de estos y las relaciones generales de sujeción a que están sometidos los ciudadanos del común y en contrapunto, existen unos límites especiales para determinadas personas que se encuentran en una relación especial de sujeción, dado el estándar particular de sus derechos fundamentales, caso de los funcionarios públicos cuyos derechos y libertades están limitados de manera general por la Constitución y de manera particular por los estatutos disciplinarios consagrados en la ley.

En otras palabras, los derechos fundamentales (Grundrecht) de los funcionarios públicos resultan limitados de una forma particular al encontrarse en esta singular situación, lo que genera una tensión constitucional, comoquiera que el núcleo central del Estado constitucional, obedece precisamente a su garantía o respeto escrupuloso por parte de la administración pública.

Piénsese en los derechos de huelga (artículo 56 de la CP/91 y artículo 35, numeral 32, del CDU), de reunión o manifestación (artículo 37, de la CP/91), políticos o de participación (artículos 40, 110, 127 y 219, de la CP/91 y artículo 48, numeral 39, del CDU), de petición (artículo 219, de la CP/91), de defensa en cuanto a la actividad probatoria (artículo 29, de la CP/91 y artículo 219, del Código de Procedimiento Civil), al trabajo (artículo 25, de la CP/91 y artículo 35, numerales 22, y 27, del CDU), al buen nombre (artículo 15, de la CP/91), a la honra u honor (artículo 21, de la CP/91); y las libertades de cátedra (artículo 27, de la CP/91 y artículo 35, numeral 27, del CDU), libre elección de residencia y empleo (artículo 24, de la CP/91 y artículo 35, numeral 14, del CDU), de expresión (artículo 20, de la CP/91 y artículo 35, numeral 34, del CDU), sindical (artículo 39, de la CP/91), negocial (artículo 127, inciso 1° de la CP/91 y artículos 35, numeral 33, y 39, numeral 2, del CDU), de asociación (artículos 38, y 39, de la CP/91) y negociación colectiva (artículo 55, de la CP/91).

En suma, la tensión constitucional entre los principios de autoridad y libertad o potestad disciplinaria y dignidad humana.

3. El derecho disciplinario que cumple una función social, fundamentado en las relaciones especiales de sujeción, protege el deber funcional ante un desvalor de acción injustificado, derivado del incumplimiento de los deberes funcionales que afecta la función administrativa como tal, en la medida en que el injusto disciplinario comporta el quebrantamiento del deber, pero no de cualquier deber, sino del deber funcional, y no de cualquier forma sino

que debe ser de manera sustancial, al atacar o poner en peligro o lesión los fines y funciones del Estado, base de una administración pública que busca la excelencia y que encuentra en la ley disciplinaria, un instrumento de prevención y garantía de su buena marcha, adquiriendo la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad por tales razones unos matices propios que las diferencian de las categorías en materia penal.

VI. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN BUSCA DE LA EXCELENCIA

1. En España y en Colombia, la prevalencia de la dignidad humana y del bien común, del interés público o colectivo, interés general, constituye el reto más importante del Estado constitucional, social y democrático de derecho y la política, se erige como un instrumento fundamental para su materialización, dentro de la dinámica propia de la organización política, escenario que es protagonizado por gobernantes y gobernados, en quienes los valores morales deben constituir la guía permanente de sus actuaciones.
2. Comoquiera que el gobernante juega un papel protagónico en la restauración de tales valores, debe mostrar resultados concretos de su gestión, ya que el compromiso y la responsabilidad por el momento coyuntural que vive especialmente Colombia, resultan de una enorme trascendencia, particularmente para los servidores estatales, pues en la medida en que logren hacer efectivo el control disciplinario y el control ciudadano sobre la gestión pública, acorde con la estrategia constitucional planteada, están construyendo las bases jurídicas de un Estado participativo, pluralista, en donde impere la democracia real o sustancial y de unas instituciones que se proyectan en el tercer milenio y que se justificarán y tendrán razón de ser, si propugnan por una administración pública, honesta, eficiente, garante de los derechos humanos y del interés público, donde la conducta de los servidores estatales consulte siempre la idea de justicia social, como único camino para lograr la paz, enmarcada naturalmente dentro de los valores constitucionales de libertad, igualdad, solidaridad, justicia, participación y dignidad humana, como presupuestos básicos para llegar a la Colombia que todos anhelamos.
3. Pensar y actuar en contravía de lo manifestado, equivale a patrocinar la situación de crisis que en forma directa o indirecta afecta a la población

Colombiana y que de no solucionarse más temprano que tarde y con el concurso de todos, inexorablemente aumentará la incertidumbre de un mejor futuro de su pueblo, quedando la corrupción y la violencia como únicos legados para las generaciones venideras.

Ahora bien, desde el punto de vista práctico y en el ámbito de la función pública para que se logren materializar los anteriores postulados dogmáticos se requiere en Colombia, partiendo de un derecho disciplinario autónomo, la voluntad decisiva por una parte de la administración, en tanto extremo dominante en una relación especial de sujeción y de otra, de los funcionarios públicos y particulares que cumplen funciones públicas, en cuanto sujetos pasivos, de la adopción entre otras de las siguientes medidas que corresponden a claros mandatos del Constituyente de 1991 y del legislador disciplinario de 2002:

- a) Educar a los servidores públicos y a los particulares que cumplen funciones públicas, en los valores, principios, derechos, garantías y deberes encomendados por expreso mandato constitucional, legal y reglamentario (artículo 33, numeral 3, del CDU).
- b) Capacitar permanentemente a los funcionarios instructores en el campo del derecho disciplinario, en temas como la potestad disciplinaria y el debido proceso, máxime que es deber del servidor público capacitarse y actualizarse en el área donde desempeña su función (artículo 34, numeral 40, del CDU).
- c) Materializar el principio de igualdad, en tanto valor, principio y derecho fundamental, en la medida en que las autoridades disciplinarias deben tratar de modo igual a los destinatarios de la ley disciplinaria, sin establecer discriminación alguna por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica (artículo 15, del CDU).
- d) Remunerar de manera adecuada a los servidores estatales para que la administración pueda exigir con autoridad el cumplimiento de sus deberes funcionales (artículo 33, numerales 1, 6 y 9, del CDU).
- e) Implementar mecanismos expeditos para evitar la impunidad en materia disciplinaria, a fin de agilizar el trámite de los procesos o expedientes sancionadores, es decir, robustecer el control y la potestad disciplinaria en sus fases preventiva, ejecutiva y correctiva (artículos 12 y 94, del CDU).
- f) Valorar por parte de los superiores de la entidad los méritos de los servidores adscritos a sus dependencias, otorgando ascensos, capacitaciones, comisiones de estudio, etcétera, es decir, cristalizando el concepto de la meritocracia en el ámbito de la función pública, con el fin de generar

sentido de pertenencia y compromiso institucional (artículo 33, numerales 5 y 8, del CDU).

- g) La función disciplinaria debe responder a dos conceptos: el interés general y la dignidad humana. En consecuencia, es aconsejable que en tan importante actividad no existan injerencias que afecten su imparcialidad (artículos 1, 2 y 8, del CDU).
- h) Realizar una correcta ubicación del recurso humano en las diferentes entidades del Estado (artículo 33, numeral 8, del CDU).
- i) Mantener un continuo, permanente y fluido diálogo entre el nivel directivo y los demás niveles de la administración, escuchando sugerencias, creando y fortaleciendo la crítica constructiva, no destruyéndola, máxime que la crítica sana a la labor de los superiores no solo constituye un ejercicio legítimo de la libertad de expresión sino que materializa el interés general al que los funcionarios públicos deben servir de manera prioritaria (artículo 33, numeral 7, del CDU).
- j) Finalmente, el mejor espejo para una administración pública en busca de la excelencia, comienza con el buen ejemplo del nivel directivo, que debe mostrar no solo la autoridad legal para desempeñar el cargo de esta dignidad, sino ante todo la autoridad moral, máxime que los empleos públicos se merecen, no se mendigan (Artículo 34, numeral 6, del CDU).

A manera de corolario:

Con las características y medidas apuntadas, el derecho disciplinario como nueva área jurídica en Colombia, puede convertirse en un instrumento valioso en la lucha contra la impunidad, ineficacia y la corrupción administrativa, en aras de despejar las grandes sombras que se ciernen sobre su administración pública.

LA ILICITUD SUSTANCIAL DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO COMPARADO

DIOMEDES YATE CHINOME*

**Profesor universitario. Tratadista y asesor jurídico en temas
de Derecho Disciplinario.*

Aspiro con esta ponencia a aportar elementos de análisis en torno a dos grandes inquietudes que han Estado presentes en el tiempo de trasegar en estos temas del derecho disciplinario:

La primera de ellas que apunta a determinar si, desde la perspectiva del derecho comparado, es la ilicitud sustancial en el derecho disciplinario Colombiano una característica genuina para la construcción de una dogmática autónoma, de cara a su interpretación en nuestro ordenamiento jurídico.

La segunda, orientada a determinar si, a diferencia de lo que ocurre en el derecho comparado, tenemos nosotros exclusivamente y además de otros, un elemento determinante que se erige como diferenciador entre el derecho penal, caracterizado por la antijuridicidad material y el derecho disciplinario, erigido sobre la ilicitud sustancial.

I. DE LA PRIMERA DE LAS INQUIETUDES PLANTEADAS

Cierto es que con frecuencia lamentamos que nuestro Congreso legisle atendiendo experiencias y situaciones propias de otros países, olvidándose de lo que realmente somos: un pueblo de diversidad cultural, esto es, con propias formas de vida y maneras de concebir el mundo no totalmente coincidentes con las costumbres de la mayoría de la población en aspectos de raza, religión, lengua, economía y organización política, pero al fin y al cabo un pueblo en el que a todos se nos garantizan nuestros derechos, costumbres y libertades.

Bajo esa realidad y en la tarea de abordar el trabajo de investigación que ocupa nuestra atención, acudí a los anales del Congreso para escudriñar de dónde había salido aquello de la ilicitud sustancial. ¿Acaso se había acudido al derecho comparado, como suele suceder en la mayoría de los casos?

Con sorpresa debo compartir que la categoría de la ilicitud sustancial, nace como una creación legal propia de los nuestros, buscando a partir de ella darle al derecho disciplinario su autonomía e independencia del derecho penal.

Me explico, en el proyecto inicial y acorde con la exposición de motivos expuesta por la Procuraduría General de la Nación, precisando la necesidad de diferenciar la antijuridicidad penal de la disciplinaria,

el artículo 5° hacía referencia a la lesividad y en esa línea se establecía que solo daría lugar a responsabilidad disciplinaria aquella falta que afectara o pusiera en peligro la función pública.

Dicho texto original, finalmente no fue acogido por el Congreso y surgió la redacción del artículo en los términos que hoy se conoce, el cual fue aprobado sin mayores consideraciones ni justificaciones. Finalmente, fue la Corte Constitucional en la sentencia C-948 de 2002 la que trazó las líneas explicativas de lo que aprobó nuestro Congreso, bajo el acápite de Ilícitud sustancial como principio rector en la ley disciplinaria, bajo la premisa fundamental de que “el derecho disciplinario no puede ser entendido como protector de bienes jurídicos en el sentido liberal de la expresión, toda vez que se instauraría una errática política criminal, habida cuenta de que, no existiendo diferencias sustanciales entre el derecho penal y el disciplinario por virtud de ello, llegaría el día en que el legislador, sin más ni más, podría convertir sin ningún problema todos los ilícitos disciplinarios en injustos penales”.

Luego entonces tenemos, conforme el artículo 5° de la Ley 734 de 2002, una categoría jurídica genuina, sin la cual no hay lugar a la falta disciplinaria; categoría que, digámoslo desde ya, no se encuentra establecida y menos desarrollada en el derecho comparado como presupuesto de la falta y por ende de la responsabilidad disciplinaria.

Se trata de una categoría jurídica auténtica que le da al derecho disciplinario Colombiano, un plus en el derecho comparado y que lo muestra como una disciplina, que al decir del Procurador General de la Nación, doctor Alejandro Ordoñez Maldonado, “no es una creación legal ni una interpretación de la jurisprudencia, es una vertiente del derecho público que tiene origen en la Constitución Política que ha sido desarrollada legalmente y por la jurisprudencia al amparo de las normas constitucionales que lo erigen como una disciplina autónoma e independiente, en especial deslindada del derecho penal y el derecho administrativo”.

En España, sostiene el profesor Nieto García, que “Ciertamente es, desde luego que la Constitución nada ha dicho de forma expresa sobre el derecho disciplinario de los funcionarios, a diferencia de lo que ha sucedido respecto del derecho administrativo sancionador (artículo 25), y que “la propia existencia de un auténtico derecho disciplinario es algo discutible”.

En la Constitución Española encontré que la referencia más cercana al derecho disciplinario está dada en el artículo 25, el cual reza: “Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de produ-

cirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”.

Belén Marina Jalvo, enseña que en España, “el régimen disciplinario constituye un corolario necesario de las medidas establecidas en garantía de la eficacia administrativ”, que “el poder disciplinario es una manifestación de la potestad sancionadora pública” y, que “el derecho disciplinario deberá prestar especial atención a la sanción de las conductas contrarias a los deberes funcionales; en su sentir, “los principios y criterios que configuran el marco de referencia del poder disciplinario, constituyen, a su vez, sus límites para su ejercicio y, en consecuencia, garantías para los funcionario”; sostiene que “la configuración legal y el ejercicio del poder disciplinario debe dar una respuesta equilibrada a los intereses de la administración y a la garantía de imparcialidad del funcionario”.

Los principios a los que se refiere Marina Jalvo, y por virtud, hoy por hoy, del artículo 103 de la Constitución Española, son los previstos en el artículo 94 de la Ley siete (7) de doce (12) de julio de 2007, conocida como el estatuto básico del empleado público, que como lo enseña José Rory Forero Salgado, se complementa por el Real Decreto 33 de 1986, conocido como reglamento de régimen disciplinario de los funcionarios de la administración general del Estado.

Bajo el título “Ejercicio de la potestad Disciplinario”, establece el artículo 94 de la Ley siete (7) de 2007, que son las administraciones públicas las encargadas de corregir disciplinariamente las infracciones del personal a su servicio, cometidas en el ejercicio de sus funciones y cargos, lo cual deberá hacer de acuerdo con los principios de legalidad y tipicidad de las faltas y sanciones, a través de la predeterminación normativa o, en el caso del personal laboral, de los convenios colectivos; del principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables y de retroactividad de las favorables al presunto infractor; del principio de proporcionalidad, aplicable tanto a la clasificación de las infracciones y sanciones; del principio de culpabilidad y del principio de presunción de inocencia.

Nótese que conforme esta norma de la legislación española, la antijuridicidad de la conducta estaría dada a partir de la violación de los deberes funcionariales, erigidos en verdaderos códigos de conductas y siempre que la infracción a los mismos no esté amparada en una causal que justifique el comportamiento; así, sin más consideraciones y dados estos presupuestos normativos se está en presencia de la falta disciplinaria.

Por disposición del artículo 52 del estatuto básico del empleado público, se exige de estos, desempeñar con diligencia las tareas asignadas y velar por los intereses

generales apegados a la Constitución y demás normas jurídicas y actuar con arreglo a principios tales como el de objetividad, integridad, neutralidad, responsabilidad, imparcialidad, confidencialidad, dedicación al servicio público, transparencia, ejemplaridad, austeridad, accesibilidad, eficacia, honradez, entre otros.

Ahora bien, tanto en el derecho disciplinario español como en el derecho disciplinario que se aplica en nuestro medio a los servidores públicos, el fundamento originario de la potestad disciplinaria descansa en la categoría de relación de sujeción especial, erigiéndose esta en punto de lanza para diferenciar cualitativamente la potestad disciplinaria de la potestad penal en el ámbito de el *ius puniendi* del Estado; pero en nuestro caso, encuentra el derecho disciplinario en la ilicitud sustancial una categoría más, que junto a la anterior, permiten afianzar diferencias sustanciales entre estas dos especies del derecho sancionador del Estado. Amén de que en nuestro medio, es a partir del estudio de la constitucionalidad del contenido del artículo 5° de la Ley 734 de 2002, que se autoriza la aplicación morigerada de los principios del derecho penal al disciplinario, teniendo como soporte de la falta y de la responsabilidad disciplinaria, la infracción sustancial de deberes funcionales.

En España se acude a la categoría de la relación de sujeción especial para analizar la matización de los principios generales de la potestad sancionadora de la administración en el ámbito del derecho disciplinario; en nuestro medio se cuenta, además, con la categoría de la ilicitud sustancial para tal propósito, pues al decir de nuestra Corte Constitucional “si bien en el derecho disciplinario deben regir las categorías tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, las mismas deben estar dotadas de su contenido propio y autónom”.

El profesor Federico A. Castillo Blanco se refiere al principio de antijuridicidad aplicable al derecho disciplinario que rige para los funcionarios del Estado español, manifestando que este principio se abre paso en el derecho disciplinario, pues no basta la existencia de una acción o de una omisión en la conducta del funcionario para poder integrar los tipos, como tampoco que dicho actuar esté contemplado como infracción en las normas disciplinarias (tipicidad); para él, es necesario que concurren otros elementos en los hechos, entre ellos que la conducta típica no esté amparada en una causa de justificación, pues si lo está no puede ser sancionada; por lo que para Castillo Blanco, “el juicio de desvalor que la antijuridicidad comporta sobre la conducta del funcionario que al realizar una conducta típica no ve amparada su actuación en una causa de justificación, tiene plena vigencia dentro del derecho Disciplinario”.

Ahora bien, explicando cómo se aplica en el derecho disciplinario español el viejo principio universal del derecho penal que establece “ningún delito,

ninguna sanción sin ley previ”, enseña el profesor Juan Manuel Trayter Jiménez, que este marco jurídico no es compartido por el derecho comparado, en donde la regla general viene dada por la ausencia de la tipificación de las faltas y la excepción consiste en encontrar alguna norma que recoja previamente las acciones u omisiones consideradas como infracción disciplinaria.

Dice Trayter Jiménez que en Francia, no existe una determinación de las infracciones disciplinarias ni en el “*statu Général des fonctionnaire*”, ni en ningún otro texto de carácter reglamentario, lo que lleva a la doctrina de ese país a afirmar sin rubor alguno que el derecho disciplinario ignora la aplicación de tal principio universal; que en Italia ocurre una cosa semejante, existen múltiples conductas que no se encuentran tipificadas en norma alguna y que aunque existe una progresiva positivización de lo que se considera falta disciplinaria, están muy lejos de establecer taxativamente todos los comportamientos considerados como ilícitos disciplinarios, que idéntico fenómeno ocurre en la legislación federal alemana, donde únicamente están fijadas de forma escueta ciertas obligaciones individuales que derivan de la llamada cláusula de buena conducta.

Eso sí, hace claridad Trayter Jiménez, que no ocurre lo mismo tratándose de la aplicación del principio del derecho penal “*Nulla pena sine leg*”, que tanto en España como en Francia e Italia, se erigen en instrumento valiosísimo para controlar la imposición de sanciones que no estén previamente establecidas en la ley; esto es, que por virtud de la aplicación de este principio la administración nunca podrá imponer un castigo disciplinario que no esté contemplado en la ley.

En esa línea de estudio del derecho comparado, y al amparo de lo propio sobre el principio de legalidad que tiene vigencia en el derecho disciplinario que se aplica a los funcionarios públicos, se afirma, por ejemplo, que en Francia la fuente de la infracción disciplinaria está en todo incumplimiento o violación de lo que imponen los deberes funcionariales, sin más consideraciones. El derecho disciplinario que se aplica a los funcionarios estatales y autoridades locales se encuentra previsto en la Ley 84-16 de 11 de enero de 1984, “Por la cual se establecen las disposiciones relativas a la función pública del Estado”.

Allí, esos deberes funcionariales no están tipificados de manera individualizada, taxativa o expresa como ocurre en nuestro caso al tenor de los artículos 34, 35 y 48 de la Ley 734 de 2002, se encuentran diseminados a lo largo y ancho de la ley 84-16 del 11 de enero de 1984 y demás normas aplicables a los funcionarios estatales y autoridades locales francesas.

A contrario sensu, y en el ámbito de la sanción, el artículo 66 de la Ley de 11 de enero de 1984, modificado por el artículo 5º de la ley 91-715 de 26 de

julio de 1991, establece expresamente, define y clasifica las distintas sanciones a que se pueden hacer acreedores los destinatarios de esta ley. Clasificación que hace en cuatro grupos, en clara aplicación del viejo principio del derecho penal “*Nulla pena sine leg*”.

En Francia, la potestad disciplinaria está radicada en cabeza de la autoridad nominadora, esto es, aquella investida del poder de nombramiento, pero solo puede actuar y hacer pública la decisión en la que se incluye la sanción y sus motivos previa consulta al Consejo de Disciplina. Allí, el máximo órgano de apelación de las decisiones disciplinarias es el Consejo Supremo de Estado de administración pública, integrado por representantes de la administración y los representantes de los sindicatos de funcionarios públicos.

En Italia, enseña el profesor Jiménez Trayter, “que existen múltiples conductas que no se encuentran tipificadas en norma alguna” y que lo propio ocurre en la legislación federal alemana, donde únicamente están fijadas de forma escueta ciertas obligaciones individuales que derivan de la llamada cláusula de buena conducta (artículo 54.B.B.G.).

Allí en la república federal alemana, los ciudadanos solo pueden acceder a los cargos públicos, prestando u ofreciendo garantía de que actuarán en todo momento a favor y en defensa de la Constitución o ley fundamental, ya que esta se articula en torno a un bien o valor: El ordenamiento fundamental democrático liberal, es lo que se conoce como el deber de fidelidad a la Constitución, respecto del cual se exige un comportamiento activo en todo momento, entiéndase no solamente limitada al ejercicio de la función pública y respecto del cual se exige el “completo comportamiento del funcionario” desde su ingreso, permanencia, ascensos y jubilación.

Es el “deber de fidelidad y su transgresión la que justifica el despido de los funcionarios interinos y a prueba. Para los permanentes, un expediente disciplinario puede dar lugar a la separación del servicio”, enseña el profesor, Trayter Jiménez, sin hacer referencia a que la transgresión de dicho deber de fidelidad deba darse en términos sustanciales como presupuesto de la falta y de la responsabilidad disciplinaria.

De manera que en España, Francia, Italia y Alemania, sin olvidar la configuración de los sistemas de función pública que se aplica en cada país, marcada por los sucesos históricos, las transformaciones de orden político, social, cultural y económico se cuenta con un derecho disciplinario, donde la estructura de la falta o de la infracción, si bien está soportada en la violación injustificada de deberes

funcionariales, no existe la exigencia de determinar lo sustancial en la violación de cada mandato que se les impone a través de dichos deberes.

Veinte años atrás, pero siendo vigente aún lo dicho, el tratadista Rafael Bielsa, sostuvo que la responsabilidad disciplinaria en la Argentina, tenía y tiene por fundamento, “la relación de subordinación entre el órgano sometido a la disciplina y el órgano que la establece o aplica más que para castigar, para corregir, e incluso educar al infractor de la norma”, y que el fin de esta es “asegurar la observancia de las normas de subordinación jerárquica y, en general, el exacto cumplimiento de todos los deberes de la función”.

De manera que allí en la Argentina, en el incumplimiento de los deberes inherentes a la función o empleo, conforme las leyes, el reglamento o los principios que la determinan y según las órdenes superiores, está la fuente de la responsabilidad disciplinaria.

La fresca doctrina de ese país en materia de derecho disciplinario y en cabeza de la doctora. Miriam Mabel Ivanega, enseña que “la función de la administración se justifica en la medida en que sirve con objetividad a los intereses generaley”, por lo que “el comportamiento de los agentes públicos implica cumplir sus funciones con profesionalidad, eficiencia, ética, imparcialidad y adoptar la conducta debida”.

Enseña Mabel Ivanega, que “el régimen disciplinario tiene una especial justificación, porque el agente público, por la naturaleza de su actividad tiene una serie de deberes y obligaciones [...] “se trata de deberes que trascienden la esfera del interés de la propia administración como organización y que afectan a los principios generales del orden constitucional [...] la responsabilidad disciplinaria se entrelaza directamente con el compromiso que tiene todo agente de cumplir con sus deberes y obligaciones, en el correcto ejercicio de los derechos reconocidos y en no incurrir en conductas prohibidas por las normas jurídica”.

Nótese que Mabel Ivanega hace referencia a que los deberes vulnerados que dan vida a la falta disciplinaria son aquellos que trascienden los propios intereses de la administración “y que afectan los principios del orden constitucional”, que es precisamente lo que en nuestro derecho disciplinario constituye la fuente de la ilicitud sustancial; sin embargo, no da mayor explicación de ello y finalmente anota que en la Argentina, la Procuración del Tesoro Nacional, tiene dicho que “el derecho administrativo disciplinario castiga a los agentes por la violación de sus deberes como tales, en pos del buen funcionamiento de la administración pública”.

II. CONCLUSIÓN

Expuestos los diversos planteamientos, desde la perspectiva del derecho comparado, es la ilicitud sustancial una característica genuina del derecho disciplinario, para la construcción de una dogmática autónoma de cara a su interpretación, que además lo erige como un derecho auténtico en el ordenamiento jurídico Colombiano, en la medida en que “la ilicitud sustancial, como estrato dogmático, busca configurar los presupuestos necesarios para que una determinada conducta de un servidor estatal se estructure como falta disciplinaria, no con el simple señalamiento de la norma presuntamente vulnerada, sino que se hace necesario establecer la forma como esa conducta afectó la función pública y el cumplimiento de los fines estatales, cuya salvaguarda constituye el fundamento primero y último de la función pública y del derecho disciplinario”.

Este planteamiento resulta válido, máxime si se tiene en cuenta que, a la luz del derecho comparado, la calificación de la falta o de la infracción disciplinaria como actividad jurídica de aplicación de normas, no requiere del análisis o determinación de lo sustancial de la ilicitud, como sí ocurre en nuestro ordenamiento jurídico disciplinario donde, de conformidad con el artículo 5° de la Ley 734 de 2002, es requisito *sine qua non* para estructurar una falta disciplinaria.

En lo que corresponde a la segunda inquietud que aludía a determinar si, a diferencia de lo que ocurre en el derecho comparado, tenemos nosotros exclusivamente en la ilicitud sustancial, un elemento determinante que se erige como diferenciador entre el derecho penal, caracterizado por la antijuridicidad material, y el derecho disciplinario, erigido sobre la ilicitud sustancial, todo conduce a afirmar que sí.

Aseveración que hago teniendo en cuenta que la doctrina universal acude, entre otras, a la teoría de las relaciones de sujeción especial, a la de la potestad sancionadora de la administración, al principio de legalidad, y consecuente con ello el de tipicidad, al *non bis in idem*; al principio de proporcionalidad y su aplicación en el derecho disciplinario, al principio de culpabilidad, para diferenciar derecho disciplinario y derecho penal, más no así, y con ese propósito, a la categoría de la ilicitud sustancial, como lo hemos hecho nosotros, que tal y como acertadamente lo corrobora, Forero Salgado: “Esta categoría dogmática tiene unas consecuencias muy interesantes en el campo del derecho disciplinario en Colombia, hasta el punto de considerarse, como el parámetro básico para diferenciar, derecho penal, caracterizado por la antijuridicidad material y derecho disciplinario, distinguido por la ilicitud sustancial, que sumada a la

tipicidad y culpabilidad, completa la exigencia dogmática para estructurar la falta disciplinaria”.

No hay duda de que ese elemento diferenciador en nuestro medio, deberá estar siempre apuntalado de la mayor objetividad posible y que no basta con que haya un título en el pliego de cargos, en el auto de citación a audiencia o en el fallo de primera instancia en el que se lea: ILICITUD SUSTANCIAL, y su contenido sea la simple transcripción del artículo 5°. Siempre en aras de lograr el propósito de una decisión justa será indispensable ahondar en los elementos estructuradores de la tan mentada ilicitud sustancial.

Por todo ello y, a manera de epílogo de este trabajo, afirmo que la ilicitud sustancial, como categoría de la estructura de la falta en nuestro derecho disciplinario, por sus especiales características, no resulta similar a ningún esquema de los que hoy existen en el continente, erigiéndolo, al menos desde su concepción dogmática, en un derecho a la vanguardia en Iberoamérica.

EL DERECHO DISCIPLINARIO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

DOCTORA MARÍA CLARA GALVIS*

** Experta en Derechos Humanos. Tratadista, profesora
universitaria y consultora en la materia.*

Buenos días a todos los aquí presentes. En primer lugar, quiero agradecer a la Procuraduría General de la Nación y al Instituto de Estudios del Ministerio Público por la invitación a participar en este evento. Quiero hacer unas precisiones previas: primero, yo no soy una experta en derecho disciplinario, de manera que mi aproximación hacia el derecho disciplinario en esta presentación es desde el derecho internacional y concretamente desde el derecho interamericano. Segundo, mi exposición se divide en dos partes: una corta y otra más extensa, y tiene que ver con dos afirmaciones o intuiciones, y lo que voy a tratar de hacer es sustentar en la jurisprudencia de la Corte Interamericana estas dos hipótesis.

Primero, voy a compartir con ustedes unas ideas sobre el rol, la ubicación o el papel que ha tenido el derecho disciplinario, o los temas disciplinarios, en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. En segundo lugar, me voy a referir a los estándares, en este caso, los desarrollos jurisprudenciales, los desarrollos jurídicos, las reglas concretas sobre derecho disciplinario en la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

I. EL DERECHO DISCIPLINARIO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

En cuanto a lo primero, en cuanto al rol, al papel, a la ubicación de los temas disciplinarios en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, mi hipótesis es que el derecho disciplinario no ha estado muy presente en la jurisprudencia contenciosa de la Corte Interamericana, y ello se traduce en el escaso desarrollo, que han tenido los temas disciplinarios en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Esto tiene como consecuencia que los estándares sobre derecho disciplinario sean escasos, sobre todo si se compara, por ejemplo, con los estándares sobre aspectos de derecho penal. La jurisprudencia contenciosa de la Corte, desde sus primeras sentencias, empezó a establecer criterios y guías para que los Estados de este continente ajustaran la manera como conducen las investigaciones penales, sobre todo las relacionadas con violaciones y graves violaciones de derechos humanos. En el caso del derecho disciplinario, los estándares son escasos y el tema se ha abordado de manera escasa. Intentaré explicar por qué esto es así. Yo encuentro tres razones, al menos, que confluyen todas ellas a explicar lo anterior.

La primera es la **naturaleza subsidiaria de los sistemas internacionales** ¿esto qué quiere decir?, Como muchos de ustedes probablemente sabrán, los órganos internacionales de protección de derechos humanos solo actúan cuando los órganos internos no hacen bien su trabajo. Como suele decir Claudio Grossman, un abogado Chileno que fue integrante y presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y lo han dicho también muchas otras personas, si los sistemas judiciales del continente hicieran bien su tarea, ni la Comisión ni la Corte habrían conocido todavía el primer caso. Esto quiere decir que cuando hay una justicia fortalecida, fuerte, independiente, no tiene sentido que los casos lleguen a las instancias internacionales. Un ejemplo: en Colombia nos parecería rarísimo que el caso de una chica que es expulsada de un colegio porque quedó embarazada llegara al sistema interamericano. En la comisión Interamericana, no hay casos de este tipo contra Colombia, ¿por qué?, porque la Corte Constitucional Colombiana los resuelve en sede interna. Todos sabemos que nuestra Corte Constitucional tiene una jurisprudencia reiterada en la que ha dicho que expulsar a una adolescente del colegio por estar embarazada atenta contra el derecho a la educación. Pero si uno mira, por ejemplo, lo que pasa en Chile, hay casos sobre esta misma situación, de adolescentes embarazadas expulsadas de los colegios, que han llegado a conocimiento del sistema interamericano, porque los órganos internos Chilenos no resuelven ese tipo de violaciones.

Una primera explicación de la escasa presencia del derecho disciplinario en la jurisprudencia contenciosa de la Corte Interamericana es entonces la naturaleza subsidiaria de los sistemas internacionales. Esto quiere decir, como lo ha dicho reiteradamente la Corte, que los sistemas internacionales no son una cuarta instancia, no están diseñados para convertirse en un tribunal para revisar todas las decisiones judiciales que tome un Estado, sino que únicamente operan cuando al interior del Estado no se resuelve o no se repara una violación de derechos humanos protegidos convencionalmente.

Esto de la subsidiariedad se puede ejemplificar de otra manera: con unas cifras que tienen que ver con la particular situación que vive Colombia. Si uno revisa la jurisprudencia o las sentencias de la Corte Interamericana contra Colombia, encuentra que son once, que no es un número muy alto. Entonces uno podría preguntarse, que dado el volumen de casos que hay en Colombia (con cifras bastante aproximadas, según la información de prensa, la fiscalía tiene un millón de procesos), ¿por qué solamente han llegado a la Corte once casos? Justamente porque es un sistema subsidiario, que no tiene por mandato revisar todo, sino únicamente los casos en donde el Estado, y más concretamente su sistema de justicia, falla, no repara adecuadamente las violaciones. Los casos de

Colombia ante el Sistema Interamericano tienen que ver con masacres, desapariciones forzadas, torturas, es decir, con graves violaciones de derechos humanos, que es justamente lo que en Colombia no hemos podido resolver; aquí tenemos grandes dificultades internas para resolver las graves violaciones de derechos humanos. Esto sería lo que tiene que ver con la naturaleza subsidiaria de los órganos interamericanos. Pero esto no nos resuelve completamente la pregunta de por qué hay muchos estándares en materia penal pero no en materia disciplinaria.

Esto me permite pasar al segundo aspecto, que tiene que ver con que el proceso disciplinario no es un recurso interno que se deba agotar. Ni en Colombia ni en ningún otro país de este continente el proceso disciplinario es considerado como un recurso interno que se deba agotar para acceder a la instancia internacional. Dada la naturaleza subsidiaria de los sistemas internacionales, una herramienta para saber cuándo un caso está listo para ser conocido por el Sistema Interamericano es verificar si se han agotado los recursos internos, es decir, que se les haya dado la oportunidad a las instancias judiciales internas de resolver el caso o de reparar la violación; y una manera para saber si esto fue así es acudiendo a la institución que se conoce con el nombre de agotamiento de los recursos internos. Con algunos matices y algunas diferencias dependiendo del país, la Corte Interamericana ha dicho que el recurso por excelencia que se debe agotar es el recurso penal, es decir, la acción penal. La acción disciplinaria no es un recurso interno que se deba agotar. El proceso disciplinario no es entonces un proceso que esté llamado a la revisión de las instancias internacionales. Los procesos que se revisan para ver si permitieron o no la garantía de los derechos de las personas que alegan violación de sus derechos son los procesos penales. Esto explicaría también por qué hay un escaso desarrollo del derecho disciplinario y de los temas disciplinarios en la jurisprudencia contenciosa de la Corte.

Tercero, no todos los países tienen sistemas disciplinarios. Colombia, desde la mirada de la comisión y la Corte, es conocida por tener un sistema jurídico muy sofisticado; quienes nos miran desde afuera dicen que aquí hay un menú de acciones muy completo y complejo (otra cosas es su eficacia): hay proceso penal, proceso disciplinario, control fiscal, acciones constitucionales, acciones contenciosas. Este tipo de sofisticación jurídica o de entramado institucional no existe en todos los países. Colombia es uno de los países que tiene sistema disciplinario. En todos los países hay acciones penales, hay sistema penal, pero no en todos hay sistema disciplinario. Como los órganos del sistema interamericano, Comisión y Corte, hacen reglas y desarrollan estándares para el continente entero, el tema del derecho disciplinario tendría interés y aplicación en unos países, pero no en todos. Y de esos desarrollos tal vez su principal destinatario no sería Colombia, pues nuestro

país tiene un desarrollo muy sofisticado de su institucionalidad y una Corte Constitucional que es ejemplo para las Cortes constitucionales del continente. es una de las pocas Cortes que la Corte Interamericana cita como fuente de desarrollos de derecho, y se ha convertido en un referente para colegas que están estudiando o investigando para casos de otros países; es frecuente que pregunten qué ha dicho la Corte Constitucional Colombiana sobre un determinado tema. Si no todos los países tienen sistemas disciplinarios, sobre los temas disciplinarios no puede llegar un gran volumen de casos relacionados con estos temas al sistema interamericano.

Concluyo esta primera parte diciendo que el derecho disciplinario no ha sido materia de la mayor atención en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, ni en relación con todos los países ni en relación con Colombia por las razones que indiqué, es decir, por el carácter subsidiario de los sistema internacionales, porque los procesos disciplinarios no son un recurso que deba agotarse y porque no todos los países tienen sistemas disciplinarios.

II. ESTÁNDARES Y REGLAS SOBRE DERECHO DISCIPLINARIO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA

La primera afirmación se complementa con esta segunda, que en realidad se deriva de la primera. esta segunda afirmación consiste en que los estándares en materia disciplinaria son muy escasos. de las 245 sentencias que ha emitido la Corte, son muy pocas las que se han ocupado del tema disciplinario en concreto: menos de diez. Esto nos habla de una jurisprudencia escasa. De esa jurisprudencia escasa, en esta segunda parte de la exposición voy a mencionar unos aspectos generales, para luego compartir con ustedes lo que ha dicho la Corte Interamericana sobre derecho disciplinario. Mi intuición es que lo que ha desarrollado la Corte en materia de derecho disciplinario no le dice mucho a Colombia, porque Colombia tiene un derecho disciplinario mucho más avanzado que los desarrollos o estándares que ha fijado la Corte. En estas pocas sentencias la Corte ha abordado dos tipos de temas, lo que tiene que ver con el derecho disciplinario en sí mismo y lo que tiene que ver con los derechos de las víctimas, que, según la jurisprudencia de la Corte, se aplican a todo proceso, penal, disciplinario, administrativo o de cualquier otra naturaleza. entiendo que en este mismo seminario, según la agenda, ya alguien se refirió a los derechos de las víctimas en el sistema interamericano, entonces no me voy a referir a ello, sino solamente a los estándares sobre lo que debería ser el proceso disciplinario, a la luz de la Convención Americana.

Antes de ello me voy a referir a las etapas del proceso ante la Corte. Como ustedes saben, y para los que no lo saben, brevemente les cuento que el proceso internacional tiene dos grandes etapas: una ante la comisión y otra ante la Corte; no se puede llegar a la Corte sin pasar por la comisión. La Corte tiene dos tipos de pronunciamientos: los pronunciamientos en los casos contenciosos (la expresión contencioso no quiere decir lo que quiere decir en el derecho interno la jurisdicción contencioso administrativa; es contencioso por oposición a amistoso, lo que no se pudo resolver por la vía amistosa se resuelve por la vía del litigio, en el sentido de los italianos del litigare, de la contención en el sentido de una disputa jurídica) y las opiniones consultivas. En sede consultiva la Corte no se ha referido a los temas disciplinarios.

En lo que sigue voy a hacer algunas referencias i) a la jurisprudencia contenciosa, ii) a lo que ha dicho la Corte sobre derecho disciplinario en materia de reparaciones, también en la jurisprudencia contenciosa, y iii) una breve anotación respecto de los casos que vienen en camino en la comisión Interamericana.

EL DERECHO DISCIPLINARIO EN LA JURISPRUDENCIA CONTENCIOSA DE LA CORTE INTERAMERICANA

Sobre la jurisprudencia contenciosa yo marcaría un antes y un después de una sentencia muy importante que profirió la Corte el año pasado, en septiembre, en un caso contra Venezuela; se trata del caso de Leopoldo López Mendoza ¿Por qué es importante?, porque es la primera vez que llega a la Corte un caso donde el tema concreto es el debate sobre si existía o no responsabilidad del Estado por haber inhabilitado a un ciudadano, Leopoldo López, para ejercer funciones públicas en contravía de la Convención Interamericana. Es el primer caso donde la inhabilitación a una persona para ejercer funciones públicas se analiza a la luz de los estándares convencionales.

Esta sentencia tiene un valor porque contiene una sistematización de estándares en materia disciplinaria. si ustedes quieren saber lo que ha dicho la Corte sobre temas disciplinarios, ahí está todo en la sentencia del caso López Mendoza contra Venezuela. Brevemente les cuento de qué se trata el caso. Leopoldo López había desempeñado un cargo en PDVSA y después había sido alcalde de una localidad de Caracas. Cuando se postuló para ser alcalde de Caracas, le iniciaron unos procesos disciplinarios por los manejos que había dado al tema de donaciones cuando trabajaba en PDVSA y después por los manejos presu- puestales cuando había sido alcalde menor. esta sentencia tiene una característica

muy interesante: los estándares que fija la Corte no los declara probados en el caso concreto, es decir, no encuentra responsabilidad de Venezuela en los temas analizados, salvo en un aspecto.

Pero antes de ir al caso López Mendoza les voy a contar brevemente qué había dicho la jurisprudencia previamente, reiterando que sobre derecho disciplinario no había dicho mucho, y lo que había dicho lo había dicho muy tarde, con relación a Colombia. En Colombia empezamos a hablar de derecho disciplinario mucho antes de que la Corte Interamericana hiciera las primeras referencias al tema. Yo trabajé en la Procuraduría en los años 94 y 95, y en esa época ya había discusiones sobre el derecho disciplinario: si es penal, si no es penal, si es administrativo; aquí se estaba discutiendo antes de que esa discusión llegara a la Corte, en el 2001, es decir en el siglo XXI, cuando ya el derecho constitucional y administrativo de muchos países tenía desarrollos importantes. Y el tema no llega inicialmente a la Corte como derecho disciplinario, como un problema de aplicación del derecho disciplinario bajo la convención, pues eso solo ocurrió el año pasado, con la sentencia contra Venezuela.

La primera vez que la Corte aborda estos temas es en el caso Baena Ricardo, que es un caso contra Panamá, que no tiene que ver directamente con el derecho disciplinario sino con una sanción administrativa que se impuso a 270 trabajadores que hicieron una huelga. La sanción de despido se les impuso mediante una ley que fue declarada constitucional por la Corte de Panamá. Cuando el caso llega a la Corte Interamericana, el debate no era el proceso disciplinario sino un elemento del debido proceso, que era la aplicación retroactiva que indebidamente había hecho Panamá de la norma violatoria de la Convención.

En esta sentencia la Corte dijo tres cosas: 1) las sanciones administrativas, como las penales, son una expresión del poder punitivo del Estado y en ocasiones tienen naturaleza similar a ellas; 2) en un sistema democrático es preciso extremar las precauciones para que las medidas que se adopten se hagan con estricto respeto de los derechos básicos de las personas y previa una cuidadosa verificación de la efectiva existencia de la conducta indebida; es una afirmación genérica de respeto de derechos de cualquier procesado y de verificación de lo que aquí llamaríamos tipicidad, pero fíjense que la Corte no habla de tipicidad, sino de existencia de la conducta indebida. Estas afirmaciones genéricas no son gratuitas, se explican porque las hace una Corte que les habla a todos los sistemas jurídicos del continente, tengan o no derecho disciplinario, y se configuren de la manera en que se configuren, con congresos unicamerales o bicamerales, con ministerio público o sin ministerio público, con poder ciudadano como en Venezuela, que acá no existe, con contraloría o sin ella, etc. por eso el lenguaje

tiene que mantenerse en lo genérico, para que se pueda adaptar a los distintos sistemas jurídicos; 3) y un tercer aspecto que dijo la Corte en Baena Ricardo es que es indispensable que la normativa punitiva, sea penal o administrativa, exista y resulte conocida o pueda serlo antes de que ocurra la acción o la omisión (legalidad previa); esta también es una reflexión genérica.

En el mismo año 2001, la Corte falló otros casos: i) el caso Ivcher Bronstein, que era un caso de libertad de expresión en Perú; ii) el caso del Tribunal Constitucional, que era un caso de debido proceso en la destitución de magistrados del Tribunal Constitucional durante el gobierno de Alberto Fujimori; iii) el caso Yatama contra Nicaragua, que es un caso de participación política de pueblos indígenas que conformaron un partido; esta conformación del partido se declaró ilegal a la luz de la Constitución nicaragüense y luego la Corte Interamericana dijo que esa declaratoria de ilegalidad era contraria al debido proceso de los pueblos indígenas; y iv) el caso Palamara contra Chile, que es un caso de libertad de expresión que tiene que ver con la persecución contra un miembro de las fuerzas militares por haber escrito un libro que no les gustó mucho a sus superiores en el Ejército. en estos casos, la Corte Interamericana dijo, y leo textual, que “todos los órganos que ejerzan funciones de naturaleza materialmente jurisdiccional tienen el deber de adoptar decisiones justas basadas en el respeto pleno a las garantías del debido proceso establecidas en la Convención Americana”. Este párrafo es igual en estos cuatro casos, es el mismo en el caso Ivcher (párrafo 104), en el caso del Tribunal Constitucional (párrafo 71), en el caso Yatama (párrafo 149) y en el caso Palamara (párrafo 164).

Estos cuatro casos, más el caso Baena Ricardo, aunque son formalmente cinco decisiones, realmente son dos, porque en las primeras cuatro el párrafo es exactamente el mismo, en el que la Corte simplemente dice: 1) que las decisiones materialmente jurisdiccionales tienen que ser justas y respetar el debido proceso y 2) que las expresiones del derecho punitivo del Estado tienen que tramitarse con cuidado de los derechos básicos de las personas y verificando la previa existencia de la conducta y permitiendo que la persona la conozca con anterioridad.

A fines de 2010, la Corte decidió un caso contra Panamá, el caso Vélez Loor. En este caso la Corte reitera lo que había mencionado en Baena Ricardo, en el sentido que tanto las sanciones administrativas como las penales son expresiones similares del poder punitivo del Estado, y agrega que en una sociedad democrática, para evitar el ejercicio abusivo del poder punitivo, este debe ejercerse únicamente cuando es estrictamente necesario para proteger derechos fundamentales de situaciones que los dañen o los pongan en peligro (párrafo 170). En el caso concreto, la Corte consideró arbitraria la privación de libertad (prevista

en la legislación panameña) impuesta al señor Vélez Loor mediante decisión administrativa, por incumplimiento de las leyes migratorias. Agregó la Corte que en estos casos, los Estados deben usar medidas menos restrictivas de la libertad.

El año pasado, la Corte Interamericana, con ocasión del caso López Mendoza, sistematizó los estándares de derecho penal que podrían ser aplicables al derecho disciplinario. En el caso López Mendoza la Corte no habla de procesos administrativos, que era el lenguaje más genérico que había usado hasta entonces, sino de procesos disciplinarios. En esta sentencia, la Corte dice varias cosas que se podrían agrupar en cinco grandes temas: 1) las afirmaciones generales que les acabo de mencionar, en las que la Corte no hace sino reiterar lo que ya había dicho en Baena Ricardo y en Yatama, Tribunal Constitucional, Palamara e Ivcher, en el sentido que los órganos que ejerzan funciones de naturaleza materialmente jurisdiccional, sean penales o no, tienen el deber de adoptar decisiones justas basadas en el respeto pleno de las garantías del debido proceso. En la sentencia, luego de esta reiteración, la Corte hace una sistematización de estándares en cuanto al derecho de defensa y a recurrir las decisiones, en cuanto a la presunción de inocencia, con respecto al deber de motivar decisiones y en cuanto al plazo razonable.

En cuanto al derecho de defensa y a recurrir las decisiones, aplicado al campo disciplinario, que viene de su jurisprudencia sobre temas de derecho penal, la Corte dijo en el caso López Mendoza tres cosas: i) el derecho a la defensa debe poder ejercerse desde que se señala a una persona como autora o partícipe de una conducta indebida (fíjense que no dice delitos, habla de conducta indebida o conducta ilícita) y solo culmina cuando finaliza el proceso, es decir, le fija un marco temporal al ejercicio del derecho de defensa ¿cuándo tiene usted derecho a la defensa?, desde el momento en que le señalan que puede ser autor de una conducta indebida hasta cuando se acabe el proceso. el derecho de defensa obliga al Estado a tratar al individuo en todo momento como un sujeto del proceso, entendido este concepto de la manera más amplia posible; es una regla que está formulada casi en términos de principio, no de regla cerrada sino de principio amplio.

Una regla establecida en el caso López Mendoza es que per se no es contrario a la Convención Americana que se establezca en el derecho interno de un Estado que en determinados procedimientos ciertos actos de trámite no sean objeto de impugnación; esto, porque en este caso el señor Leopoldo López cuestionó que no había tenido derecho a recurrir a varios actos de trámite, y la Corte dice algo que para nosotros no es nada nuevo: que no todo acto de trámite tiene que tener un recurso. esto en principio no viola la Convención Americana, aunque puede

violar la Constitución o el Código Disciplinario, y en dado caso es un asunto del derecho interno, que no viola la Convención Americana.

El segundo tema es el de la presunción de inocencia aplicada al derecho disciplinario ¿qué dijo la Corte? que esta presunción constituye el fundamento esencial de las garantías judiciales. En el caso López Mendoza la Corte aplica la presunción de inocencia, que es propia de los procesos penales, al derecho disciplinario y afirma que de la presunción de inocencia se deriva que no es la persona acusada de haber cometido la conducta quien debe demostrar que no la cometió, sino que la carga de la prueba le corresponde a quien la acusa, sea ese acusador una contraloría, una Procuraduría, una fiscalía, porque en cada Estado la función de acusar puede estar en un órgano distinto. En el mismo sentido dice la Corte que la demostración fehaciente de la responsabilidad constituye entonces un requisito indispensable para imponer una sanción penal, de modo que la carga de la prueba recaiga en la parte acusadora y no en el acusado. Y muy relacionado con lo anterior, dice que la presunción de inocencia acompaña al acusado durante toda la tramitación del proceso hasta que una sentencia que determine su culpabilidad quede en firme. Esta presunción implica además que los juzgadores no inicien el proceso con una idea preconcebida de que el acusado ha cometido el delito que se le imputa, por lo que la carga de la prueba está en cabeza de quien acusa y cualquier duda debe ser resuelta en beneficio del acusado. La presunción de inocencia, y esto es lo último que dice la Corte sobre este principio, se vulnera si, antes de que el acusado sea encontrado culpable, una decisión judicial relacionada con él refleja la opinión de que es culpable; es lo que en algunos países llaman “adelantar opinión”, reflejar, indicar para dónde va la reflexión de la Corte o de la instancia pertinente, en relación con la responsabilidad de la persona. La Corte toma elementos de su jurisprudencia sobre estándares aplicables a los procesos penales y los aplica a los procesos disciplinarios. Todos estos estándares que reiteró o que sistematizó la Corte en el caso López Mendoza no se aplicaron a este caso concreto, porque el derecho de defensa, el derecho a impugnar y a la presunción de inocencia no fueron violados respecto del señor Leopoldo López.

Un tercer grupo o una tercera categoría de los estándares que sistematiza la Corte tienen que ver con el deber de motivar las decisiones. Aquí la Corte sí encuentra una violación en el caso del señor Leopoldo López. La Corte dice que el deber de motivar las decisiones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia que protege el derecho de los ciudadanos en general a ser juzgados por las razones que el derecho suministra; esto le otorga credibilidad

a las decisiones y así debe ser en el marco de una sociedad democrática, es decir, que lo que respalda la decisión sean las razones del derecho y no las razones personales o las razones ideológicas o las razones subjetivas del juzgador. En relación con lo mismo, la Corte dijo que las decisiones que adopten los órganos internos y que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias. Si una decisión no está fundada en razones del derecho o razones jurídicas, es arbitraria. Y ¿Cuáles son los criterios para saber que una decisión no es arbitraria?, que en el texto de la sentencia estén i) los hechos que se debaten y que se prueban durante el proceso; ii) las razones o los motivos, y iii) las normas que sirvieron de base a la autoridad para tomar su decisión. Con estos tres elementos, en la lógica de la Corte, se excluye la arbitrariedad de las decisiones judiciales. Además, el texto de una decisión debe dar cuenta de los alegatos de todas las partes que intervienen y del conjunto de pruebas analizadas. Una decisión tiene que estar basada en los hechos, en el derecho, dar cuenta de las razones para responderles a las partes por qué se rechazó o se acogió su argumento y dar cuenta de las pruebas y por qué las valoró en uno u otro sentido. Concluye esta reflexión la Corte diciendo que la debida motivación es una garantía que se encuentra incluida en el artículo 8° de la Convención Americana, que es el artículo sobre garantías judiciales.

En un último grupo de estándares la Corte sistematiza lo que ha dicho en otros casos sobre plazo razonable. El plazo razonable en la jurisprudencia de la Corte no está fijado en números, en años o en meses. Lo que ha hecho la Corte con anterioridad es fijar criterios; estos son: i) la complejidad del asunto, entre más sencillo un caso el juzgador debe resolverlo en un tiempo menor; ii) la actividad procesal del interesado; si en el proceso hay una parte civil o un interviniente, o como lo denomine el derecho interno, que aporta pruebas y que es activo en el proceso, pues se reduce el tiempo para que el juzgador tome una decisión; iii) la conducta misma de las autoridades judiciales; si una autoridad judicial o una autoridad materialmente judicial alega ante la Corte Interamericana que durante cinco años que ha durado un proceso, ese proceso está en plena dinámica procesal, es una situación muy distinta a la que se configura si se demuestra que en esos mismos cinco años la autoridad envió dos oficios y pidió dos pruebas. En el primer caso hay oportunidad de que sea justificable un mayor plazo, pero si como juzgador no hago nada durante cinco años, tengo una parte civil muy activa y el caso es sencillo, pues el plazo razonable va a ser mucho menor en ese caso concreto; iv) un último elemento que la Corte agregó, en un caso de Colombia, el caso valle jaramillo, se refiere a la afectación generada con la demora en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso; este

es un cuarto elemento, que se conjugaría con los tres anteriores, para saber en un caso concreto si el plazo es razonable o no.

Me remito una vez más al caso López Mendoza, para decirles que todo esto que les he mencionado es lo que ha dicho la Corte sobre estándares que vienen de su jurisprudencia sobre procesos penales, aplicados a decisiones disciplinarias, a procesos disciplinarios como el que se le adelantó en Venezuela al señor Leopoldo López.

EL DERECHO DISCIPLINARIO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA SOBRE REPARACIONES

En materia de reparaciones y derecho disciplinario hay en una sentencia contra México, que es una sentencia muy importante para el continente, que es la sentencia del caso Campo Algodonero, que tiene que ver con violencia sexual contra las mujeres en Ciudad Juárez. Creo que todos los que estamos acá sabemos que Ciudad Juárez tiene unos índices muy altos de violencia contra las mujeres debido a distintas razones que no es del caso comentar ahora. En la sentencia de ese caso, la Corte, por primera vez, al ordenar reparar las violaciones, le dice al Estado mexicano que tiene que investigar disciplinariamente a los funcionarios de policía y a los funcionarios involucrados con la investigación de graves violaciones de derechos humanos porque hubo demasiadas falencias en la manera como se condujo la investigación penal y esas falencias merecen una sanción disciplinaria.

Esta reflexión no la había hecho nunca la Corte. Las órdenes de reparaciones en casos de Colombia y de otros países, por tratarse de conductas que claramente son delitos, como masacres, ejecuciones, desapariciones, las órdenes a Estados como Colombia, Guatemala, Chile, habían sido que investigue penalmente, porque se trata de conductas que ameritan una investigación penal debido a que se encuentran en el ámbito de lo delictivo. La particularidad del caso Campo Algodonero es que la Corte hizo un análisis de lo que se conoce como la debida diligencia judicial, que tiene que ver con una serie de elementos o criterios que deben seguirse en las investigaciones penales y que le permiten a la Corte evaluar el comportamiento de los órganos de policía y de investigación ¿Qué hicieron? ¿Cómo manejaron la escena del crimen? ¿reaccionaron oportunamente? ¿Respetaron el debido proceso y los derechos de las víctimas? la Corte ha desarrollado una serie de estándares de debida diligencia judicial, que no es del caso comentar en esta presentación, que deben aplicarse a toda investigación penal para que pueda decirse que ha sido diligente. La Corte con-

cluyó que los investigadores mexicanos no habían sido diligentes en la manera como habían conducido la investigación penal por la violencia sexual contra las víctimas. además de ordenarle al Estado mexicano que continúe investigando los hechos por la vía penal, le dice que tiene que investigar disciplinariamente a las autoridades de policía, en la lógica de que se aprenda de los errores y se corrijan las deficiencias investigativas del Estado mexicano que llevaron a estas falencias gravísimas en la investigación de los tres casos de violencia sexual a los que se refiere el caso. La sentencia contra México ilustra con detalle las graves falencias investigativas del Estado mexicano para investigar la violencia sexual contra las mujeres en Ciudad Juárez.

EL DERECHO DISCIPLINARIO EN LAS DECISIONES DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA

Como ya les comenté, el trámite de los casos comienza en la comisión, de manera que los desarrollos jurídicos de la Corte en muchos casos ya los ha hecho previamente la comisión. Hay algo novedoso en una reciente decisión de la comisión sobre admisibilidad, en un caso de Argentina. Digo novedoso, porque toca directamente con procesos disciplinarios, administrativos. La comisión hasta ahora ha dicho que se trata de un caso donde se agotaron las vías internas, que Argentina no lo resolvió adecuadamente, y por ello entonces procede a abrir la instancia internacional. El caso tiene que ver con una persona condenada por homicidio, que después de un tiempo le concedieron un beneficio de salidas transitorias que después le revocaron. Esta revocatoria de la decisión de concederle el beneficio de salida transitoria se tomó mediante una actuación administrativa, que en la práctica, según se alega, fue la imposición de una sanción disciplinaria que no correspondía a los hechos del caso. Acá lo que se va a discutir es un tema de derecho disciplinario, de las sanciones disciplinarias a personas privadas de la libertad que están cumpliendo condenas. La comisión ya admitió el caso y tal vez cuando lo decida de fondo reiterará estándares de otros casos. Resalto que antes no se había pronunciado sobre casos disciplinarios respecto de personas que están cumpliendo condenas.

Por último, voy a hacerles un comentario general sobre la parte que no voy a abordar y que tiene que ver con los estándares que ha producido la Corte Interamericana sobre los derechos de las víctimas. En este campo todos los desarrollos que ha hecho la Corte son absolutamente pertinentes para la situación de Colombia. Según la comprensión o el entendimiento de víctima que maneja la Corte, las víctimas de violación de derechos humanos

consagrados en la Convención Americana (concretamente de los artículos 3° al 25, es decir víctimas de alguno de estos 22 derechos protegidos convencionalmente) tienen unos derechos y esos derechos pueden estar en juego en los procesos penales, disciplinarios, administrativos, contenciosos, fiscales, civiles, laborales, de familia, constitucionales de constitucionalidad abstracta o concreta, como son el derecho de tutela o amparo. En todos estos diez tipos de procesos (son los que he identificado, pero pueden ser más), las víctimas de violación de estos 22 derechos que protege la Convención Americana tienen una serie de derechos; pero a este tema en detalle no me voy a referir porque entiendo que fue abordado previamente.

Cierro esta presentación con la esperanza de haber demostrado las afirmaciones iniciales: que el derecho disciplinario ha sido objeto de escasa atención o preocupación por parte de la Corte Interamericana, que los estándares sobre derecho disciplinario son pocos, escasos, seis o siete sentencias y cuatro de ellas dicen lo mismo, y que a Colombia no es mucho lo que le dice la jurisprudencia de la Corte, por el desarrollo y la sofisticación jurídica que caracterizan a nuestro país. Sin embargo, considero que es importante seguir los desarrollos de la Corte, ver qué va a decir la comisión en el informe de fondo en este caso contra Argentina y después qué va a decir la Corte si es que el caso llega a este tribunal, respecto del derecho disciplinario de personas privadas de la libertad, que es un ámbito hasta ahora no tratado.

Muchas gracias.

MESA REDONDA

CUARTO EJE TEMÁTICO

MODERADOR: CARLOS HUMBERTO GARCÍA ORREGO*

** Jefe de Capacitación del IEMP,
Coordinador General del Congreso.*

- I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA
- II. ASPECTOS GENERALES DEL INJUSTO PENAL
- III. EL ILÍCITO DISCIPLINARIO
- IV. EL ILÍCITO DISCIPLINARIO:
¿HACIA UNA CONCEPCIÓN DUALISTA?

La finalidad de este congreso es crear espacios donde se gestione el conocimiento en torno a la buena actividad de la administración pública, e igualmente el análisis y comparación del Estado del arte en otros países de América. Para ello, el Instituto de Estudios del Ministerio Público se apoya en el trabajo de los formadores expertos en derecho disciplinario, quienes finalmente divulgarán todos estos conocimientos a la comunidad que conforma el Ministerio Público, logrando de esta forma, además, crear un centro de pensamiento especializado.

En el área del derecho se hace realidad con mayor fuerza el paradigma del conocimiento moderno que nos obliga a desarrollar la competencia de aprender a aprender, de tal forma que debemos mantener la inquietud por el estudio en todo momento y convertirnos en estudiosos por toda la vida.

PATRICIA VILLASANA RANGEL. MÉXICO

PREGUNTA: En Colombia los fenómenos de corrupción, narcotráfico, impunidad, etcétera, han llevado a la evolución de ciertos campos de la legislación, siendo uno de ellos el derecho disciplinario, el cual, dentro de una de sus estrategias, ha optado por endurecer sus penas que, tal como lo hemos visto, frente a las exposiciones de Chile y Brasil, es demasiado drástico, ¿considera usted que México, y dada la realidad que actualmente vive ese país, puede estar marchando en ese mismo sentido?

Villasana no cree que México esté incrementando sus penas, observa que más bien el derecho evoluciona a medida que lo hace la criminalidad.

PREGUNTA: Cuando usted dice que en México hay gente que no pueden ser sancionada porque se equivocaron, ¿en qué casos?, ¿como es que son sancionados?, ¿por qué el juicio de culpabilidad en ese evento llevaría a la inexorable conclusión de que el funcionario se equivocó de buena fe y por tanto no sería castigado?

Al respecto te comento que como juzgador que fui, es una gran responsabilidad analizar, ponderar, justipreciar todos y cada uno de los elementos materiales existentes dentro del caso concreto; aunado a lo anterior, para la imposición de las sanciones administrativas en México se toman en cuenta los elementos propios del empleo, cargo o comisión que desempeñaba el servidor público cuando incurrió en la falta:

1. La gravedad de la responsabilidad y la conveniencia de suprimir prácticas que infrinjan, en cualquier forma, las disposiciones de la ley o las que se dicten con base en ella.
2. Las circunstancias socioeconómicas del servidor público.

3. El nivel jerárquico y los antecedentes del infractor, entre ellos la antigüedad en el servicio.
4. Las condiciones exteriores y los medios de ejecución.
5. La reincidencia en el incumplimiento de obligaciones y
6. El monto del beneficio lucro, daño o perjuicio derivado del incumplimiento de obligaciones.

En el campo del derecho disciplinario, en México hay normatividad disciplinaria cuya lectura es de estricta interpretación y existe otra con un margen de ambigüedad; entre ellas toda la relacionada con la imposición de la sanción, lo anterior para darle margen al juzgador de analizar subjetivamente los elementos del caso concreto.

Ahora, para lograr el éxito de una operación práctica se requiere una previa noción teórica que podría aplicarse de varias formas. Por ello es claro que no existe un único método definitivo para resolver problemas jurídicos. En principio, porque de hecho no hay un único método para hacer nada ni lo habrá jamás.

En México, para un titular de responsabilidades de un órgano interno de control, el derecho no mide el bien o el mal, ni lo verdadero o falso, sino lo bueno y lo malo.

Aquellos que han trabajado en el derecho saben que existe un sistema normativo, pero el quehacer jurídico no es un sistema sino una especie de fisionomía y, por consiguiente, se trata más de una condición psicológica. La praxis jurídica requiere un tacto fisionómico para operar correctamente; ejemplo de lo anterior, podemos señalar que “para tener éxito con un caballo, al jinete no le hace falta saber zoología”.

Luego podemos decir que no se trata de un análisis estructural, anatómico, sino de un estudio más funcional y fisiológico. Es cierto que se debe partir de las leyes y los principios axiomáticos legales; sin embargo, en la práctica del ejercicio jurídico, la inteligencia del experto en derecho reconstruye de acuerdo con nuevas categorías en lo empírico, para con ello actuar conforme al espíritu del quehacer jurídico.

Recuerda que las normas, especialmente las jurídicas, no son juicios sobre sucesos futuros, no son ni siquiera juicios sobre la realidad. No pueden ser verdaderas o falsas, son normas que indican lo que debe suceder; por lo tanto, son buenas o malas, útiles o dañosas.

MARÍA CLARA GALVIS

PREGUNTA: Cuando la Corte Interamericana ordena a un país que realice investigación disciplinaria ¿realiza seguimiento sobre esa investigación o su actuación termina con esa remisión?

La Corte Interamericana en sus sentencias establece un plazo fijo o razonable según el tipo de medida, para dar cumplimiento a las órdenes de reparación. Luego de emitida la sentencia se abre la etapa de supervisión al cumplimiento de la misma, etapa en la cual la Corte supervisa que el Estado cumpla con lo dispuesto en la sentencia. Esta etapa de supervisión se realiza mediante informes escritos o audiencias en la sede de la Corte. La Corte cierra el caso cuando el Estado ha cumplido todas las reparaciones.

PREGUNTA: ¿El proceso disciplinario Colombiano se ajusta a los estándares internacionales en materia de garantías procesales?

Para contestar esa pregunta requeriría hacer un estudio de cada uno de los estándares del debido proceso y garantías judiciales del derecho interamericano, aplicables al proceso disciplinario Colombiano, para comparar/contrastar el estándar internacional. La jurisprudencia Interamericana no ha dicho nada al respecto, sus referencias al proceso disciplinario han sido en el marco de la contribución del mismo a la verdad y a la justicia en ciertos casos.

PREGUNTA: Conforme los pronunciamientos de la CIOH y de la convención Interamericana, ¿es posible que se supriman los derechos políticos a ser elegido, de una persona por intermedio de un fallo disciplinario?

Los derechos políticos pueden restringirse de acuerdo con un *test* establecido por la Corte, para que la restricción sea legítima. Un fallo disciplinario podría restringir derechos políticos siempre y cuando lo haga de conformidad con dicho *test*, pues de lo contrario la restricción sería ilegítima y violaría la Convención Americana.

PREGUNTA: ¿Será que el hecho de que el sistema jurídico Colombiano sea tan sofisticado y garantista es lo que ha permitido que reine la corrupción y la impunidad en nuestro país?

Es una pregunta muy compleja, que requiere muchos estudios para ser respondida de manera acertada. Sin embargo, en mi criterio y es solo una opinión que no está basada en datos empíricos, un sistema jurídico garantista y sofisticado no es la causa de la corrupción y de la impunidad, aunque es posible que en las normas mismas existan factores que propicien la corrupción o la impunidad, pero eso habría que estudiarlo y demostrarlo para hacer una afirmación tan categórica.

PREGUNTA: ¿sería necesario revisar la actitud probatoria debido al caso de Mapiripán sobre reparación de las supuestas víctimas?

Las reglas de prueba de todos los sistemas procesales pueden ser revisadas y mejoradas, tanto las que rigen los procesos internos como las que rigen los internacionales. Hay que tener en cuenta que la Comisión y la Corte basan sus decisiones en la información que les envía el Estado y el Estado, en el caso

Mapiripán, incluyó a estas personas como víctimas. Luego, cuando el Estado comprobó que no lo eran, informó de ello a la Corte. Muchos se hubieran podido dar cuenta, incluido el agente del Ministerio Público en el proceso penal, pero se les pasó a todas las instancias en Colombia y le dieron una información errónea a la Comisión y a la Corte, creo yo de buena fe, es decir, creo que las instituciones realmente pensaban que esas personas eran víctimas.

PREGUNTA: ¿La CIDH puede fallar un caso disciplinario en un país determinado o simplemente enuncia algunos principios y pactos para aplicar en el derecho interno?

La Corte no puede fallar un proceso disciplinario, pues no falla ni revoca ni modifica decisiones judiciales o materialmente jurisdiccionales producidas en el derecho interno. La Corte analiza si las decisiones judiciales y los procesos que condujeron a ellas son respetuosos del derecho interamericano y si no lo son, ello genera responsabilidad internacional del Estado. Cuando la Corte Interamericana encuentra que un Estado incurrió en responsabilidad internacional, ordena las medidas de reparación correspondientes. La jurisprudencia de la Corte contiene principios y pautas que guían la conducción de los procesos internos.

QUINTO EJE TEMÁTICO

Visión teórica del derecho disciplinario

PROBLEMÁTICAS ACTUALES DEL INJUSTO PENAL AL ILÍCITO DISCIPLINARIO

JUAN CARLOS NOVOA BUENDÍA*

**Procurador Delegado para la Sala Disciplinaria*

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Uno de los temas más importantes en el derecho penal general que comúnmente se conoce como tema de dogmática jurídica penal es el del injusto penal. Como bien se recordará, la teoría del delito descansa sobre tres dogmas o categorías incuestionables: la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

En tal sentido, el tema que conocemos como la teoría del injusto penal es el resultante de las dos primeras categorías: la tipicidad y la antijuridicidad. Sin embargo, existen varias líneas de pensamiento y distintas posiciones en cuanto a este preciso tema.

Pues bien, en esta exposición nos referiremos, en un primer momento, a los aspectos generales del injusto penal para compararlo con su equivalente en la otra especie del derecho sancionador, como es el derecho disciplinario. En efecto, mucho se ha discutido ya en cuanto a las similitudes y diferencias entre la antijuridicidad en materia penal y disciplinaria, disputa de la cual por lo menos existe un gran consenso para decir que, por las finalidades que persigue una y otra expresión del derecho sancionador, son categorías totalmente diferentes.

Por ello, en virtud de la indeclinable diferenciación que debe hacerse, se han hecho muchos esfuerzos académicos para darle un contenido propio y sólido a la categoría del ilícito disciplinario, con el indeseado resultado de que todavía no se alcanza una sólida teoría capaz de abarcar y resolver todos los cabos sueltos que su examen deja.

Así las cosas, el segundo aspecto de la presente exposición será acercarnos a la teoría del ilícito disciplinario para recordar cuál es el fundamento, cuál ha sido su desarrollo y cuáles son las propuestas que han ido apareciendo con el objeto de delimitar y comprender tan complejo tema.

II. ASPECTOS GENERALES DEL INJUSTO PENAL

El derecho penal, al verificar lo contrario o ajustado a derecho, debe preguntarse si la conducta ha generado un desvalor; es decir, algo contrario a un valor. Este valor se puede predicar tanto de un resultado como de una acción.

En cuanto al resultado, el derecho penal se pregunta si se afectó o no un bien jurídico tutelado. Cuando se afecta ese bien jurídico se dice que se generó un desvalor de resultado.

En cuanto a la conducta, el derecho penal se pregunta si el sujeto cometió una conducta penalmente relevante y, más que eso, si corresponde a una conduc-

ta que creó un riesgo jurídicamente no permitido. Cuando se da esa conducta creadora de un riesgo jurídicamente no permitido se da un desvalor de acción.

Esta clasificación del desvalor, entre el resultado y acción, es lo que ha originado la aparición de las teorías monista y dualista del injusto penal.

Así las cosas, la teoría monista del injusto penal acoge una de las dos posibilidades: o acoge el desvalor de acción para considerar que hay injusto penal o, en su lugar, acoge el desvalor de resultado para concluir que hay injusto penal. A la que acoge únicamente el desvalor de resultado se le conoce como **teoría monista objetiva**, mientras que la que acoge únicamente el desvalor de acción se le conoce como **teoría monista subjetiva**.

En cambio, la teoría dualista considera que para la conformación del injusto se debe dar tanto el desvalor de acción como el desvalor de resultado. Si no hay ninguno de ellos, simplemente no habrá injusto penal.

Tal es el caso Colombiano, a partir de lo señalado en la Constitución Política de Colombia, que establece lo siguiente:

ARTÍCULO 16. Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico (Negrillas fuera de texto).

Esta es la conocida cláusula de la libertad general de acción, cuya única limitante es la **afectación de los derechos de los demás y el orden jurídico establecido**.

Entonces, la filosofía del derecho penal descansa en la libertad de actuar, siempre y cuando no se cometan **injustos penales**, los cuales se configuran cuando se cometan conductas que **lesionan bienes de los demás** y que son **contrarias al ordenamiento jurídico**. Esto es, será injusto tanto la contrariedad del derecho en sentido formal (contrario al ordenamiento jurídico) como la contrariedad material (lesión de bienes de los demás).

En ese orden de ideas, tenemos que esa lesión de bienes jurídicos es lo que corresponde al **desvalor de resultado** en tanto que la contrariedad del derecho en sentido formal es el **desvalor de acción**.

III. EL ILÍCITO DISCIPLINARIO

En el derecho disciplinario, lo ilícito o lo antijurídico descansa sobre la teoría de la infracción del deber funcional; esto es, lo que le corresponde hacer y cumplir

a quien representa y ejerce funciones y actividades a nombre del Estado: en otras palabras, el deber funcional que debe cumplir el servidor público o el particular que ejerce funciones públicas.

En tal sentido, siendo la **inobservancia del deber funcional** el fundamento de la antijuridicidad en el derecho disciplinario, un fuerte sector de la doctrina ha sostenido que la ilicitud tiene origen única y exclusivamente **en el desvalor de acción**. Es decir, el fundamento del ilícito disciplinario sería la contrariedad del ordenamiento jurídico.

Sin embargo, todos sabemos que no es la simple contrariedad del ordenamiento jurídico en términos formales. Al respecto, recuérdese que en virtud de la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 5 del CDU se pretendía que se reconociera la existencia de un bien jurídico en materia disciplinaria y, en consecuencia, la antijuridicidad material para considerar la ilicitud en materia disciplinaria.

La Corte Constitucional, mediante la sentencia C-948 de 2002, señaló que el deber funcional era el que orientaba la antijuridicidad disciplinaria, pero que obviamente no era el desconocimiento formal de dicho deber, sino la **infracción sustancial** de dicho deber, es decir, el que atentara contra el buen funcionamiento del Estado y por ende contra sus fines.

A partir de allí, entonces, quedó claro que la antijuridicidad en materia disciplinaria no podía ser formal pero tampoco material al punto de equipararla o igualarla con la antijuridicidad del derecho penal. No obstante, lo que no quedó muy dilucidado fue qué debía entenderse entonces por la antijuridicidad o ilicitud sustancial, pues el concepto de «atentar contra el buen funcionamiento del Estado y contra sus fines» es obviamente muy abierto, por no decir ambiguo.

Y se dice que a partir de allí no quedó muy claro el concepto porque comenzó toda una serie de interpretaciones para darle sentido a la ilicitud sustancial o antijuridicidad en materia disciplinaria. Lo que sí era claro, por lo menos hasta ese momento, era que el fundamento del ilícito disciplinario era el desvalor de acción, sin ser necesario un desvalor de resultado en términos de lesividad o daño en relación con la realización de la falta para estimarse configurada.

Miremos cuáles fueron algunas de esas interpretaciones:

a) Carlos Arturo Gómez Pavajeau:

Para este autor, la antijuridicidad en materia disciplinaria está fundamentada en la infracción sustancial de los deberes funcionales y, por ende, en el solo desvalor de acción. Muy conocida es la expresión «que se trata de conductas

que no solo desconozcan el ropaje jurídico de la norma, sino que son conductas que cuestionen la buena marcha de la administración y los fines del Estado».

b) Esiquio Manuel Sánchez Herrera:

Otro de los autores que coincide en que la antijuridicidad está soportada en el desvalor de acción. Para él se debe verificar si esa infracción «ha pasado ser más que formal y no necesariamente material»

c) Alejandro Ordóñez Maldonado

Con la preocupación de que el concepto seguía siendo bastante limitado, concluyó que la ilicitud sustancial se dará cuando, además de que la conducta se adecúe al tipo disciplinario, con dicha conducta se contrarién los principios de la función pública.

Esa afirmación se hizo a partir de la interpretación de los artículos 22 y 51 del Código Disciplinario Único, que disponen, respectivamente, lo siguiente:

ARTÍCULO 22. GARANTÍA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA. El sujeto disciplinable, para salvaguardar la moralidad pública, transparencia, objetividad, legalidad, honradez, lealtad, igualdad, imparcialidad, celeridad, publicidad, economía, neutralidad, eficacia y eficiencia que debe observar en el desempeño de su empleo, cargo o función, ejercerá los derechos, cumplirá los deberes, respetará las prohibiciones y estará sometido al régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflictos de intereses, establecidos en la Constitución Política y en las leyes.

ARTÍCULO 51. PRESERVACIÓN DEL ORDEN INTERNO. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> Cuando se trate de hechos que contrarién en menor grado el orden administrativo al interior de cada dependencia sin afectar sustancialmente los deberes funcionales, el jefe inmediato llamará por escrito la atención al autor del hecho sin necesidad de acudir a formalismo procesal alguno.

Es más, existe una norma de vieja data que reafirma lo anterior y es el párrafo del artículo 3.º de la Ley 489 de 1998:

PARÁGRAFO. Los principios de la función administrativa deberán ser tenidos en cuenta por los órganos de control y el Departamento Nacional de Planeación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 343 de la Constitución Política, al

evaluar el desempeño de las entidades y organismos administrativos y al juzgar la legalidad de la conducta de los servidores públicos en el cumplimiento de sus deberes constitucionales, legales o reglamentarios, garantizando en todo momento que prime el interés colectivo sobre el particular (Negrilla fuera de texto).

Entonces, el Estado actual de la cuestión es que la antijuridicidad en el derecho disciplinario se dará cuando se contraría el orden jurídico y, al mismo tiempo, que con dicha conducta se desconozcan los principios de la función pública.

Así las cosas, el fundamento seguiría siendo la infracción del deber funcional en términos sustanciales, a partir de la idea del desvalor de acción, como único elemento configurador del ilícito.

IV. EL ILÍCITO DISCIPLINARIO: ¿HACIA UNA CONCEPCIÓN DUALISTA?

Pero el tema no para allí. Recientemente, el mismo profesor GÓMEZ PAVAJEAU ha dado cuenta de a la infracción sustancial del deber funcional le faltaba algo. En efecto, propone este autor que lo ya elaborado es lo que corresponde a un juicio deontológico, esto es, al deber ser del servidor público en el cumplimiento de sus funciones. Pero, además, señala que es necesario agregar a ese juicio deontológico un juicio axiológico a partir de la teoría de los valores. Esto es, que además de que haya infracción al deber, lo que él llama deontología, dicho incumplimiento tenga que someterse a una verificación axiológica para así concluir si existe o no antijuridicidad o ilicitud sustancial.

Desde luego que el propósito de esta charla no es auscultar o explicar cómo funciona ese nuevo juicio que se propone. Al margen de ello, el objetivo es verificar si ese nuevo juicio es o podría ser ese desvalor de resultado que tanta incomodidad generaba con la expedición de la Ley 734 de 2002 y que ahora parece resurgir. Por lo menos podría decirse que es probable que aparezcan o se descubran nuevos elementos que bien podrían considerarse distintos al solo desvalor de acción.

Ahora bien, pongámoslo en los siguientes términos: ese nuevo juicio axiológico podría corresponder a la contrariedad de los principios de la función pública de que habló el señor Procurador General en su obra justicia disciplinaria. Pero, dejando de lado si corresponden a lo mismo o no, podríamos pensar que bien los principios de la función pública o bien el nuevo juicio axiológico propuesto, cualquiera de ellos podría ser el tan esquivo desvalor de resultado que por tantos años ha Estado buscando o descartando el derecho disciplinario.

De ser así, la gran conclusión de esta corta intervención sería que estamos en presencia de un injusto dual en materia disciplinaria, lo cual llevaría a reformular toda la estructura de la falta disciplinaria y sus consecuencias dogmáticas que por tanto tiempo se estimaron consolidadas.

¿EXISTE FUERO DISCIPLINARIO MILITAR?

JAIME MEJÍA OSSMAN**

*** Procurador Primero Delegado para la Contratación Estatal.
Profesor Universitario y Tratadista.*

- I. ¿QUÉ ES TENER FUERO?
- II. ¿CUÁL ES LA RAZÓN DE CONTAR CON UN FUERO PARA EL PERSONAL MILITAR?
- III. ¿CUÁL ES LA EVOLUCIÓN DEL FUERO MILITAR EN COLOMBIA DESDE EL ÁMBITO PURAMENTE NORMATIVO?
- IV. ¿QUÉ COMPRENDE EL FUERO MILITAR EN COLOMBIA?
- V. ¿ES NECESARIO APOYAR REALMENTE A NUESTRAS FUERZAS MILITARES?
- VI. ¿QUÉ HACER ENTONCES?
- VII. ¿EXISTE UN FUERO DISCIPLINARIO MILITAR?

A nivel internacional no se tiene previsto un concepto único para determinar el alcance que debe tener el fuero militar. Esta realidad plantea duda sobre a qué se alude con la expresión estándares internacionales en materia jurídica, expresión frecuentemente usada por los jueces. Sin embargo, se encuentra similitud en la mayoría de los países sobre su ampliación cuando se trata de situaciones de guerra, de conflicto interno o de los llamados Estados de excepción y por el contrario, es más restringido en algunos países cuando se trata de tiempos de paz o de normalidad.

Países como Estados Unidos, Chile, España, Francia, Venezuela tienen previsto en sus legislaciones internas el fuero militar. En Estados Unidos y España, por ejemplo, no se tiene delimitado claramente el fuero entre lo penal y lo disciplinario, porque, dependiendo de los casos, un hecho puede ser mirado desde la óptica disciplinaria o penal, fundado en su gravedad, sus efectos, las condiciones y responsabilidades de quien lo cometió.

I. ¿QUÉ ES TENER FUERO?

Según el diccionario, las acepciones de la palabra fuero, son:.

- “1. Conjunto de leyes o normas que se conceden a un territorio, una comunidad o una persona: Navarra se gobierna por fueros.
2. Conjunto de leyes, derechos o privilegios que en la Edad Media concedía un soberano o señor a un territorio, municipio o grupo social: el rey otorgaba fueros especiales a las ciudades que le eran fieles.
3. Libro que contiene el conjunto de leyes o normas de un territorio: las leyes visigodas estaban contenidas en el “Fuero Juzgo”.
4. Poder o autoridad de una persona o estamento para juzgar algo: el fuero eclesiástico será el que conceda la nulidad del matrimonio.
5. Orgullo excesivo de una persona: hay que ser más humilde y no tener tantos fueros”.

Para quien les habla, debe agregarse que para efectos procesales, el fuero constituye una garantía fundada en la especialidad de la actividad de la persona disciplinada o su jerarquía, a la vez que un factor de competencia que excluye las autoridades ordinarias.

II. ¿CUÁL ES LA RAZÓN DE CONTAR CON UN FUERO PARA EL PERSONAL MILITAR?

De acuerdo con lo dicho, tener fuero es una concesión, un privilegio que otorga la ley a un territorio, una comunidad o una persona.

Luego tener fuero conlleva una serie de garantías que le permitan al militar ejercer su función, así como protegerlos de las amenazas internas o externas que se puedan presentar en su ejercicio.

III. ¿CUÁL ES LA EVOLUCIÓN DEL FUERO MILITAR EN COLOMBIA DESDE EL ÁMBITO PURAMENTE NORMATIVO?

En Colombia y antes de la Constitución de 1991 no se estipuló la existencia de un fuero militar. Sin embargo, el fuero militar se fue construyendo a través de la promulgación de varias normas y disposiciones que la comprenden, identificadas claramente desde el ámbito disciplinario y penal.

Desde el ámbito disciplinario encontramos:

- El primer reglamento de régimen disciplinario castrense en Colombia fue el contenido en el Decreto No. 865 de 1911 “Reglamento de castigos disciplinarios y de reclamo”.
- Mediante el Decreto 1277 de 1923 se reglamentaron los “tribunales de honor”.
- Mediante el Decreto 953 de 1940 se reglamentaron los “tribunales de honor”.
- Posteriormente se implementó el Decreto No. 2295 de 1940 “Reglamento de castigos disciplinarios y de reclamos para el Ejército”.
- Posteriormente se implementó el Decreto No. 837 de 1942, mediante el cual se aprobó el “Reglamento de castigos disciplinarios de la Armada Nacional”.
- Posteriormente mediante Decreto 2302 de 1943 se reemplazaron los regímenes que habían implementado los “tribunales de honor”.
- Posteriormente se implementó el Decreto No. 2175 de 1951 “Reglamento del régimen disciplinario para el personal de las Fuerzas Militares”.
- Mediante el Decreto 313 de 1956, se complementó lo de los “tribunales de honor”.
- Mediante el Decreto 920 de 1963 se determina la Competencia para conocer en segunda instancia de los fallos de los tribunales de honor.
- Posteriormente se implementó el Decreto No. 2782 de 1965 “Reglamento de régimen disciplinario para las Fuerzas Militares”.
- Posteriormente mediante el Decreto No. 1615 de 1966, se modificó el Capítulo VII, Sexta Parte del Decreto 2782 de 1965.
- Posteriormente se implementó como nuevo “Reglamento de régimen disciplinario para las Fuerzas Militares” el Decreto No. 1776 de 1979.

- Posteriormente se implementó como nuevo “Reglamento de régimen disciplinario para las Fuerzas Militares” el Decreto No. 085 de 1989.
- En el contexto de la Constitución de 1991 se expidió el Decreto Ley 1700 del año 2000 y finalmente la Ley 836 del 16 de julio de 2003.

Desde el ámbito penal se encuentra la siguiente evolución:

- En 1825 se instauran tribunales
- En 1828 se le otorgan facultades al libertador Simón Bolívar.
- En 1838 se expide el Código de Santander
- En 1861 Código Penal Militar
- En 1945 Código Penal Militar
- En 1950 Código Penal Militar
- En 1958 Código Penal Militar
- En 1988 Código Penal Militar
- En 1999 Código Penal Militar
- En 2011 Código Penal Militar (Ley 1407)

IV. ¿QUÉ COMPRENDE EL FUERO MILITAR EN COLOMBIA?

A partir de la Constitución Política de 1991 y a través de los artículos 116 y 221 se reconoce expresamente en Colombia el fuero penal militar, no así el disciplinario.

Pero tal como lo expresamos, el fuero militar en Colombia no se restringe a lo penal, sino que él comprende varias esferas del militar que hacen que su función sea especial y que se encuentran reconocidas en el mismo artículo 217 de la Constitución Política, cuando expresa que la ley determinará el sistema de remplazos en las fuerzas militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario, que les es propio. Estas normas constituyen, sin duda, el fundamento constitucional del fuero disciplinario militar, que aún no se encuentra plenamente desarrollado, en buena medida, debido a que la propia Carta mantiene, a pesar de las normas citadas, el poder disciplinario preferente en cabeza del señor Procurador General de la Nación.

La función del militar es especial, por eso su fuero militar comprende normatividad especial que lo protege en el ámbito de la salud, normas de carrera militar, de vivienda, de evaluación y clasificación, de ascensos, prestacionales, pensionales, disciplinarias, de responsabilidad administrativa, de justicia penal militar, penitenciaria y carcelaria.

Cada una de las áreas señaladas tiene un desarrollo normativo que permite señalar que el Estado Colombiano ha generado una normatividad especial para aquellos que han decidido escoger la noble carrera de las armas para proteger los altos ideales de la República, su población y su territorio.

V. ¿ES NECESARIO APOYAR REALMENTE A NUESTRAS FUERZAS MILITARES?

El actual gobierno ha reconocido que Colombia es un país que tiene un conflicto armado interno.

Chiang kai Shek en su libro “La Rusia Soviética” señala que en una guerra se gana en los escritorios, pues tan solo el 30% lo constituye el esfuerzo militar y un 70% es político.

Siendo así, en nuestro medio se aprecia mucha improvisación y falta de seriedad para afrontar los dos grandes retos (militar y político), lo que ha generado una inseguridad jurídica que ya compromete el actuar de los hombres, de las armas, su propia subsistencia y la de sus familias. Constituye una política que flaco servicio le hace a la Institución y de paso, tal vez sin quererlo o advertirlo, se convierte en un instrumento de los agentes generadores de violencia para realizar la guerra jurídica.

Estas diversas áreas en el contexto actual se ven limitadas y atacadas por todos los medios, concentrándonos solo para los propósitos del presente estudio, en EL FUERO PENAL MILITAR, EL RÉGIMEN DISCIPLINARIO MILITAR, EL RÉGIMEN PENITENCIARIO Y CARCELARIO MILITAR, los cuales han venido siendo tratados de una manera ilógica, incoherente y asistemática.

En lo político se observa que el marco para afrontar el conflicto interno que enfrenta Colombia, carece de su necesario referente legislativo que permita afrontar tamaña empresa en el área geopolítica y geoestratégica en el corto, mediano y largo plazo. El instrumento que se vale la política para lograrlo se denomina LA LEY DE DEFENSA NACIONAL.

Al carecer de un marco de duración en el tiempo, trazado por una ley de defensa nacional, la política de guerra se ve supeditada al vaivén de los gobiernos de turno y no es posible formular una estrategia seria, prolongada y estable, que le permita a gobernantes y gobernados saber para dónde vamos.

Es que en este sentido no se puede olvidar que aquel Presidente que supuestamente más brindó apoyo a las Fuerzas Militares, se constituyó en quien más las ha golpeado, al promover la eliminación de la justicia penal militar en la sede de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Costa Rica, a comienzos

del año 2007. Seguramente su actuación se debió a una mala asesoría, que evidencia la poca claridad política y gran improvisación que existe sobre el tema.

La principal consecuencia al negarse la existencia del conflicto armado no internacional, se encuentra en que caímos en la trampa de aceptar políticamente estándares de DD. HH. propios y exclusivos de países en paz como Italia o Suecia.

Esta falta de claridad política se refleja en la confusión tan grande que existe para direccionar el conflicto armado interno y esto ha incidido en las diferentes, disímiles, controvertidas y hasta contradictorias posturas para manejarlo. Es que no se nos puede olvidar que en el anterior gobierno no se contaba con argumentos para decir que lo de las FARC era un mero problema interno, como ahora para decir que lo que padecemos es un conflicto armado interno. Si bien las dos posturas apuntan en sentidos contrarios, se identifican en que las dos están huérfanas de verdaderas razones.

De esa confusión, en la cual han participado y se han servido redes de ONG internacionales y nacionales, gobiernos extranjeros y algunos organismos multinacionales, han surgido normas que han generado una inmensa inseguridad jurídica.

Manuales, directivas, oficios van y vienen, de afuera como de adentro del Ministerio de Defensa, sin cesar, porque no se sabe cuál es el lineamiento estratégico que como Estado se debe afrontar en el conflicto interno.

En este escenario de inestabilidad jurídica, el poder preferente opera en doble sentido; es decir, el Ministerio Público no solo puede desplazar a la entidad de la investigación interna que ella esté realizando para asumirla en ejercicio del poder preferente, sino que igualmente puede despojarse de una investigación para que la entidad la adelante internamente.

El fuero se puede defender, afirmar y ampliar desde el derecho internacional humanitario.

La única forma de garantizar seguridad jurídica en la práctica y lograr que nuestros hombres y mujeres cumplan la misión Constitucional sin el pavor que sienten por las actuaciones de fiscales, procuradores, jueces y magistrados es desde el DIH y el derecho operacional. Lo anterior demanda reforzar la capacitación en DD. HH.. Desde el derecho al militar y al policial se le explica cuál es el ámbito de validez de su misión; se le instruye sobre qué se puede y no se puede hacer, pero con un enfoque diferente. Hasta ahora lo único que se les ha enseñado es no haga, no haga, no haga, no haga y por otro lado, sin embargo, de resultados, de resultados, de resultados. Sin un marco jurídico adecuado ¿cómo

hacerlo? Peor aún, ¿cómo hacerlo si siempre se escuchan las mismas voces, los mismos argumentos y además posiciones apasionadas y politizadas?

VI. ¿QUÉ HACER ENTONCES?

Para que el debate sobre el fuero militar, su reforma, alcances y contexto sean bien encaminados, a continuación se esbozan algunas ideas de lo que podría hacerse para enmendar el camino:

- Expedir cuanto antes la LEY DE SEGURIDAD Y DEFENSA NACIONAL para que en el corto, mediano y largo plazo se direcciona políticamente el conflicto armado en que vivimos.

La ausencia de la ley no ha permitido direccionar geopolítica y estratégicamente el conflicto armado, dejando su curso al vaivén del gobierno de turno.

Es hora de comprometer a todos los sectores de la sociedad Colombiana en la búsqueda de la tan anhelada paz, porque hoy pareciera que los únicos que están en conflicto son los “MILITARE”, lo que indudablemente limita y restringe su actuar, de manera que se observa el conflicto como espectadores de una película lejana cuyos resultados adversos solo son de la injerencia de unos pocos. No resulta caprichoso afirmar, que entre nuestras Fuerzas Militares y el resto de la institucionalidad Colombiana, se registra un triste divorcio que afecta profundamente todo el Estado.

Es el momento que en el conflicto “TODOS LOS HOMBRE” y “TODAS LAS INSTITUCIONE” se comprometan a alcanzar cuanto antes una patria libre, soberana y en paz.

- Entender que en tiempos de conflicto armado no internacional, la justicia ordinaria no cumple con el pretendido estándar internacional de DD. HH. de constituir un “tribunal independiente e imparcial”.

Simplemente, los fiscales, jueces, procuradores de la justicia ordinaria no garantizan ni pueden garantizar el cumplimiento de este estándar por la sencilla razón de que no saben absolutamente nada de derecho operacional, conducción de hostilidades, derecho al objetivo militar, entre otros temas de máxima especialización. Es una vergüenza ver cómo algunos fiscales y algunos jueces examinan los estándares de delitos contra personas y bienes protegidos por el DIH., generando condenas a más de cincuenta años por simples errores militares. La

razón de tales decisiones injustas brota en forma evidente: una precaria preparación del juez y un sistema carente de un referente normativo estable, termina por sacrificar a la persona que defiende las instituciones.

- Fijar una única hoja de ruta frente a la justicia penal militar dentro del contexto del DIH.

Es necesario que se efectúen cuanto antes las reformas constitucionales que requiere la justicia penal militar y ojalá se pueda incluir allí comportamientos y conductas militares relacionadas con el DIH, como las que se podrían tipificar en la conducción de hostilidades, verbigracia desde la planeación de una operación militar. Para quien les habla, es claro que el necesario ejercicio del control sobre el quehacer funcional de quienes han abrazado la carrera militar, no puede representar la intimidación jurídica que lleve a nuestros hombres de las Fuerzas Militares a actuar como sucedió recientemente en el departamento del Cauca.

Frente a la justicia castrense, el gobierno, desde la misma Presidencia de la República, debe demostrar voluntad política para implementar las reformas que se requieren, teniendo en cuenta que es inconcebible que en un país en conflicto armado, no se cuente con un Código Penal Militar que los respalde y ese respaldo debe ser desarrollado desde el DIH.

- Hacer las reformas que se requieren en el régimen disciplinario militar.

El régimen disciplinario contenido en la Ley 836 de 2003 tiene debilidades estructurales que no le permiten enfrentar la coyuntura que actualmente padece la DISCIPLINA de las Fuerzas Militares.

Es necesario que las reformas que se han venido trabajando desde hace 5 años en las Fuerzas Militares, sean pronto presentadas al Congreso de la República, para lograr no solo la revitalización ética que se requiere, sino un Código Disciplinario que confronte sus necesidades actuales, mediante la incorporación de un código de comportamiento ético del militar Colombiano, así como la inclusión de comportamientos propiamente militares, entre los que se encuentran las faltas relacionadas con el derecho operacional.

- Reformular toda la capacitación de las Fuerzas Militares y de las autoridades que investigan sus actos desde el derecho operacional, el DIH y desde allí abordar los DD. HH.

Teniendo en cuenta el nuevo panorama del conflicto armado, se debe necesariamente replantear la formación en derecho operacional, DIH y DD. HH. para las Fuerzas Militares.

Las Fuerzas Militares debieron pasar un largo camino para aprender el obrar en contexto de derechos humanos y ahora deben aprender a manejar las situaciones en el contexto del DIH. Esto necesariamente conlleva repercusiones en la utilización de la fuerza por parte de los miembros de las Fuerzas Militares.

Esto necesariamente conlleva un proceso de aprendizaje que debe darse para poder comprender los ambientes operacionales para poder exigir resultados.

En este proceso de aprendizaje debe estar inmersa toda la organización militar, a nivel operacional, de abogados, comandantes y subalternos.

Redefinir los aspectos relacionados con la defensa técnica militar en escenarios judiciales, administrativos y penitenciarios.

Es indudable que la guerra jurídica y judicial que viven los integrantes de las Fuerzas Militares, demanda un esfuerzo institucional para protegerlos, para ello es necesario generar los mecanismos jurídicos en los distintos escenarios donde ella se presenta para poder garantizar su seguridad jurídica.

No se cuenta con una defensa adecuada que permita enfrentar la guerra jurídica y judicial.

Al respecto menciona el doctor Jean Carlo Mejía en su artículo “guerra jurídica, guerra judicial y su incidencia operacional:

“La fuerza pública, en particular las fuerzas militares, han venido soportando un ataque jurídico y judicial contra sus integrantes, lo cual en la actualidad se traduce en un “problema operacional” de “curarse en salud”, habida cuenta del “síndrome de procuradurí”, “el miedo operacional”, “la Corte penal internacional”; todo dentro de un nuevo campo de batalla desconocido para las tropas, y además para el que no están preparadas y en el que priman, los ardises jurídicos combinados con la guerra psicológica facilitado por la guerra mediática [...]

VII. ¿EXISTE UN FUERO DISCIPLINARIO MILITAR?

De acuerdo con nuestra Constitución Política, expresamente no existe, esto es claro, pero con lo acabado de analizar, sí existe en Colombia para el personal militar una serie de garantías que le son inherentes a su función y que es necesario salvaguardar en el contexto del conflicto interno que se vive. No por prolongada en el tiempo puede decirse que la situación de orden público es de normalidad, demanda la implementación de mecanismos excepcionales y efectivos para conjurar la situación de conflicto que a todos afecta.

La especialidad de la función que desarrolla un militar ha merecido y merece que se refleje en toda la serie de normas especiales que las rigen, entre las que se

encuentran, sin duda, las del régimen disciplinario, como una garantía más para el ejercicio de su profesión.

La especialidad se observa reflejada no solo en la especialidad de la normatividad que la comprende, sino en las personas que la aplican, pues nadie mejor que un militar para comprender lo que otro militar hace.

Ya se observó lo difícil que es en el contexto actual ejercer la potestad disciplinaria sobre el personal militar, teniendo en cuenta el ambiente enrarecido y confuso que existe, ante la falta de direccionamiento político. Si a ello se le aúna el que a funcionarios por fuera del contexto del conflicto armado, les apliquen justicia, sometemos a la muerte civil a estos hombres que defienden la patria. Es hora de brindar la seguridad jurídica que requieren estos ciudadanos que día a día ponen el pecho a las balas y una manera de hacerlo es garantizando que su fuero militar les sea aplicado por las personas que lo deben hacer y en el contexto en que se debe hacer. Recuérdese que antes que militares, nuestros hombres y mujeres de las Fuerzas Militares, son personas y ciudadanos. Por ello son titulares plenos de las garantías que se conceden a todo ciudadano y dado que aceptan deberes mayores a los del ciudadano común, lo mínimo es que se les otorgue un trato igual, pero nunca inferior.

Eso es lo que requieren los militares, que sus derechos se vean garantizados en los diferentes ambientes en que se mueven, es lo mínimo que esperan como una pequeña contraprestación, por ofrendar sus vidas día a día.

La Procuraduría General de la Nación ha realizado un pequeño aporte a las garantías, a través de la Directiva N° 016 de noviembre 30 de 2011 y el Concepto 048 de mayo 29 de 2012, donde anotó:

“[...] ‘QUINTO: En todos los procesos disciplinarios contra los miembros de las Fuerzas Militares, deberá darse plena aplicación a las disposiciones sustantivas y procesales previstas en la Ley 836 de 2003. Sin embargo, el hecho de que se viniera aplicando la Ley 734 de 2002, no necesariamente conlleva la declaratoria de nulidad”.

De la misma manera, la Ley 1474 de 2011, que modificó al artículo 122 (parágrafo 1) del Código Disciplinario Único, dijo:

“[...] Cuando se trate de faltas disciplinarias que constituyan violación al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario, procede la revocatoria del fallo absolutorio y del archivo de la actuación por parte del Procurador General de la Nación, de oficio o a petición del quejoso que tenga la calidad de víctima o perjudicado”.

Así mismo, la Procuraduría General de la Nación, a través de su Procuraduría Auxiliar para Asuntos Disciplinarios, con relación a la revocatoria directa por las faltas de que trata la Directiva N° 16 de 2011, mediante el Concepto C-042 de 2012, expresó que:

“El funcionario que hubiere proferido la decisión deberá dirigirla al despacho del señor Procurador General de la Nación”.

ACUMULACIÓN Y CONEXIDAD EN MATERIA DISCIPLINARIA, EVOLUCIÓN COMO INSTRUMENTO DE LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN

ALFONSO CAJIAO CABRERA*

** Director Jurídico Ministerio del Interior y de Justicia, en la Procuraduría General de la Nación ha ocupado los cargos de Director Nacional de Investigaciones Especiales, Abogado Asesor del Despacho del Procurador General de la Nación.*

- I. ACUMULACIÓN Y CONEXIDAD
- II. ¿HASTA CUÁNDO SE PUEDE DAR
LA ACUMULACIÓN POR CONEXIDAD?

El primer intento de unificación del régimen disciplinario, como necesidad sentida expresada desde la Procuraduría General de la Nación y proyecto radicado en la Secretaría General de la Cámara de Representantes, 215 del 2 de mayo de 1995, y que luego de sesiones conjuntas en las comisiones primeras permanentes y sancionado por el Ministro del Interior Delegatario de Funciones presidenciales el 31 de julio de 1995 con el imponente título de “Ley 200 de 1995, Código Disciplinario Únic”, tenía con fin principal la lucha contra la corrupción, fenómeno ya identificado como el principal obstáculo para la consolidación del Estado constitucional anunciado por la Constitución Política de 1991.

Y ¿por qué la cita de la Ley 200 de 1995, primer Código Disciplinario Único? Porque en ella está la cimiento del tratamiento que se da a los fenómenos de acumulación y conexidad en el actual Código Disciplinario Único. Para decirlo claramente: con la Ley 734 de 2002 desapareció la acumulación de faltas no conexas cuando se trata de un mismo implicado (unidad de sujeto), no así la acumulación jurídica.

I. ACUMULACIÓN Y CONEXIDAD

La acumulación y la conexidad no son instituciones procesales ajenas al derecho disciplinario, pues desde el campo del derecho penal su desarrollo ha incidido en la forma como se aborda el fenómeno, con inocultables ventajas para la economía procesal y la optimización de los recursos destinados al desarrollo de la función disciplinaria.

La relevancia de la acumulación y la conexidad se concretan en su incidencia procesal y sancionatoria, pues siendo la conexidad una particularidad del género de la acumulación, su importancia radica en que varias infracciones a la ley disciplinaria pueden ser conocidas en un solo proceso con el evidente beneficio para el implicado, de manera tal que el resultado sancionatorio corresponderá en la realidad, al evento de haberse conocido solo una clase de faltas, pues al imponer al disciplinado una sanción aumentada, claro está la de mayor severidad, según los criterios que menciona el numeral 2° del artículo 47 de la Ley 734 de 2002, Código Disciplinario Único, que se refieren al concurso de faltas, se sanciona en últimas por la comisión de la falta de mayor entidad.

La acumulación se presenta cuando se reúnen en un solo proceso dos o más acciones atribuibles a uno o más implicados, con el fin de que sean resueltas mediante un mismo fallo. No obstante la anterior precisión, para efectos metodológicos nos referiremos en adelante a! mismo predicado pero en relación con la expresión implicado, en el entendido de que es uno solo, servidor público o particular que ejerce funciones públicas.

Los fundamentos jurídicos de la acumulación se ubican en el principio de economía procesal para la optimización de los recursos del Estado, resultante de determinar en un proceso la responsabilidad que pudiere caberle a un implicado por la infracción repetida de una o varias disposiciones de la ley disciplinaria, atribuibles a acciones u omisiones independientes entre sí, producidas por su actuación. Debe obtenerse el mayor resultado con el mínimo de actividad procesal²⁷⁷.

LA ACUMULACIÓN EN EL PRIMER CÓDIGO DISCIPLINARIO ÚNICO

La Ley 200 de 1995, anterior Código Disciplinario Único establecía, al igual que otros estatutos procedimentales, la figura de la acumulación en materia disciplinaria cuando no existía conexidad distinta de la unidad de implicado, vale decir sin importar si existe o no conexidad sustancial entre las diversas conductas reprochables. Estaba prevista en el artículo 63, que indicaba a la letra:

ARTÍCULO 63 Acumulación disciplinaria. La acumulación de las investigaciones disciplinarias contra una misma persona podrá hacerse de oficio o a solicitud del acusado a partir de la notificación de los cargos, siempre que no se haya proferido fallo de primera instancia Si se niega, deberá hacerse exponiendo los motivos de la decisión contra la cual procede el recurso de reposición. Resaltado fuera de texto.

Esta disposición, acorde con el artículo 72 de la misma Ley 200, llamaba acusado o disciplinado a quien había sido objeto de notificación del auto de cargos y permitía reunir en una sola actuación, esto es, en un mismo proceso todas las investigaciones disciplinarias adelantadas en procesos independientes, con diferentes radicados, se insiste, sin que fuera necesaria la conexidad sustancial, adelantados por el operador jurídico de lo disciplinario contra un mismo servidor público y su procedencia estaba autorizada únicamente a partir de la notificación de los cargos, pudiendo ser solicitada por el disciplinado o decretada de oficio. Esto es, sin más consideración que la existencia de varios procesos y del hecho procesal de que en todos se hubieren notificado los cargos, aunque no existiera vínculo de ninguna naturaleza entre las conductas.

Para resumir, los requisitos entonces eran:

1. Un mismo servidor público

²⁷⁷ Devis Echandía, Hernando. Compendio de Derecho Procesal. Editorial ABC, Bogotá 1981. P. 48.

2. Pluralidad de procesos disciplinarios
3. Irrelevancia de la conexidad sustancial
4. A partir de la notificación del auto de cargos.

Resultaba pues, que el elemento determinante era que a un mismo servidor público se le iniciaran varias causas disciplinarias obrantes en varios procesos, por lo que decretada la acumulación, los procesos más adelantados se suspendían hasta poner los más atrasados en el mismo Estado y seguirlos a la vez, fallando todas las causas en un mismo radicado, por cuanto cada uno al haber surtido la etapa de cargos había permitido al implicado su defensa en cada una de las imputaciones formuladas.

Por consiguiente, todas las faltas recibían al final como tratamiento punitivo el equivalente a la comisión de una, la más rigurosa, lo que se obtenía, actualmente es igual mediante la figura del concurso, que es el mecanismo del que debe hacerse uso al momento de dosificar la sanción disciplinaria, que en estos casos se concreta en la prohibición de la suma aritmética de sanciones²⁷⁸, es decir que por el principio de subsunción, aunque se cometan varias faltas de la misma o diversa entidad, esto es, gravísimas, graves o leves, como resultado de la infracción de varias disposiciones de la ley disciplinaria o varias veces la misma disposición, la más grave o gravísima absorbe a las demás y se impone la sanción más severa, con lo que aparece ostensible el beneficio para quien es objeto de sanción en este esquema de acumulación jurídica, sin que importara sí el hecho es conexo o no.

En cuanto a la conexidad, la citada Ley 200 de 1995 contenía un artículo cuyo texto se reproduce, para compararlo posteriormente con el artículo 81 de la Ley 734 de 2002 actual Código Disciplinario Único, y ratificar la conclusión planteada al inicio. Decía la disposición:

ARTÍCULO 60. Competencia por razón de la conexidad. Cuando un servidor público cometa varias faltas disciplinarias conexas se investigarán y fallarán en un solo proceso.

Quando varios servidores públicos de la misma entidad participen en la comisión de una falta o de varias que sean conexas, se investigarán y fallarán en el mismo proceso, por quien tenga la competencia para juzgar al de mayor jerarquía”. (Resaltado fuera de texto).

Debía entonces precisarse desde el punto de vista probatorio, claro está, en aras de la preservación del principio de unidad procesal (que indica que por cada causa

²⁷⁸ Ob. cit. Alfonso Cajiao Cabrera “Conexidad y Acumulación en la Ley Disciplinario”.

debe existir un proceso), sí los hechos materia de investigación eran conexos entre sí, de manera tal que de no existir este vínculo, es decir por no estar presente la conexidad sustancial se investigaban separadamente, un proceso por cada falta, pero esta consideración perdía sustento y resultaba inaplicable en presencia del artículo 63 sobre la acumulación, pues como se viene evidenciando, una vez que una investigación disciplinaria surtía la etapa de evaluación (artículo 148) y esta lo fuere mediante la formulación de imputación disciplinaria en el auto de cargos, de oficio o a petición de parte, procedía la acumulación en favor del acusado, lo que arrojaba para efectos prácticos que existiendo o no conexidad los procesos siempre se acumulaban por identidad de disciplinado (unidad de sujeto) y este recibía solo una sanción, que era la correspondiente a la máxima imponible, pero no una distinta por cada infracción o una de superior entidad, debido, además, a la declaratoria de inexequibilidad del aparte correspondiente del artículo 22 de la ley disciplinaria anterior ²⁷⁹.

Esta última consideración permitió que en el pasado en un solo proceso fueran conocidas varias faltas resultantes de sendas conductas predicables de un servidor público, en las que sin matizar las circunstancias de su comisión, sin importar la naturaleza, sus efectos, clase, motivos o características individuales, de la actuación quebrantadora de deberes. Este fenómeno contribuyó a que la pretensión de la Ley 200 de 1995 de convertirse en instrumento de lucha contra la corrupción administrativa fuera objeto permanente de reproches ante la ausencia de un catálogo más amplio de faltas gravísimas, la poca severidad en las sanciones y de duras críticas²⁸⁰, frente a conductas de servidores públicos que mostrando rebeldía normativa, permanentemente incurrieran en distintas y sucesivas infracciones de deberes, al no poder incluirse las mismas en la categoría taxativa de faltas gravísimas para retirarlos del servicio o retirarlos por presentar varias sanciones disciplinarias.

²⁷⁹ El texto del artículo 22 era: Concurso de faltas disciplinarias. El que con una o varias acciones u omisiones infrinja varias disposiciones de la Ley Disciplinaria o varias veces la misma disposición, quedará sometido a la que establezca la sanción más grave e en su defecto una de mayor entida”. El aparte tachado fue declarado inexecutable en la sentencia C--280 del 25 de junio de 1996, al considerar la Corte Constitucional que la disposición resultaba inconstitucional ante la incertidumbre normativa “[...] precisamente por violar el principio de tipicidad, pues no se indica con precisión la sanción a aplicar en caso de un concurso de faltas disciplinarias”.

²⁸⁰ Ya desde 1996 se acusaba este problema. Al respecto el autor de esta ponencia afirmaba en “Aplicación de la Ley Disciplinaria a los Trabajadores Oficiales”. Procuraduría General de la Nación. Bogotá 1999. P. 13 que: “[...] es importante formular hipótesis con el fin de que se abra el estudio sobre el tema de una manera constructiva y no alimentando corrientes que promueven agrias interpretaciones que conducen a evidenciar las contradicciones del código, para llevarlo a su inaplicación, mostrando un desinterés hacia la función pública que en los momentos de descrédito y corrupción que vive el país, necesita fortalecerse para que el Estado cumpla con sus cometidos en beneficio de la sociedad en genera”.

LA ACUMULACIÓN EN LA LEY 734 DE 2002

Esta perspectiva hizo de la Ley 200 de 1995, Código Disciplinario Único objeto de críticas por la falta de contundencia para atajar la corrupción administrativa. Identificada su debilidad histórica y ante el comportamiento propio de personas poco comprometidas con el servicio al Estado y a través de ello con la comunidad, que se traducían específicamente en que servidores públicos a los que se les imponían varias sanciones por la comisión de faltas graves podían continuar en la administración casi impunemente, mostrando desprecio frente a la función disciplinaria y, por consiguiente, al cumplimiento de sus deberes. Esto condujo a la desaparición de la figura de la acumulación disciplinaria sin conexidad por identidad de disciplinado en la Ley 734 de 2002, Código Disciplinario Único, pues de la revisión del articulado alojado en ella, tal preceptiva no está contenida, es decir, a la luz de la norma disciplinaria vigente no es posible predicar acumulación de procesos y fallar en uno mismo conductas que no sean conexas, por el único hecho de aparecer en ellos el mismo servidor público, rigor que produce la independencia de tratamiento procesal en la deducción de responsabilidad, que se contrae a la condigna sanción repetida en el tiempo y, según la cantidad de conductas cometidas, en la imposición sucesiva de sendos correctivos que no, obviamente, en la suma aritmética de los mismos como se expresará más adelante.

De la atenta revisión de las disposiciones contenidas en la ley disciplinaria, se tiene que si bien desapareció la figura de la acumulación disciplinaria sin conexidad por identidad de disciplinado, no fue así con la acumulación por conexidad, la cual pasó del artículo 60 de la Ley 200 de 1995, atrás transcrito, al 81 del actual código, con idéntico sentido, solo con el cambio de la expresión fallarán por decidirán en el mismo proceso, cuyo tenor se reproduce, resaltando la novedad así:

Artículo 81. Competencia por razón de la conexidad. Cuando un servidor público cometa varias faltas disciplinarias conexas, se investigarán y decidirán en un solo proceso. Cuando varios servidores públicos de la misma entidad participen en la comisión de una falta o de varias que sean conexas, se investigarán y decidirán en el mismo proceso, por quien tenga la competencia para juzgar al de mayor jerarquía. (Resaltado ausente en el texto original).

Recuérdese, antes la Ley 200 de 1995 utilizaba la expresión fallarán, que se cambió por decidirán, siendo el resto del artículo idéntico, lo que indica que el legislador de 2002 estuvo al tanto de lo previsto en 1995.

En el escenario normativo actual, a la luz de la Ley 734 de 2002, Código Disciplinario Único, existe solo una norma referida a la acumulación jurídica,

pues como se afirmó, la conexidad es una particularidad del género de la acumulación, desapareció la norma que expresamente autorizaba la acumulación de procesos sin vínculo alguno de conexidad sustancial, contra una persona que hubiera incurrido con su conducta en una pluralidad de quebrantamientos normativos independientes unos de otros, pero no la acumulación por conexidad.

Lo anterior supone un cambio trascendental que implica que la única hipótesis prevista en la Ley 734 de 2002, en que está permitida la acumulación de procesos que revisan distintas conductas reprochables predicables de un sujeto disciplinable se contrae de manera exclusiva, a que estas conductas sean conexas entre si y por el contrario, si no existe tal vínculo denominado conexidad, las conductas serán revisadas en radicados diferentes, lo que se traducirá en procesos distintos, que culminarán cada uno con un fallo, que si es sancionatorio, supondrá naturalmente la imposición de varios correctivos sucesivos, fenómeno del que nos ocuparemos una vez se revise el concepto de conexidad cuya identificación permite resolver los eventos en los que habrá de seguir la misma cuerda procesal o separarla ordenando la compulsa de copias para investigar en otro diligenciamiento la o las conductas que no participen de la condición de existencia de conexidad.

Resumiendo lo anterior, resulta entonces que la Ley 200 de 1995, anterior Código Disciplinario Único, permitía la acumulación jurídica en favor de un servidor público de varias faltas conexas o no conexas según lo indicaban sus artículos 60 y, sobre todo, 63 antes de fallo y después de cargos, en cambio la Ley 734 de 2002, actual Código Disciplinario Único, solo permite la acumulación en el evento de que se presente conexidad, por lo que el tratamiento del fenómeno es restringido en la actual ley disciplinaria.

Ciertamente, la ley disciplinaria actual, Ley 734 de 2002, en el artículo 81 se refiere genéricamente a la conexidad y no hace mención alguna a las figuras de conexidad sustancial o procesal; situación que conduce a revisar los criterios jurisprudenciales que han desarrollado el tema, donde aparece que es la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal la que se ha ocupado del fenómeno y le ha dado desarrollo.

Sobre la conexidad sustancial la jurisprudencia penal ha sostenido que deben existir varios delitos con descripciones típicas autónomas y relacionadas, atribuidos a una misma persona, relación que es un vínculo que las hace converger en un determinado resultado. Esa autonomía exige una relación entre los hechos punibles, un elemento común de naturaleza subjetiva u objetiva; al respecto indicó la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 4 de junio de 1982²⁸¹ que:

²⁸¹ Con ponencia del doctor Luis Enrique Romero Soto.

“[...] además de la pluralidad y autonomía de delitos, se requiere que exista entre ellos una determinada relación. O sea que los elementos de la conexidad son dos: pluralidad de delitos y relación entre ellos [...] se exige que los diversos comportamientos contemplados tengan un elemento común.

En el caso de la conexidad sustancial que se viene examinando ese elemento debe ser de esa índole, esto es, sustancial, o lo que es lo mismo descrito o implícito en la norma penal [...]

En los casos de conexidad sustancial es preciso tener presente que los diversos episodios delictuosos están envueltos en una sola motivación finalística. Vale decir, todos ellos se hallan unidos en un propósito determinante final que los unifica.

Para la Corte, pues, la conexidad sustancial o material requiere la concurrencia de una pluralidad de hechos punibles que deben estar enlazados, es decir, unidos por un ingrediente común, cuya existencia se ha aceptado cuando exista unidad de designio [...] en fin cuando en un mismo contexto se realizan varios hechos punibles [...]”. (CSJ, Cas, Penal. Auto, diciembre 1787).

Lo que nos permite afirmar, *mutatis mutandis*, que la conexidad sustancial o material requiere la concurrencia de una pluralidad de conductas con relevancia disciplinaria en atención a que suponen incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, que deben estar enlazados, es decir, unidos por un ingrediente común, cuando exista unidad de designio o cuando en un mismo contexto se realicen varios hechos que interesan al derecho disciplinario.

Dentro de esta clase de conexidad se distinguen la teleológica y la consecuen-
cial. Entendiéndose por la primera la realización de una falta como medio para realizar otra²⁸². Sería el caso del servidor público que para obtener elementos del almacén a que no tiene derecho, altera una orden escrita en la que se le insta a retirar algunos. Y la segunda se presenta cuando se comete una falta para ocultar

²⁸² Como lo precisa Kant (1724-1804), el sentido del término es cuando se admite un encadenamiento causal de todos los hechos orientado por la autodeterminación del hombre en la autonomía de la voluntad, que pertenece al mundo de la libertad que, a su vez, es el mundo del conocimiento moral. Este concepto tiene que ver entonces, con el compromiso que adquiere libremente el servidor público en atención al cumplimiento de sus funciones, que conlleva la idea de limitación de carácter ético, pues debe someterse al cumplimiento de deberes. Sobre estos conceptos cfr. Kant, Manuel, *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, Editorial Porrúa. Colección Sepan Cuantos. Núm. 212. México 2007. Pp 57 y ss.

otra, como cuando se destruye la solicitud radicada y recibida de un particular que reclama por un derecho de petición por él incoado,

que no ha sido contEstado, habiéndose superado en mucho el término para haber dado respuesta a lo inicialmente solicitado.

Ahora bien, en cuanto a la conexidad procesal, debe precisarse que esta nace por factores que la jurisprudencia ha calificado como determinantes y son: “la unidad de sujeto activo, la comunidad probatoria y la unidad de denuncia”²⁸³.

Como argumentos para la procedencia de la conexidad procesal ha señalado la Corte Suprema “la unidad de prueb”, porque un medio de convicción sirve para individualizar y demostrar la responsabilidad en todos los acontecimientos investigados. En cuanto a la unidad de sujeto activo, es el argumento que hemos venido sosteniendo.

De cara a la unidad de denuncia, es decir, cuando los hechos han sido puestos en conocimiento en unidad de acto estos motivos no resultan a nuestro juicio suficientes para decretar la acumulación pues la recopilación de los hechos con supuesta relevancia disciplinaria queda librada a la voluntad del o de los denunciantes, que puede ser fortuita, cuando las categorías de faltas y las circunstancias modales no permiten acumular la investigación de todas en un mismo proceso.

Las actuaciones que se adelanten deben tener sustento en medios de prueba incluyentes que sirvan para demostrar o desvirtuar el compromiso disciplinario del investigado respecto de cada conducta, teniendo como elemento unificador la comunidad del medio probatorio.

De la unidad de prueba se desprende el principio de economía procesal como otro fundamento para la aplicabilidad de la figura, pero el señalado principio depende de la comunidad de prueba, pues busca evitar la duplicidad de esfuerzos investigativos y ello se consigue si la misma prueba sirve para demostrar todos los hechos, lo que, indudablemente favorece al disciplinado.

Finalmente, se ha sostenido como otro argumento, impedir la producción de fallos contradictorios sobre los mismos hechos; acontecer que debe ser revisado en cada caso particular y concreto.

Como quiera que el artículo 21 de la Ley 734 de 2002, Código Disciplinario Único, permite la integración normativa, es menester acudir a la normatividad penal pues es el único ordenamiento que se ha ocupado de señalar algunas reglas para la conexidad.

El nuevo Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, contiene la misma preceptiva, pero en el artículo 51 así:

²⁸³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 16 de marzo de 1994. Magistrado Ponente Édgar Saavedra Rojas.

Artículo 51. Conexidad. Al formular la acusación el fiscal podrá solicitar al juez de conocimiento que se decrete la conexidad cuando:

1. El delito haya cometido en coparticipación criminal.
2. Se impute a una persona la comisión de más de un delito con una acción u omisión o varias acciones u omisiones, realizadas con unidad de tiempo y lugar.
3. Se impute a una persona la comisión de varios delitos, cuando unos se han realizado con el fin de facilitar la ejecución o procurar la impunidad de otros o con ocasión o como consecuencia del otro.
4. Se impute a una o más personas la comisión de uno o varios delitos en los que exista homogeneidad en el modo de actuar de los autores o partícipes, relación razonable de lugar y tiempo, y, la evidencia aportada a una de las investigaciones pueda influir en la otra.

Parágrafo. La defensa en la audiencia preparatoria podrá solicitar se decrete la conexidad invocando alguna de las causales anteriores.

La disposición transcrita permite verificar la procedibilidad de esta figura jurídica, pues está condicionada a la confrontación de los eventos a investigar con alguna de las hipótesis planteadas.

Somos de la opinión de que las causales regulan el fenómeno de manera integral y permiten su aplicación en materia disciplinaria, excluyendo la primera, pues a la luz del artículo 26 de la Ley 734 de 2002, Código Disciplinario Único, es autor quien comete la falta o determine a otro a cometerla, no existe en materia disciplinaria el fenómeno de la coparticipación.

Si se presentan informes, quejas o anónimos o se adelantan investigaciones de manera simultánea contra un mismo servidor público, debe verificarse la presencia del nexo lógico o vínculo íntimo entre las conductas que se revisan en sede disciplinaria y si este, de acuerdo con lo analizado y transcrito, se encuentra presente, se determina la necesidad de investigarlas y fallarlas en un mismo proceso, con el objeto de asegurar la unidad del mismo y la correcta dosificación del quantum de la sanción que habrá de ser impuesta, constituyéndose así en una excepción a la regla de la unidad procesal que ordena que por cada delito, *mutatis mutandis*, por cada falta, se adelantará una sola actuación procesal, tal y como lo prevé el artículo 50 del Código de Procedimiento Penal.

En el evento anterior la pluralidad de conductas se reprocharán con una sola sanción disciplinaria a través del mecanismo concursal previsto por el numeral 2 del artículo 47 de la Ley 734 de 2002, pues en la aplicación de sanciones la ley establece un mecanismo de acumulación jurídica que resulta en la absorción

de faltas y aplica la sanción más grave, en el literal e) se consagraba una acumulación aritmética, que constituía una discriminación no proporcional, pues las faltas son menos graves y terminan obteniendo una sanción superior, lo cual resulta contrario a la Carta Política y por ello la Corte Constitucional en Sentencia C-1076/02 lo declaró inexecutable.

El artículo 47 de la Ley 734 de 2002 establece en su numeral segundo los criterios para la graduación de la sanción en los casos de los concursos heterogéneo y homogéneo, pero tal preceptiva se aplica sobre los hechos que figuren en el expediente y que se han reprochado en el pliego de cargos, pues el fallo es congruente con estos y para resolver estas clases de concursos, el legislador acogió en los literales a), b), c) y d) la técnica de la acumulación jurídica de las sanciones, que conduce a que se produzca una absorción de faltas, y solo se impone la sanción más grave, sin exceder los máximos legales, ubicados en el artículo 46 sobre el límite de las sanciones. Por ello resulta que nunca podrá imponerse más de 20 años para la inhabilidad general, 12 meses para la inhabilidad especial y para la suspensión y 180 días de salario básico mensual como multa, atendiendo a que cada una de ellas, en pluralidad conexa, aparezcan como las más graves. Como la destitución no puede tasarse sobre mínimos ni máximos, de ella no puede predicarse dosificación alguna. No ocurrió así en el literal e) de la misma norma que consagró una acumulación aritmética de sanciones disciplinarias.

Para la Corte Constitucional en la citada Sentencia C-1076/02: “[...] si bien el legislador goza de un margen de discrecionalidad para establecer los criterios encaminados a resolver los concursos de las faltas disciplinarias, el ejercicio de tal competencia no puede conducir a resultados desproporcionados y atentados [sic] contra el principio de igualdad, en el sentido de establecer un tratamiento diferente e injustificado entre los sujetos destinatarios de la sanción disciplinaria”, por lo que declaró la inexecutable del literal e).

Así las cosas con la acumulación procesal de conductas conexas y la consiguiente acumulación jurídica de sanciones, se cumple con los principios de igualdad, moralidad, economía y celeridad, se ahorran recursos, horas de estudio y trabajo para el implicado y el Estado, a través de la función disciplinaria que se cumple con mayor eficacia, dando una respuesta perentoria acerca de la presencia o no de responsabilidad disciplinaria en cabeza del servidor público objeto de investigación.

Esta forma de razonar encuentra sustento también en reciente pronunciamiento de la Corte Constitucional en torno a la demanda contra el artículo 460 del Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, sobre acumulación jurídica frente a las penas ya ejecutadas.

En efecto, en Sentencia C-1086/08 la Corte Constitucional analizó la norma e indicó que el legislador dentro de la libertad de configuración normativa que el constituyente otorgó al legislador, puede determinar los eventos en que el sentenciado tiene derecho a la acumulación, por lo que la acumulación de penas ejecutadas no viola el debido proceso y por ello declaró exequible el aparte demandado, en relación con hechos que no estén ligados por vínculos de conexidad.

La norma revisada por la Corte Constitucional es del siguiente tenor:

Artículo 460. Acumulación Jurídica. Las normas que regulan la dosificación de la pena, en caso de concurso de conductas punibles, se aplicarán también cuando los delitos conexos se hubieren fallado independientemente. Igualmente, cuando se hubieren proferido varias sentencias en diferentes procesos. En estos casos la pena impuesta en la primera decisión se tendrá como parte de la sanción a imponer. No podrán acumularse penas por delitos cometidos con posterioridad al proferimiento de sentencia de primera o única instancia en cualquiera de los procesos, ni penas ya ejecutadas, ni las impuestas por delitos cometidos durante el tiempo que la persona estuviere privada de la libertad. (Resaltado fuera de texto, lo subrayado corresponde al aparte demandado).

La Corte Constitucional precisa que la acumulación jurídica de penas constituye un mecanismo de dosificación punitiva vinculado al fenómeno del concurso de conductas punibles, y que la expresión demandada: ni penas ya ejecutadas, que se refiere sentencias producidas en épocas distintas, “[...] no puede conducir a la exclusión absoluta de la posibilidad de acumulación jurídica de penas en eventos de conexidad cuando una de las condenas ya se encuentre ejecutada” indicando que el único evento que excluye la posibilidad de acumulación jurídica es el relativo a “hechos que no están ligados por un vínculo de conexidad (artículo 51 C. P. P.)”. (Resaltado fuera de texto).

En el pasado, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, el 24 de abril de 1997²⁸⁴, precisó acerca de la acumulación jurídica extraordinaria, conocida también como acumulación posterior, que

“La acumulación jurídica de penas, como quedó visto, si bien se contrapone a la “acumulación aritmética”, exige para su procedencia, el cumplimiento de todos los

²⁸⁴ Con ponencia del doctor Fernando Arboleda Ripoll.

requisitos antes señalados, los cuales no pueden ser desconocidos por el solo hecho de que “las causas fueron separadas y falladas individualmente [...] por hechos cometidos en conexidad o concurso de hechos punibley”. (Resaltado fuera de texto).

También en aclaración de voto²⁸⁵, en fallo de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal del 3 de marzo de 2004, cuando se indicó que:

“[...] el instituto de la acumulación jurídica de penas procede aun cuando alguna de las varias penas impuestas a una persona, en procesos separados, ya se haya ejecutado, máxime cuando se trate de delitos conexos [...]”. (Resaltado fuera de texto).

Lo que permite afirmar que en materia penal, donde la sanción se aplica para proteger categorías más vitales a la sociedad y que incluye como pena la restricción a la libertad individual, no existe la acumulación aritmética de sanciones y habrá eventos en los que no procede la acumulación, precisamente cuando se trate de **conductas que no son conexas entre sí**, lo que tiene perfecta concordancia con el tratamiento que la ley disciplinaria da a las conductas merecedoras de su reproche, pues si no son conexas, del mismo modo se investigarán en procesos distintos e independientes, lo que se traducirá en sanciones independientes y sucesivas, pues resulta imposible fallar en un mismo proceso conductas que no lo sean.

Sobre este punto es importante recavar en el texto del artículo 79 de la Ley 734 de 2002, Código Disciplinario Único, que se transcribe:

Artículo 79. Faltas cometidas por funcionarios de distintas entidades. Cuando en la comisión de una o varias faltas conexas hubieren participado servidores públicos pertenecientes a distintas entidades, el servidor público competente de la que primero haya tenido conocimiento del hecho, informará a las demás para que inicien la respectiva acción disciplinaria.

Cuando la investigación sea asumida por la Procuraduría o la Personería se **conservará la unidad procesal**”. (Resaltado fuera de texto).

Esta norma ratifica el criterio adoptado en la Ley 734 de 2002, donde no existe la acumulación de faltas no conexas cuando se trata de un mismo implicado, por cuanto el mismo legislador, en uso de la libertad de configuración

²⁸⁵ Promovido por los Magistrados Marina Pulido de Barón y Jorge Luis Quintero Milanés.

normativa otorgada por el constituyente, así lo designó, pues lo que se observa, y por eso se resalta que las faltas deben ser conexas, es que la conexidad no puede mantenerse pues se trata de servidores públicos pertenecientes a distintas entidades y las competencias de las oficinas de control interno disciplinario solo están previstas para los servidores públicos que integran las entidades donde ellas está ubicadas, pues aunque existe conexidad y deben ser investigadas en el mismo proceso, las normas de competencia no lo permiten.

Tratándose de la Procuraduría General de la Nación, que tiene una cláusula general de competencia establecida constitucionalmente en los artículos 277 y 278 y frente a las personerías municipales, que la tienen respecto de los servidores públicos del municipio, pueden investigar servidores públicos de varias entidades, en el caso del personero municipal, claro está, pues tiene la competencia sobre los servidores públicos del orden municipal, pero por sobre todo porque son conexas, esa es la razón de la expresión resaltada “[...] se conservará la unidad procesa”, ubicada en el artículo transcrito.

II. ¿HASTA CUÁNDO SE PUEDE DAR LA ACUMULACIÓN POR CONEXIDAD?

Al no existir en la Ley 734 de 2002, una disposición en el sentido de indicar que se puede efectuar “[...] a partir de la notificación de los cargos, siempre que no se haya proferido fallo de primera instancia”, tal y como lo decía el anterior artículo 63 de la Ley 200 de 1995, se genera un vacío en la actual codificación, que se llena de manera teleológica.

El artículo 81 de la Ley 734 de 2002, es claro al afirmar que las faltas disciplinarias conexas cometidas por un mismo servidor público se investigarán y decidirán en un solo proceso, es evidente que se debe producir la acumulación siempre que el mismo no haya terminado con fallo de primera instancia. Pero el predicamento es ¿desde cuándo?

La expresión se investigarán se refiere a toda aquella actividad procesal a cargo de la administración pública encaminada a verificar la ocurrencia de una conducta merecedora de reproche en cabeza de un servidor público y al ser la carga de la prueba obligación del Estado (artículos 128 y 129), desde que inicia una investigación, ya como indagación preliminar, ya como investigación disciplinaria, podrá solicitarse o decretarse de oficio.

En resumen, pueden acumularse varias investigaciones que se adelanten contra un mismo servidor público, siempre que los hechos que se verifican sean conexas y que no se haya producido fallo de primera instancia, es decir hasta

antes de presentar los alegatos de conclusión, pues una vez estos se hayan aportado el pronunciamiento que sigue es el fallo.

Naturalmente, cuando proceda la acumulación por conexidad, la investigación más adelantada deberá detenerse para que todos los hechos alcancen el mismo estadio procesal, esto es investigación disciplinaria, cargos o pruebas, según el caso, para que todas y cada una de las causas (procesos) acumuladas alcancen la madurez probatoria de ser objeto de pronunciamiento de fondo en el fallo de primera o única instancia.

LA SANCIÓN DISCIPLINARIA

De este modo, si contra un mismo servidor público se han presentado 5 quejas, 1 informe y 2 anónimos, en el ejemplo que se propone, como también incluye anónimos, deberá revisarse si en torno de estos últimos, tales noticias contienen elementos probatorios suficientes para precipitar la acción como referente oficioso, pues de no ser así deberán desestimarse por su origen apócrifo²⁸⁶, pronunciándose de manera inhibitoria, conforme lo indica el parágrafo 1o del artículo 150 de la Ley 734 de 2002.

Si, por el contrario, los anónimos soportan este escrutinio, deberá revisarse una a una la información suministrada en estos y en las quejas o los informes y si de la inicial lectura de tales se infiere la posible existencia de vínculos teleológicos como modo de explicación, que se basa en la causa o causas finales, deberá darse inicio a las diligencias mediante una sola indagación preliminar o investigación disciplinaria, con el fin de investigarlas y fallarlas mediante un solo proceso, y de resultar deducida la responsabilidad disciplinaria dentro del mismo, imponer el respectivo correctivo al servidor público como consecuencia jurídica de la incursión en conducta considerada como falta, utilizando para ello el mecanismo del concurso, aplicando una sola sanción, la correspondiente a la falta de mayor categoría sin que supere los máximos estatuidos.

El término conexidad sugiere el vínculo de una descripción de deber con otra, enlazadas estrechamente de manera que exista entre ellas un nexo lógico que hace necesaria su investigación y fallo en un solo proceso. Este modo de proceder, que atiende una garantía fundamental para el implicado, supone que a lo largo del proceso se evidencie probatoriamente que las múltiples faltas investigadas aparezcan ligadas, unidas o enlazadas, de esta manera ha operado la acumulación jurídica de faltas.

²⁸⁶ Artículos 69 de la Ley 734 de 2002 y 38 de la Ley 190 de 1995.

En caso contrario, si de la evidencia aportada o de la que surgiera de la recopilación dentro de la averiguación en indagación preliminar o investigación disciplinaria contra un implicado se concluye con la inexistencia de la conexidad por ausencia del varias veces citado vínculo, mediante auto se ordenará la compulsa de copias de los apartes respectivos para que con radicado diferente la dependencia correspondiente de la Procuraduría General de la Nación, personería municipal u oficina de control interno disciplinario, se encargue de la investigación respectiva, lo que arrojará que en la misma dependencia existan varios procesos contra un mismo implicado y dará la natural consecuencia de su independiente decisión, que se traduce en la múltiple imposición de castigos disciplinarios continuos, conforme con las faltas cometidas.

Recavando en lo anterior, si existieren varios procesos contra un mismo servidor público o en un solo proceso se investigan varias conductas, enderezadas a establecer la presencia de varios hechos y la consiguiente infracción de la misma o varias disposiciones y resulta que no hay relación sustancial alguna entre ellas, pues los diversos comportamientos contemplados carecen del elemento común que los una o ate a un único fin igualmente reprochable, la investigación de las diferentes infracciones deberá realizarse por separado.

MÚLTIPLE IMPOSICIÓN DE CASTIGOS DISCIPLINARIOS CONTINUOS

Hemos dicho en párrafo anterior “la múltiple imposición de castigos disciplinarios continuo”, no la imposición sucesiva de tales. El resultado del adelantamiento de varios procesos disciplinarios contra un mismo sujeto disciplinable por faltas independientes entre sí, vale decir, entre las que no existe conexidad, supondrá fallos distintos y sanciones diversas en tiempos diferentes. Las que se irán produciendo y cumpliendo sucesivamente en el tiempo, con base en la ejecutoria de cada una, sin que con ello pretendamos siquiera insinuar que como vagones de tren alineados en la vía férrea, las sanciones se cumplirán una detrás de la otra o cada una después de la anterior. No. Cada fallo deberá ser ejecutado con sus propios términos y por la autoridad correspondiente, acatando los mandatos del artículo 174 de la Ley 734 de 2002, Código Disciplinario Único, pues como lo indica el párrafo: “Una vez ejecutoriado el fallo sancionatorio, el funcionario competente lo comunicará al funcionario que deba ejecutarlo, quien tendrá para ello un plazo de diez días, contados a partir de la fecha de recibo de la respectiva comunicación”. En efecto, se investigan para el ejemplo dos faltas atribuibles a un mismo servidor público que no son conexas, ambas son gravísimas, las dos culminan con sanción de destitución e inhabilidad gene-

ral, la primera por 12 años y la segunda por 15 años. Con la ejecutoria del fallo que impone la primera sanción, el servidor público es retirado del servicio y da inicio la inhabilidad de 12 años, que irá desde el 15 de noviembre de 2008 hasta el 15 de noviembre de 2020 (en el ejemplo), posteriormente queda en firme la segunda sanción mediante la cual no se puede hacer efectiva la destitución al servidor público, pues ya lo fue en fallo previo, es un imposible ontológico porque ya está separado del servicio, en cambio para la inhabilidad que opera hacia el futuro desde la ejecutoria del fallo, que es de 15 años, irá desde el 5 de diciembre de 2008 hasta el 5 de diciembre de 2023, luego cuando el 15 de noviembre de 2020 cumpla la inhabilidad correspondiente a la primera sanción, no puede rehabilitarse²⁸⁷ pues está vigente la segunda inhabilidad, que se proyecta hasta el 5 de diciembre de 2023, fecha a partir de la cual se rehabilita en atención a que ha cumplido el término de la inhabilidad.

Como se ve, esta es la múltiple imposición de castigos disciplinarios continuos, pues cada uno se cumple de manera independiente a partir de la ejecutoria del fallo respectivo y resulta, como evidenciamos en el ejemplo anterior, que las dos inhabilidades estuvieron yuxtapuestas en el tiempo durante un período de algo menos de 12 años, pues estuvo sometido a dos inhabilidades generales que avanzaron paralelas en el tiempo. Las cuales son sometidas ambas al correspondiente registro en el Sistema de Información de Registro de Sanciones e Inhabilidades (SIRI) de la Procuraduría General de la Nación para efectos de expedir el certificado de antecedentes disciplinarios.

Asumamos el reto de otro ejemplo. Dos faltas atribuibles a un mismo servidor público que no son conexas, ambas son gravísimas, una con dolo y la otra con culpa gravísima, las dos culminan con sanción de destitución e inhabilidad general, la primera por 12 años y la segunda por 10 años. Con la ejecutoria del fallo que impone la primera sanción, el servidor público es retirado del servicio y da inicio la inhabilidad de 12 años, que irá desde el 15 de noviembre de 2008 hasta el 15 de noviembre de 2020 (en este ejemplo) posteriormente queda en firme la segunda sanción de destitución e inhabilidad general por 10 años, mediante la cual, como se afirmó atrás, no se puede hacer efectiva la destitución al servidor público pues ya lo fue en fallo previo, la inhabilidad que es de 10, años irá desde el 5 de diciembre de 2008 hasta el 5 de diciembre de 2018, luego cuando el 15 de noviembre de 2020 cumpla la inhabilidad correspondiente a la

²⁸⁷ La rehabilitación es el fenómeno que acaece con el decaimiento de la inhabilidad por pérdida de su vigencia y que de manera automática le permite vincularse nuevamente a la administración pública como servidor público o contratar con el Estado como particular.

primera sanción se rehabilita, pues ya durante este tiempo cumplió la inhabilidad de menor severidad que le fue impuesta en proceso diferente.

Se alzarán voces en contra de la forma de razonar aquí expresada, pero consideramos que precisamente por haber sido suprimida la acumulación de faltas no conexas predicables de un mismo servidor público en el paso del anterior Código al actual Código Disciplinario Único, el legislador en la libertad de configuración reconocida para el efecto, eliminó la figura y la complementó con la inhabilidad por concurrencia de sanciones prevista en el numeral 2 del artículo 38 que dice:

2. Haber sido sancionado disciplinariamente tres o más veces en los últimos cinco (5) años por faltas graves o leves dolosas o por ambas. Esta inhabilidad tendrá una duración de tres años contados a partir de la ejecutoria de la última sanción. En efecto, cuando un servidor público ha sido sancionado disciplinariamente tres o más veces en los últimos 5 años por faltas graves o leves dolosas, o por ambas, la concurrencia de sanciones que de suyo no inhabilitan, sí producen este efecto en medida en que dura 3 años contados a partir de la ejecutoria de la última sanción.

No es cualquier cosa que un servidor público acumule en su carrera 3 sanciones disciplinarias por faltas graves o leves dolosas o por ambas en 5 años, pues lo anterior indica que el individuo no está cumpliendo con sus deberes constitucionales y legales. La inhabilidad busca la preservación de los principios de moralidad e imparcialidad con que debe proceder quien está vinculado al servicio público.

El legislador previó una hipótesis según la cual la rebeldía normativa expresada en la imposición de varias sanciones disciplinarias distintas que de suyo no inhabilitan, permite retirar a un servidor público de la administración, aunque no haya cometido una falta gravísima imputable a título de dolo o culpa gravísima²⁸⁸. Así las cosas, la inexistencia de acumulación permite al operador jurídico retirar del servicio a quien se muestra reacio a amoldarse frente a las exigencias de comportamiento que entraña la pertenencia al servicio público.

El artículo 38 numeral 2o de la Ley 734 de 2002, Código Disciplinario Único, fue demandado en el entendido de que establece como criterio sancionatorio los antecedentes disciplinarios del sujeto y no su comportamiento, pues el debido proceso impone una responsabilidad de acto y no de actor, y que la norma acusada

²⁸⁸ Cfr. Ley 734 de 2002. Artículo 44. Clases de sanciones. El servidor público está sometido a las siguientes sanciones: 1. Destitución e inhabilidad general, para las faltas gravísimas dolosas o realizadas con culpa gravísima.

crea de manera automática una nueva inhabilidad por tres años, con el simple argumento de que se han sumado tres sanciones por faltas graves o leves dolosas o por ambas, es decir que consagra una sanción disciplinaria autónoma consistente en haber sido sancionado disciplinariamente tres o más veces en los últimos 5 años.

La Corte Constitucional en Sentencia C-544/05 resalta que la norma acusada no se refiere a una sanción disciplinaria sino a una inhabilidad, figura distinta del catálogo jurídico, también precisa que aunque el artículo demandado consagra una inhabilidad para ocupar cargos públicos, la fuente es el historial sancionatorio del inhabilitado, luego textualmente dice que

“En principio, es indispensable recordar que las inhabilidades son prohibiciones de acceso a la función pública. Una inhabilidad es una circunstancia fáctica cuya verificación le impide al individuo en el que concurre acceder a un cargo público. Su finalidad no es otra que la de preservar la pulcritud de la administración pública, garantizar que los servidores públicos sean ciudadanos de comportamiento ejemplar y evitar que sus intereses personales se involucren en el manejo de los asuntos comunitarios, comprometiendo la imparcialidad, moralidad, igualdad y eficiencia de la administración. Como lo ha dicho la Corte, “[...] con las inhabilidades se persigue que quienes aspiran a acceder a la función pública, para realizar actividades vinculadas a los intereses públicos o sociales de la comunidad, posean ciertas cualidades o condiciones que aseguren la gestión de dichos intereses con arreglo a los criterios de igualdad, eficiencia, moralidad e imparcialidad que informan el buen servicio y antepongan los intereses personales a los generales de la comunidad”. Sentencia C-564/97. La Corte Constitucional declara exequible el artículo haciendo la salvedad de que el hecho de que las inhabilidades tengan contenido sancionatorio no significa que pierdan su condición primordial de seguir siendo prohibiciones de acceso a cargos públicos que, aunque se originan en una sanción, condicionan negativamente el acceso a un destino oficial en defensa de la probidad de la administración, para que quienes la integran sean personas idóneas que garanticen la realización de los principios de moralidad, transparencia, eficiencia e imparcialidad.

Por último, resulta claro que no estuvo en la voluntad del legislador incluir la acumulación de faltas no conexas en los términos de los artículos 79 y 81 de la ley disciplinaria, porque contiene el procedimiento disciplinario una regulación completa y especial sobre la materia y no se ve, en consecuencia, la necesidad de recurrir a una legislación distinta para llenar un vacío que no existe.

MESA REDONDA DEL QUINTO EJE TEMÁTICO

MODERADOR: JOHN HARVEY PINZÓN NAVARRETE*

**Asesor Procuraduría Auxiliar para Asuntos Disciplinarios*

- I. DEL INJUSTO PENAL AL ILÍCITO DISCIPLINARIO
- II. «EL FUERO MILITAR DISCIPLINARIO»

Esta mesa redonda estuvo relacionada con dos de los temas expuestos por los conferencistas invitados en el quinto eje temático: el primero, relacionado con la comparación entre el injusto penal y el ilícito disciplinario, mientras que el segundo estuvo referido a la posibilidad de la existencia de un fuero disciplinario militar.

En consecuencia, procedo a resumir los aspectos más importantes de dicho ejercicio académico efectuando algunos planteamientos que considero oportunos para el correcto entendimiento de los temas tratados.

I. DEL INJUSTO PENAL AL ILÍCITO DISCIPLINARIO

En cuanto a este tema se dijo que la propuesta contenida en esta conferencia fue novedosa, toda vez que se planteó el siguiente problema jurídico ¿la estructura del ilícito disciplinario está conformada por dos elementos como son el desvalor de acción y el desvalor de resultado (al igual que lo hace el derecho penal), posibilitando, en consecuencia, el reconocimiento de un bien jurídico en materia disciplinaria? ¿O simplemente es un doble juicio que debe recaer sobre la infracción del deber funcional?

En tal sentido, el doctor JUAN CARLOS NOVOA precisó que el análisis de la infracción del deber funcional, este último como soporte del ilícito disciplinario, no debe solamente corresponder a una verificación de la conducta con el ordenamiento jurídico, sino que debe además determinarse si con ese comportamiento se han contrariado los principios de la función pública. A manera de problema dejó planteado si eventualmente esos principios de la función pública podrían corresponder a ese «bien jurídico» en materia disciplinaria, reconociendo que ese concepto es más apropiado en el área del derecho penal.

Por su parte, el doctor JAIME MEJÍA OSSMAN reconoció que en el derecho disciplinario sí existe un bien jurídico, pues en su criterio el «bien jurídico» le pertenece a todas las ramas del derecho. Este bien jurídico, según él, estaría compuesto por los diferentes principios, fines y funciones que rigen la función pública. Afirmó que un buen número de sentencias de las altas Cortes así lo han reconocido y que bien podría decirse que en materia disciplinaria existe una antijuridicidad incorpórea, desde la perspectiva de que no puede haber ninguna norma sin ningún referente material.

Así las cosas, observemos que las intervenciones en la mesa redonda obedieron a dos posturas diferentes pero no totalmente antagónicas, pues ambas terminaron reconociendo que en la estructuración del injusto debe haber dos elementos: tanto el desvalor de acción como el desvalor de resultado.

Sin embargo, se debe recordar que la reciente posición de la Procuraduría General de la Nación ha consistido en que para la estructuración del injusto disciplinario basta únicamente el desvalor de acción. Así lo ha sostenido el despacho del Procurador General de la Nación señalando lo siguiente:

“Aquí conviene recordar que el fundamento de la estructura de la responsabilidad en el derecho disciplinario está edificada en el concepto de la infracción sustancial de los deberes funcionales, aspecto que en la teoría de la norma se reconduce a la infracción de las normas subjetivas de determinación a las que están obligados los servidores públicos y particulares que ejercen funciones públicas, por lo que basta únicamente la comprobación del desvalor de acción, sin que sea necesario la comprobación de un desvalor de resultado, dualidad que bien puede ser razonable para determinar lo injusto de la conducta en otras especies de derecho sancionador, como lo es el derecho pena”.

Con todo, debe decirse que a propósito de la novedosa propuesta de los dos elementos del ilícito disciplinario, el desvalor de acto y el desvalor de resultado también la doctrina especializada ha señalado, de manera muy reciente, que la ilicitud disciplinaria está sometida a un doble juicio, como es el juicio deontológico y el juicio axiológico, de allí que una vez verificada tempranamente la tipicidad que envuelve provisionalmente lo ilícito, por lo general se tiene la ilicitud típica con resultado del juicio deontológico, habrá casos en los cuales muy a pesar de la apariencia ilícita de la conducta, contraria a la norma, si se somete al tamiz del juicio axiológico puede determinarse que la misma no resulta contraria a derecho, esto es, podemos encontrar que se halla ausente de ilicitud sustancial.

En ese orden de ideas, ¿podría decirse que ese doble juicio señalado por la doctrina corresponde a los dos elementos propuestos para el ilícito disciplinario? ¿Es decir, el juicio deontológico, como desvalor de acción y el juicio axiológico, como desvalor de resultado?

Con las limitaciones que impone mi función de relator, considero que ese doble juicio, tanto deontológico como axiológico, debe recaer únicamente en el desvalor de acción como fundamento del ilícito disciplinario, siendo indiferente el desvalor de resultado como un supuesto elemento cofundante del ilícito. Igualmente, por estas razones, entre muchas otras, considero que el concepto de bien jurídico es ajeno al derecho disciplinario.

En ese orden de ideas, lo que sí podemos observar de manera incontrovertible es que las anteriores posturas, como muchas otras en cuanto a este importantísimo tema, están a la orden del día, las cuales, si bien obedecen a distintas concepciones y formas de ver el derecho, al menos tienen un elemento común

denominador: buscar una sólida construcción teórica y dogmática de la estructura de la responsabilidad disciplinaria.

II. «EL FUERO MILITAR DISCIPLINARIO»

Otro de los temas bastante novedosos en el marco de este Congreso Nacional e Internacional de Derecho Disciplinario fue el de si existe o no un fuero disciplinario militar, o por lo menos, si es necesario que se reconozca. En efecto, el mensaje central de la conferencia consistió en concientizar a los asistentes sobre la dispendiosa, loable y compleja labor que desempeñan los miembros de las Fuerzas Militares, razón por la cual es necesario buscar la especialidad y calidad de las investigaciones y juicios que contra ellos se surten, a fin de procurar de la mejor forma posible los derechos y garantías de los militares en el marco de un proceso disciplinario.

En ese contexto, una de las preguntas formuladas por varios asistentes fue si el Estado ha dado las garantías para que las labores de los militares se puedan ejercer de manera oportuna y razonable.

Ante tal inquietud, el conferencista JAIME MEJÍA OSSMAN afirmó que uno de los avances fue precisamente la expedición de la Directiva 16 del 30 de noviembre de 2011, por parte de la Procuraduría General de la Nación, mediante la cual se estableció que los militares únicamente pueden ser investigados con la Ley 836 de 2003, por medio de la cual se expidió el reglamento del régimen disciplinario para las Fuerzas Militares.

Igualmente, ante otra pregunta del auditorio se concluyó que es posible que los militares en muchas ocasiones sientan miedo y que se abstengan de cumplir la misión constitucional y legal que les compete, en virtud de los procesos disciplinarios que se les sigue y porque principalmente, en innumerables ocasiones, los encargados de investigar y juzgar no tienen los conocimientos suficientes en estas especiales materias. Ante esto, la invitación fue la de llevar las causas disciplinarias con criterios objetivos de justicia, confrontando las conductas de los militares con las realidades demostradas en el proceso, valoraciones que deben ser alejadas de cualquier subjetividad o interés distinto al de la función disciplinaria.

Por otra parte, otro de los aspectos importantes fue el de reconocer que a pesar de que otros países nos ven con grandes avances en el derecho disciplinario, todavía es necesario consolidar más mecanismos jurídicos que permitan procurar el máximo de garantías y el respeto de los derechos fundamentales en el marco del proceso disciplinario, entre los cuales están aquellos que se siguen contra los militares. En efecto, el doctor JUAN CARLOS NOVOA aseguró que

lamentablemente a veces se puede percibir una guerra jurídica e inclusive política contra los miembros de las Fuerzas Militares. En este punto llamó la atención de que en Colombia existe un conflicto armado no internacional, donde por principio deben aplicarse normas del Derecho Internacional Humanitario. Así las cosas, enfatizó que lo coherente y apenas razonable es que los miembros de las Fuerzas Militares tengan ese fuero militar, ajustado a las condiciones reales del país, garantía mínima que deben tener a la hora de su juzgamiento.

Relacionado con el punto anterior, sostuvo que los militares en algunas ocasiones no actúan, porque, a manera de ejemplo, luego de efectuado un operativo militar en los que se obtienen resultados positivos para la seguridad del país (ejemplo, la baja del excomandante guerrillero alias ‘Mono Jojoy’), los órganos de investigación del Estado solicitan información acerca de «qué militares fueron condecorados por la operación», quienes paradójicamente resultan ser los primeros indiciados de alguna conducta presuntamente irregular. En síntesis: «los militares, luego de estas operaciones, piden no ser condecorados».

De esta manera, podemos observar que las dos intervenciones apuntaron a resaltar la compleja laborar y difícil situación en la que están los militares, pues es posible que en algunas ocasiones se cometan verdaderas injusticias cuando aquellos son investigados y juzgados en el marco de un proceso disciplinario.

En tal sentido, no se puede perder de vista que los militares antes que nada, como cualquier otro servidor público, están en cumplimiento de los deberes que constitucional y legalmente les compete. Así, pues, al margen de la existencia o no de un fuero militar disciplinario, la respetuosa invitación es que para este tipo de investigaciones los encargados de adelantar estos procesos se sigan capacitando y, ante todo, que los funcionarios nunca pierdan de vista que más que «operadores disciplinarios» en esta prolija materia, son verdaderos administradores de justicia disciplinaria.

SEXTO EJE TEMÁTICO

Aspectos procesales

LA ACTIVIDAD PROBATORIA DISCIPLINARIA CON POSTERIORIDAD A LA LEY 1474 DE 2011

JOSÉ ÓMAR ORTIZ PERALTA *

**Procurador Auxiliar para Asuntos Disciplinarios de la
Procuraduría General de la Nación*

- I. REMISIÓN PARA LA PRÁCTICA PRUEBAS
- II. MEDIOS TÉCNICOS COMO MEDIO DE PRUEBA
- III. PRUEBA TRASLADADA
- IV. TRÁMITE PROBATORIO EN EL PROCEDIMIENTO VERBAL

La actividad probatoria no ha sido ajena a la reciente reforma de que fuera objeto el régimen disciplinario al expedirse el Estatuto Anticorrupción (Ley 1474 de 2011). En ella se establece legalmente cuál es el régimen de remisión para la práctica de los medios de convicción, la habilitación de instrumentos técnicos como medios probatorios, el traslado de elementos materiales de prueba y evidencia física de los procesos penales y por último lo atinente al trámite probatorio en el procedimiento verbal.

Abordemos en particular cada uno de los aspectos objeto de reforma:

I. REMISIÓN PARA LA PRÁCTICA DE PRUEBAS

Al verificar que el Código de Procedimiento Penal consagrado en la Ley 600 de 2000 era de naturaleza inquisitiva, el proyecto de ley encaminado a la promulgación de un nuevo CDU, actualmente Ley 734 de 2002, adoptó dicho cuerpo normativo como régimen de remisión para la práctica de los medios probatorios, decisión que no tuvo mayores traumatismos en el desarrollo de las actuaciones disciplinarias.

Los problemas se empezaron a generar al entrar en vigencia un nuevo sistema procesal penal con tendencia acusatoria, lo que por obvias razones llevó al máximo ente de la potestad disciplinaria a salir al paso y fijar directrices frente a aquellos. Es así como se expide la Directiva 06 de abril 8 de 2005, en la que se definió que la remisión a que hace alusión el artículo 21 de la Ley 734 de 2002, cuando se trate de la aplicación por vacíos legislativos del Código de Procedimiento Penal, es la Ley 600 de 2000; es decir, que no solamente se debía acudir a esa norma para la práctica de pruebas sino para cualquier tema afín.

Desafortunadamente, el principal argumento de la mencionada directiva se refería a su aplicabilidad paulatina dentro el territorio nacional de la Ley 906 de 2004, para predicar, atendiendo su vigencia, que la Ley 600 seguía rigiendo, por lo que, al cumplirse dicho extremo temporal, la dificultad volvía a presentarse de nuevo.

En una situación que no soporta ninguna explicación, ya que el sustento para su aplicación había decaído, la práctica de pruebas en las actuaciones disciplinarias continuó desarrollándose bajo los parámetros establecidos en la mencionada directiva, es decir, con remisión a la Ley 600 de 2000, sin que existiera habilitación legal o reglamentaria.

Advertida la falencia por el actual jefe del Ministerio Público, se conforma una comisión que determinaría si la Ley 600 se podía aplicar o, en su defecto, cuál sería el régimen de remisión al que se acudiría en adelante para la práctica

de pruebas. Al interior de la comisión se presentaron dos posturas: una que pregonaba una derogatoria orgánica de la Ley 600 de 2000, sustentando tal tesis en el hecho de que a la luz del artículo 3 de la Ley 153 de 1887, había operado la derogatoria orgánica de la ley 600, ya que el nuevo estatuto procesal penal reguló de manera integral la materia, concluyéndose que se debía acudir al Código Contencioso Administrativo y por remisión de este al Código de Procedimiento Civil.

Respecto de esta posición se deben advertir las siguientes situaciones. En primer lugar, es indudable que no se reguló toda la actividad procesal penal, en atención a que el máximo ente de la jurisdicción ordinaria, esto es, la Corte Suprema de Justicia, no fue estructurada para aplicar el sistema acusatorio, lo que nos lleva a concluir que la derogatoria orgánica no operaba en este caso. En segundo lugar, es evidente que al no consagrarse una regulación propia para la práctica de pruebas en el CCA, hay que acudir a un procedimiento de partes como el Civil, lo que necesariamente genera algunas dificultades en el recaudo de la prueba en un procedimiento de naturaleza inquisitiva como es el disciplinario.

Lo anterior se puede verificar, *verbi gratia*, en la limitación que hay en las preguntas que pueden formularse en un interrogatorio; en la instalación de la inspección (visita especial) en la sede del despacho y el posterior traslado al sitio donde deba llevarse a cabo la misma, que no decir de figuras como el interrogatorio de parte o la confesión ficta o presunta.

Por su parte, la otra posición que se esgrimió fue la de que la Ley 600 no había sido derogada, partiendo desde el mismo Código de Procedimiento Penal, entiéndase Ley 906 de 2004, especialmente en lo consagrado en su artículo 533 y su análisis de exequibilidad realizado en la sentencia C-545 de 2008.

Efectivamente, las consideraciones expuestas por la Procuraduría General de la Nación surgen del seno de la norma a la que la ley disciplinaria remite, esto es, al Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), que en su artículo 533 expreso que “[...] Los casos de que trata el numeral 3 del artículo 235 de la Constitución Política continuarán su trámite por la Ley 600 de 2000.

Esa norma que nos sirve de referente fue objeto de acción de inconstitucionalidad, dentro de la que la Corte Constitucional se pronunció manifestando que «“[...] habiéndose previsto por la propia rama legislativa la coexistencia de dos procedimientos, uno con tendencia acusatoria y otro de carácter mixto que se continuará aplicando a sus miembro”, para concluir el ente rector en materia disciplinaria que “[...] al consagrarse en el Código de Procedimiento Penal la coexistencia de dos procedimientos, acusatorio e inquisitivo, y siendo este compatible con la naturaleza del derecho disciplinario, los medios probatorios señalados en el artículo 130 del CDU deben practicarse conforme la Ley 600

de 2000”. Esta decisión fue la que finalmente se acogió y sirvió de fundamento para la expedición de la Directiva 10 de 12 de mayo de 2010, atendiendo una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico actual, sin desconocer que para el desarrollo de las actuaciones disciplinarias resulta de mayor practicidad y conveniencia, toda vez que si acudiéramos al sistema procesal de partes (C. de P. C.), se desconocería el imperativo referente a su incompatibilidad con la naturaleza inquisitiva del derecho disciplinario, razón que llevó a incorporar como norma legal en la reforma que aquí nos ocupa que la práctica probatoria deberá llevarse a cabo conforme a la Ley 600 de 2000.

II. MEDIOS TÉCNICOS COMO MEDIO DE PRUEBA

Además de lo referido en precedencia, en la reforma hecha al artículo 130 de la Ley 734, se incluyó la siguiente frase: “[...] y cualquier otro medio técnico científico que no viole el ordenamiento jurídico [...]”. Como se puede ver, el legislador abre la posibilidad de que un medido técnico científico sirva de elemento de convicción, es decir, ya no como instrumento para el recaudo sino como prueba en sí mismo. Además de esto, se demanda que no debe contravenir el ordenamiento jurídico, imperativo que resulta a todas luces innecesario si nos atenemos al contenido del artículo 140 del CDU, que define como inexistente la prueba recaudada sin las formalidades legales o con desconocimiento de los derechos fundamentales.

En cuanto a la habilitación de medios técnico-científicos como prueba, conforme los adelantos de la ciencia, es evidente que el medio técnico científico que se ha experimentado como medio probatorio es el conocido polígrafo, el cual viene siendo aplicado como criterio de seguridad en procesos de incorporación de personal, pero que aún tiene resistencia para ser utilizado en las investigaciones penales, aspecto que se comparte en atención a las garantías constitucionales hoy imperantes.

En efecto ha dicho la Corte Suprema de justicia:

“Insiste la Sala en este aspecto, por cuanto si el polígrafo tiene como objetivo primordial determinar a través del registro de variaciones emocionales como la presión arterial, el ritmo cardiaco, el respiratorio y la resistencia eléctrica de la piel o reflejo psico-galvánico causado por el Estado de emotividad provocada si la persona presenta reacciones fisiológicas indicativas de engaño, es claro que su diagnóstico se refiere a la credibilidad del interrogado y no a la comprobación de hechos, elementos o circunstancias de la conducta investigada.

Es aquí donde reside la gran diferencia con otros medios técnicos empleados en el campo forense y que representan una ayuda inmejorable para la administración de justicia, pues mientras los experticios de ADN, de balística, de dactiloscopia o documentales, para mencionar solo algunos, se dirigen a comprobar la existencia o no de un hecho, o la compatibilidad entre una y otra muestra, o la legitimidad o autenticidad de una determinada evidencia en pos de acreditar o desacreditar una circunstancia jurídicamente relevante, la prueba de polígrafo se encamina a sustituir al juez en su labor de valoración del testimonio, pues aquel no tiene como finalidad la demostración de un hecho procesal sino la de ofrecer un dictamen acerca de si un sujeto sometido a un interrogatorio dice o no la verdad en las respuestas a las preguntas que se le formula”.

Sobre la utilización del polígrafo en los diferentes sistemas procesales del mundo se dice que este instrumento “está validado como herramienta judicial en países como Estados Unidos, Canadá, Inglaterra, Holanda, Rusia, Bélgica, Israel, Japón, Australia, entre otro”. de los cuales se hará referencia.

En Estados Unidos y Canadá es utilizado a nivel judicial por los organismos de inteligencia y de policía, como herramienta para saber si una persona miente o no, el fundamento está en lo dicho anteriormente de que las respuestas fisiológicas de las persona cambian cuando miente y esto se puede medir. En Europa se utiliza para la vinculación laboral en empresas privadas y en algunos organismos de seguridad.

Resultan interesantes las distintas posiciones que sobre la admisibilidad del detector de mentiras (lie detector) ha tenido la Corte Suprema del Estado de Winsconsin. En un primer precedente (*State v. Bohner*, 210 Wis.651, 246 N.W. 314 (1933)), la Corte rechazó como prueba admisible el detector de mentiras para ser presentada al jurado, estimando que ese dispositivo no había progresado lo suficiente, como para pasar de un experimento a un instrumento certero.

Posteriormente, la misma Corte cambia de posición y acepta la prueba del polígrafo, fundamentándose en el hecho de que en los cuarenta años que han seguido al precedente *Bohner*, expertos en fisiología y psicología han determinado un alto grado de exactitud en los resultados del polígrafo, si es conducida la prueba por un experto competente. Expertos han testificado que la credibilidad de la opinión de un experto en polígrafo es mayor que la opinión de los técnicos en balística, y tan creíble como la de un experto en dactiloscopia. No obstante, la Corte de Winsconsin adopta esta posición siempre y cuando se respeten algunas reglas. Algunas de esas reglas consisten en que el tribunal de juicio tiene la discreción de admitir o no la prueba, que debe haberse dado el consentimiento

de las partes, el experto examinador puede ser interrogado como testigo por la parte contraria, puede rechazarse la prueba de parte del tribunal, si no está convencido de que el examinador esté calificado o que la prueba se haya llevado a cabo bajo condiciones inapropiadas (*State v. Stanislawski*, 62 Wis,2d 730,216 NW,2d 8 (1974)).

En países como Holanda se usa en el control de agresores sexuales, después de que ha cumplido la condena, en Bélgica y Reino Unido se utiliza en el ámbito judicial. En España ha sido utilizado como medio probatorio pero de manera excepcional y con algunos reproches.

Actualmente es utilizado por agencias gubernamentales como el U.S. Secret Service, F.B.I., C.I.A., D.E.A.

Por su parte, el Tribunal Constitucional Alemán se inclina también por considerar que el detector de mentiras lesiona el derecho a la personalidad del afectado.

El tratadista y jurista Chileno Novoa Monreal señaló: “este detector podría ser aceptado, en el entendido limitado que exponemos, para testigos en lo civil o en lo penal que acepten ser sometidos a él, pero no puede ser aplicado a presuntos culpables, ni aun con su consentimiento, porque con ello se violentaría el principio de que nadie puede ser obligado a declararse culpable”.

Llama la atención la situación presentada en Perú, siendo el primer país en suramérica que utiliza la prueba del polígrafo para dictar sentencia emitiendo una condena de cadena perpetua, privando de la libertad a una persona que no tuvo la oportunidad de contradecir los valores arrojados por una máquina a la cual le dieron el grado de certeza suficiente para impartir tal decisión.

En México, el polígrafo se encuentra establecido como una prueba pericial que auxilia la investigación, es utilizado por algunas entidades federales y empresas privadas para conocer el comportamiento de las personas y su responsabilidad frente a un hecho teniendo un resultado colateral al hacer uso indebido de este, situación que ha generado el aumento de denuncias ante la Comisión Nacional de Derechos Humanos.

En el sistema procesal de Colombia el polígrafo es inadmisibile en materia penal, tal como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia:

“Ahora bien, en Colombia habría dificultades para admitirlo aún si fuera objeto de estipulación en los asuntos tramitados por medio de la Ley 906 de 2004, por cuanto el parágrafo del ordinal 4° del artículo 356 limita su procedencia a hechos o circunstancias y, como se ha visto, el polígrafo no es apto para demostrar hechos o circunstancias de la conducta punible sino para ofrecer un dictamen acerca de si una persona, en un ambiente determinado, respondió con la verdad o con la mentira las preguntas estructuradas que se le hicieron.

Para finalizar, la Corte encuentra peligros enormes frente a la libertad y a la dignidad del sujeto, si se admite la utilización del polígrafo como medio de prueba, pues ese dispositivo antes que matizar la tensión entre la finalidad del proceso penal como método de aproximación a la verdad y la de proteger la integridad de los derechos fundamentales comprometidos, contribuye a afianzar más el fin que los medios, debido al dramático proceso de instrumentalización a que se somete a la persona, de quien se extraen mediciones tomadas del monitoreo de las reacciones del sistema nervioso autónomo, para convertir al propio individuo en instrumento de corroboración de una verdad a la que debe llegar la administración de justicia con absoluto respeto por la dignidad humana.

En suma, todas esas razones llevan a la Sala a colegir que el polígrafo no es admisible como medio de prueba en el contexto de la teleología de la investigación penal y por esa razón se abstiene de desarrollar el segundo punto relacionado con su confiabilidad, que es de carácter técnico-científico, enfatizando que los motivos que llevan a descartar su uso dentro del proceso penal nada tienen que ver con su empleo en otras áreas, como ocurre con los procesos de selección de personal. Por lo tanto, la Sala no apreciará los resultados del polígrafo aportados por la defensa y mediante los cuales pretende controvertir la prueba legal y oportunamente allegada al proceso”.

Ante el Congreso se presentó la posibilidad de establecerlo como medio probatorio, la iniciativa fue presentada por el Representante a la Cámara Óscar Fernando Bravo, quien pretende que esta tecnología sea utilizada en los procesos penales en Colombia, pero tuvo muchos contradictores y a la fecha no se conoce decisión positiva frente al mismo.

Conforme lo anterior, no se ve que en corto tiempo se pueda aplicar el polígrafo como medio de prueba, en primer lugar porque volveríamos a un sistema de valoración probatoria de tarifa legal, esto es, que la decisión del juez estaría orientada por el resultado del polígrafo y en segundo lugar porque necesariamente entrarían en pugna el resultado de la prueba y el derecho de no autoincriminación consagrado en el artículo 33 de la Constitución, resultando prevalente el respeto por esta garantía.

III. PRUEBA TRASLADADA

Frente a la inclusión de dos incisos en el artículo 135 del CDU, hay que decir que así como se presentó dificultad para establecer el régimen de remisión para la práctica de pruebas con la entrada en vigencia del nuevo sistema procesal

penal, el traslado de elementos de convicción de los procesos del sistema penal acusatorio a los procesos disciplinarios generó traumatismo.

El primer obstáculo tiene que ver con el mismo término “prueb”, en atención a que en el sistema acusatorio solamente podemos hablar de prueba cuando el medio de convicción ha sido controvertido en el juicio oral, es decir, que lo que estaría habilitado para trasladarse al proceso disciplinario serían únicamente las pruebas practicadas en dicho escenario.

ENTONCES SURGE UN INTERROGANTE NECESARIO ¿SE PUEDEN TRASLADAR AL PROCESO DISCIPLINARIO LOS ELEMENTOS MATERIALES DE PRUEBA Y EVIDENCIA FÍSICA ALLEGADOS ANTES DEL JUICIO?

La respuesta se dio en procesos como el que se adelantó contra el Superintendente de Notariado y Registro Manuel Guillermo Cuello Baute, en el que se determinó que para que los elementos materiales de prueba y evidencia física tuvieran la connotación de prueba, únicamente les faltaba el contradictorio, el cual debía ser permitido dentro del proceso disciplinario.

El otro obstáculo lo constituía la discrecionalidad del fiscal del caso para permitir o no el traslado de dicho elementos, en atención a que la ley penal solamente lo obliga a descubrirlos en etapas procesales plenamente establecidas.

Por lo anterior, en el proyecto de reforma presentado por al Procuraduría General de la Nación, se incluyó como falta gravísima el no permitir el traslado de los elementos materiales de prueba y evidencia física, artículo que generó un gran debate en el trámite legislativo.

La Fiscalía defendía el éxito de sus investigaciones y el rol de ente acusador encomendado por la Constitución Política, el jefe del Ministerio Público defendía, como instrumento útil para luchar contra el flagelo de la corrupción, la labor mancomunada de las entidades del Estado bajo la figura de la colaboración armónica.

Como resultado de las discusiones y de la labor de la Comisión de conciliación dispuesta en el trámite de la ley, surgen los dos incisos complementarios del artículo 135 del CDU. El inciso segundo dispone, sin limitación alguna, que se pueden trasladar a los procesos disciplinarios los elementos materiales de prueba y evidencia física que ya han sido descubiertos por la Fiscalía, permitiendo el contradictorio y, de esta manera, adquieran la calidad de prueba.

El nuevo tercer inciso se ocupa del traslado de los elementos materiales de prueba y evidencia física que aún no han sido descubiertos en el proceso penal, determinando que cuando la Procuraduría General de la Nación o el Consejo

Superior de la Judicatura así lo requieran deberán solicitarlo al Fiscal General de la Nación, quien determinará cuáles de ellos se pueden trasladar.

Como se puede ver, el traslado de lo no descubierto está vedado para las oficinas de control interno disciplinario y para las personerías; así mismo, se deja a disposición del Fiscal General la valoración y posterior habilitación del traslado de dichos elementos.

Obsérvese cómo esta última disposición restringe el acceso a los organismos de control, únicamente con el fin de que no se afecte la investigación penal ni se ponga en riesgo su éxito, excusa que si bien tiene fundamento se constituye en un obstáculo frente a el fin común propuesto con la reforma, que no es otro que luchar contra la corrupción.

A manera de ejemplo, podemos traer a colación lo sucedido con el traslado de los elementos materiales de prueba y evidencia física que obran dentro del proceso que se adelanta por el conocido “carrusel de la contratación” en Bogotá, caso por demás emblemático en lo que tiene que ver con este fenómeno, para preguntarse lo siguiente: ¿si en este caso escandaloso de corrupción no se ha permitido el traslado al proceso disciplinario de lo no descubierto, cuándo será entonces que ameritará usar dicho instrumento normativo?

IV. TRÁMITE PROBATORIO EN EL PROCEDIMIENTO VERBAL

La reforma al CDU se ocupó en gran parte del procedimiento verbal, supliendo con ello los vacíos que con anterioridad debían cubrirse con la regulación del procedimiento especial ante el Procurador General de la Nación, por remisión expresa del artículo 181 del estatuto disciplinario.

Un primer aspecto atañe a los requisitos o contenido del auto de citación a audiencia, señalando, entre otras cosas, que se deberán relacionar las pruebas tomadas en cuenta y de las que se van a ordenar. Aquí es bueno tener en cuenta que no basta con la relación o enlistado de las pruebas que soportan la decisión de citación a audiencia, por el contrario, en dicha providencia debe hacerse un análisis del material probatoria allegado hasta ahora. Así mismo, se decretarán las pruebas de oficio que el despacho considere deban practicarse en la audiencia.

En cuanto al término para la práctica de pruebas, se reitera lo establecido en el inciso segundo del artículo 177 del CDU; es decir, que para la práctica de pruebas en la audiencia se fija un término improrrogable de tres días y si hay la necesidad de practicar por fuera de esta, se concede un término de cinco días. Así las cosas, se perdió la oportunidad para enmendar esta restricción temporal,

toda vez que la práctica ha determinado que en la mayoría de casos este término no se cumple, en atención a la complejidad de algunos asuntos y la pluralidad de sujetos.

Así mismo, se determinó que la práctica probatoria se adelantará conforme lo regulado en el procedimiento ordinario, cobrando vigencia lo aludido de manera precedente referido a la remisión a la Ley 600 de 2000. Sin embargo, es importante señalar que por tratarse de un procedimiento en audiencia el recaudo probatorio se hace de manera concentrada, lo que necesariamente obliga a aislar a los testigos, correr traslado de la prueba pericial en la audiencia y que la contradicción se haga de manera verbal.

Por otra parte, la ley habilita al presidente de la audiencia para que pueda practicar pruebas por comisionado, aspecto que en principio riñe con uno de los pilares de los procesos en audiencia, esto es, el principio de inmediación. Sin embargo, la norma determina que se acudirá a esta figura únicamente cuando sea necesario y procedente, por lo que se deberán atender los lineamientos del artículo 133 del CDU que la regula en el procedimiento ordinario.

Así mismo, se hace una salvedad que en mí parecer se hace innecesaria, y es lo referente a la motivación de la negación de pruebas, ya que se constituye en un imperativo procesal motivar cada una de las decisiones que se adopten, tal y como lo dispone el artículo 97 del CDU.

Por último, y lo que quizás ha generado controversia, ha sido la regulación de los recursos que proceden frente a la negación de pruebas. A la luz del artículo 115 del CDU, contra la negativa de pruebas de descargos (aspecto al que se reconduce la práctica de pruebas en la audiencia) procede el recurso de apelación. El legislador de 2011 determinó que contra esa decisión procede el recurso de reposición y el de apelación, pero no de forma subsidiaria sino que cada uno debe ser sustentado en diferentes momentos procesales y su resolución se da en instancias distintas.

Así las cosas, el recurso de reposición deberá interponerse de forma inmediata a la adopción de la negación, debiendo ser resuelto a continuación por parte del despacho. Culminado dicho trámite se iniciará con el recaudo de los medios probatorios a los que finalmente se haya accedido y a los que se decreten de oficio.

No sucede lo mismo con el recurso de alzada, ya que solamente podrá ser interpuesto una vez se haya proferido y notificado el fallo de primera instancia. Es decir, se condensa en un “tod” la apelación del fallo una posible apelación a la recusación y contra la negación de pruebas, aspectos sobre los cuales deberá pronunciarse el ad quem.

La reforma establece el trámite que se debe surtir al desatarse el recurso de apelación, señalando que, en caso de revocarse la decisión que negó la práctica de pruebas, el ad quem las decretará y practicará, habilitándolo para decretar de oficio las que estime necesarias. Igualmente se determinó que en el trámite en la segunda instancia se dará un traslado de dos días para que los sujetos procesales presente alegatos de conclusión. En principio se entendió que esta prerrogativa procesal solamente se daría si el ad quem decidía decretar y practicar pruebas, sin embargo, la Corte Constitucional en sentencia C-315 de 2012 determinó que:

Como se puede apreciar, producto de una lectura sistemática del artículo 180 de la Ley 734 de 2002, modificado por el artículo 59 de la Ley 1474 de 2011, si bien el recurso de apelación debe interponerse y sustentarse verbalmente en la misma audiencia en que se dicta sentencia (inciso 2), una vez proferido y notificado el fallo en estrados, también, las partes cuentan con un término de traslado de dos (2) días, contados a partir del día siguiente al de la notificación por Estado que es de un día, para presentar alegatos de conclusión, si así lo desean (inciso 7).

Lo anterior significa que independientemente de que se practiquen o no pruebas en segunda instancia, habrá que permitirse que los sujetos procesales presenten sus alegatos con anterioridad a la resolución del recurso impetrado; lo anterior lleva a que el proceso verbal pierda su naturaleza, porque dicha instancia no se surte en audiencia.

Como se puede apreciar, el Estatuto Anticorrupción impactó en gran forma la actividad probatoria, pudiéndose colegir que la mayoría de los cambios se constituyen en el cubrimiento de vacíos normativos que ya habían sido objeto de pronunciamiento por parte del señor Procurador General de la Nación, a través de directivas. Lo más rescatable se verifica en la habilitación del traslado de elementos materiales de prueba y evidencia física de los procesos penales, con la salvedad hecha respecto de los no descubiertos. Y en cuanto a la regulación en el procedimiento verbal, si bien se trató de suplir algunas falencias y se buscó darle mayor celeridad al permitirse el recurso de reposición contra la negación de pruebas, dicho objetivo se pierde durante el trámite que se dispuso en la segunda instancia.

