

# REFLEXIONES ACADÉMICAS EN DERECHO DISCIPLINARIO Y CONTRATACIÓN ESTATAL

## VOLUMEN V

Alejandro Ordóñez Maldonado  
José Rory Forero Salcedo  
Pedro Alfonso Hernández  
Fernando Brito Ruiz  
Alfonso Cajiao Cabrera  
Gabriel Eduardo Mendoza Martelo  
Rubén Flores Dapkevicius (Uruguay)  
Jaime Mejía Ossman  
Óscar Jinette del Villar  
Juan Carlos Novoa Buendía



# REFLEXIONES ACADÉMICAS EN DERECHO DISCIPLINARIO Y CONTRATACIÓN ESTATAL

---

VOLUMEN V

---

MEMORIAS DEL TERCER  
CONGRESO INTERNACIONAL  
DE DERECHO DISCIPLINARIO  
“HACIA LA COMPRENSIÓN DE LAS  
TEORÍAS QUE FUNDAMENTAN  
EL DERECHO DISCIPLINARIO”  
LLEVADO A CABO EN LA CIUDAD  
DE BOGOTÁ DURANTE LOS DÍAS  
21 Y 22 DE NOVIEMBRE DE 2013.

## Reflexiones académicas en derecho disciplinario y contratación estatal

### VOLUMEN V

© Procuraduría General de la Nación, 2014

© Instituto de Estudios del Ministerio Público, 2014

#### Editor:

Instituto de Estudios del Ministerio Público

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

PBX: (1) 587 8750, ext. 11621

Tel.: 283 2721, 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

José Rory Forero

Pedro Alfonso Hernández

Fernando Britto Ruiz

Alfonso Cajiao Cabrera

Óscar Jinette del Villar

Gabriel Eduardo Mendoza

Rubén Flores Dapkevicius (Uruguay)

Jaime Mejía Ossman

Juan Carlos Novoa Buendía

#### Portada:

Diana Carolina Chacón Enciso

Diseñadora gráfica IEMP

#### Coordinación editorial:

Luis Enrique Martínez Ballén

#### Diagramación e impresión

Imprenta Nacional de Colombia

Impreso en Colombia

Bogotá, abril de 2014

Primera edición

300 ejemplares

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

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

ISBN: 978-958-734-143-0



**Alejandro Ordóñez Maldonado**

PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

**Martha Isabel Castañeda Curvelo**

VICEPROCURADORA GENERAL DE LA NACIÓN

**Christian José Mora Padilla**

DIRECTOR INSTITUTO DE ESTUDIOS DEL MINISTERIO PÚBLICO

**Jaime Mejía Ossman**

PROCURADOR DELEGADO PARA LA POLICÍA NACIONAL

RELATOR GENERAL

**Carlos Humberto García Orrego**

JEFE DE CAPACITACIÓN DEL INSTITUTO DE ESTUDIOS DEL MINISTERIO

PÚBLICO, COORDINADOR GENERAL DEL CONGRESO

Ponentes que presentaron su ponencia escrita:

**Alejandro Ordóñez Maldonado**

**José Rory Forero**

**Pedro Alfonso Hernández**

**Fernando Britto Ruiz**

**Alfonso Cajiao Cabrera**

**Óscar Jinette del Villar**

**Gabriel Eduardo Mendoza**

**Rubén Flores Dapkevicius (Uruguay)**

**Jaime Mejía Ossman**

**Juan Carlos Novoa Buendía**

Moderadores:

**Carlos Arturo Ramirez Hincapie**

**David Alonso Roa Salguero**

**Arturo Ronderos Salgado**

**Carlos Humberto García Orrego**

## CONTENIDO GENERAL

---

|                                                                                                                                                                               |    |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| PRESENTACIÓN .....                                                                                                                                                            | 9  |
| INTRODUCCIÓN .....                                                                                                                                                            | 10 |
| 1. IMPLICACIONES SOBRE LA TITULARIDAD DE LAS<br>FUNCIONES DE INVESTIGACIÓN Y JUZGAMIENTO EN<br>LOS PROCESOS DISCIPLINARIOS.....                                               | 12 |
| 1. Planteamiento del Problema.....                                                                                                                                            | 14 |
| 2. Procesos a cargo de las Autoridades Administrativas .....                                                                                                                  | 16 |
| 3. Procesos a cargo de Autoridades Judiciales .....                                                                                                                           | 18 |
| 4. Procesos a cargo de las Autoridades Judiciales,<br>en los cuales, a pesar de no darse esa separación de<br>funciones, podría considerarse que se justifica su diseño ..... | 21 |
| 5. Conclusión.....                                                                                                                                                            | 24 |
| 2. VISIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DISCIPLINARIO<br>Y DE LAS RELACIONES ESPECIALES DE SUJECCIÓN.....                                                                        | 26 |
| Reconocimiento Especial .....                                                                                                                                                 | 28 |
| En contexto .....                                                                                                                                                             | 28 |
| Nexo entre derecho constitucional, derecho disciplinario<br>y relaciones especiales de sujeción.....                                                                          | 31 |
| En relación con la garantía de los derechos fundamentales<br>de los servidores públicos y el correlativo cumplimiento<br>de sus deberes funcionales.....                      | 32 |
| La administración pública en busca de la excelencia .....                                                                                                                     | 32 |
| 3. FUNCIÓN PÚBLICA Y RELACIONES ESPECIALES DE SUJECCIÓN ..                                                                                                                    | 34 |
| I. FUNCIÓN PÚBLICA: Fundamento y finalidad del<br>derecho disciplinario.....                                                                                                  | 38 |
| II. RELACIONES ESPECIALES DE SUJECCIÓN: Categoría<br>dogmática superior del derecho disciplinario en Colombia .....                                                           | 42 |

|      |                                                                                                                                                                |     |
|------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| III. | LAS INCONSISTENCIAS DE LAS RELACIONES<br>ESPECIALES DE SUJECCIÓN: por la plena vigencia<br>del Estado social y democrático de derecho .....                    | 56  |
| IV.  | PROPUESTA PARA ABANDONAR LAS RELACIONES<br>ESPECIALES DE SUJECCIÓN EN DERECHO DISCIPLINARIO:<br>la misión más que la sumisión de los servidores públicos ..... | 67  |
|      | Conclusiones .....                                                                                                                                             | 70  |
| 4.   | FLEXIBILIZACIÓN DE LAS GARANTÍAS DEL DERECHO<br>PENAL EN PROCESO DISCIPLINARIO .....                                                                           | 72  |
|      | Introducción.....                                                                                                                                              | 74  |
| 1.   | Naturaleza del derecho disciplinario. ....                                                                                                                     | 74  |
| 2.   | Este estudio considera este derecho de carácter administrativo ....                                                                                            | 76  |
| 3.   | Diferencias relevantes entre el derecho penal y el disciplinario .....                                                                                         | 77  |
| 4.   | La flexibilización de los principios y las garantías no significa<br>arbitrariedad.....                                                                        | 79  |
| 5.   | Garantías en el proceso disciplinario.....                                                                                                                     | 80  |
| 6.   | Flexibilización de algunos de estos principios y garantías .....                                                                                               | 82  |
|      | Conclusiones .....                                                                                                                                             | 95  |
| 5.   | TIPICIDAD DISCIPLINARIA Y DEBERES EN LA LEY<br>DE VÍCTIMAS .....                                                                                               | 96  |
|      | Tipo genérico envolvente .....                                                                                                                                 | 113 |
|      | Conclusión.....                                                                                                                                                | 118 |
| 6.   | LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL FRENTE<br>AL CONCEPTO <i>NUMERUS APERTUS</i> .....                                                                            | 120 |
| 1.   | Sobre los prepuestos constitucionales y legales del sistema<br><i>Numerus Apertus</i> desde la jurisprudencia. ....                                            | 122 |
| 2.   | El Sistema de <i>Numerus Apertus</i> y su justificación<br>en la jurisprudencia constitucional.....                                                            | 125 |
| 3.   | El sistema <i>Numerus Apertus</i> no comporta <i>per se</i><br>la arbitrariedad.....                                                                           | 130 |
| 4.   | Sin perjuicio de lo regulado en el numeral 2 de este<br>artículo, constituye falta gravísima .....                                                             | 135 |
| 5.   | Notas sobre la jurisprudencia de otras Altas Corporaciones<br>a propósito del sistema de <i>Numerus Apertus</i> .....                                          | 136 |
| 6.   | Conclusiones.....                                                                                                                                              | 138 |

|     |                                                                                                                               |     |
|-----|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 7.  | EL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO EN URUGUAY.....                                                                                | 140 |
| 1.  | Concepto. ....                                                                                                                | 142 |
| 2.  | Tipos .....                                                                                                                   | 142 |
| 3.  | Denuncias e informaciones de urgencia.....                                                                                    | 143 |
| 4.  | Investigación administrativa .....                                                                                            | 144 |
| 5.  | Sumario administrativo.....                                                                                                   | 150 |
| 6.  | Funcionarios sometidos al poder judicial penal.....                                                                           | 159 |
| 7.  | Funcionarios condenados por el poder judicial pena.....                                                                       | 162 |
| 8.  | Aplicación de sanciones sin necesidad de instruir sumario<br>administrativo.....                                              | 163 |
| 9.  | Procedimiento disciplinario abreviado .....                                                                                   | 163 |
| 10. | Conclusiones.....                                                                                                             | 164 |
|     | Bibliografía Sumaria.....                                                                                                     | 171 |
| 8.  | VISIÓN DE LA ACADEMIA FRENTE AL CONCEPTO<br>DE <i>NUMERUS APERTUS</i> .....                                                   | 174 |
|     | Introducción.....                                                                                                             | 176 |
|     | El principio de legalidad en el derecho disciplinario .....                                                                   | 181 |
|     | La tipicidad en materia disciplinaria.....                                                                                    | 185 |
|     | Jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre los<br><i>Numerus Apertus</i> .....                                           | 196 |
|     | Jurisprudencia de la Corte Constitucional con relación<br>a la tipicidad disciplinaria .....                                  | 202 |
| 9.  | LA CULPABILIDAD Y LOS CRITERIOS PARA DETERMINAR<br>LAS FALTAS GRAVÍSIMAS, GRAVES Y LEVES<br>EN EL DERECHO DISCIPLINARIO ..... | 242 |
| 1.  | Aproximación a la clasificación de las faltas. ....                                                                           | 245 |
| 2.  | Primer ejercicio para descartar si una falta es grave o leve .....                                                            | 245 |
| 3.  | El grado de culpabilidad .....                                                                                                | 245 |
| 4.  | La relación típica de una falta objetivamente gravísima<br>cometida<br>con culpa grave, será considerada falta grave.....     | 249 |
| 5.  | Otras modalidades de la culpabilidad .....                                                                                    | 250 |
| 6.  | Naturaleza esencial del servicio.....                                                                                         | 251 |
| 7.  | El grado de perturbación del servicio .....                                                                                   | 251 |



|     |                                                                                                                 |     |
|-----|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 8.  | La jerarquía y mando que el servidor público tenga en la respectiva institución .....                           | 252 |
| 9.  | Transcendencia social de la falta o el perjuicio causado .....                                                  | 252 |
| 10. | Modalidades y circunstancias en que se cometió la falta .....                                                   | 252 |
| 11. | Los motivos determinantes del comportamiento .....                                                              | 253 |
|     | Conclusiones .....                                                                                              | 253 |
| 10. | RÉGIMEN DE IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES EN EL PROCESO VERBAL DISCIPLINARIO .....                                 | 256 |
| 1.  | Introducción. ....                                                                                              | 258 |
| 2.  | ¿Cuál es el sustento que justifica el régimen de impedimentos y recusaciones en el ordenamiento jurídico? ..... | 258 |
| 3.  | Carácter oficioso y no dispositivo del trámite de impedimento y/o recusación .....                              | 260 |
| 4.  | ¿Cuál es su trámite? .....                                                                                      | 261 |
| 5.  | Cuestión de la charla .....                                                                                     | 262 |
| 6.  | Conclusiones.....                                                                                               | 267 |

## PRESENTACIÓN

---

Me complace presentar a la comunidad académica estudiosa del derecho disciplinario el volumen número V de nuestra ya conocida y acreditada publicación *Reflexiones Académicas en Derecho Disciplinario y Contratación Estatal*.

Durante la actual administración de la Procuraduría General de la Nación como política institucional en la lucha contra la corrupción se han promovido diversas iniciativas tendientes a formar en valores y principios a partir de la propuesta del Nuevo Ciudadano Colombiano y de la generación de una nueva ética del servidor público; y por otro lado, fortaleciendo el adecuado ejercicio del control disciplinario interno en cada una de las entidades estatales; por tal motivo esta publicación se constituye en el resultado tangible de un espacio académico que permite la divulgación de las directrices en materia del cumplimiento de los deberes y derechos de los servidores públicos, y del ejercicio ágil, oportuno y respetuoso de los derechos y garantías de los investigados disciplinariamente, sin dejar de lado la ética y el adecuado comportamiento que deben observar los funcionarios públicos en el ejercicio de su responsabilidad legal y constitucional.

Observamos, cómo el derecho disciplinario se ha constituido en el principal mecanismo y el más efectivo con el que cuenta la administración pública en la hora de hoy, para combatir las conductas de los funcionarios que la puedan perjudicar, deteriorar o producir una baja satisfacción de las necesidades que en materia de servicios y del cumplimiento de las políticas públicas exige la comunidad; situación que ha llevado al Consejo Académico del Instituto a desarrollar este tipo de eventos que permiten mantener actualizados y en permanente capacitación, a los funcionarios públicos destinatarios de los deberes que impone la función pública y, a los operadores disciplinarios dentro de cada una de las entidades públicas, así como a los abogados litigantes y académicos interesados en esta rama del derecho.

Expreso mi complacencia por la amplia acogida que ha tenido esta publicación, lo cual nos llena de confianza para renovar el compromiso del Instituto en la dirección y coordinación de estos Congresos que año a año, adquieren mayor relevancia dentro de la comunidad de estudiosos y operadores del derecho disciplinario.

**CHRISTIAN JOSÉ MORA PADILLA**

Director Instituto de Estudios del Ministerio Público

## INTRODUCCIÓN

En primer lugar quiero agradecer a los profesores que participaron como ponentes en esta, la tercera versión del Congreso Internacional de Derecho Disciplinario, su dedicación y esfuerzo por tratar de sintetizar en pocos minutos problemáticas críticas del derecho disciplinario que han desgastado horas de discusiones interminables a los operadores e investigadores de la materia.

En esta ocasión se han recopilado las ponencias realizadas dentro del Tercer Congreso Internacional de Derecho Disciplinario organizado por el Instituto de Estudios de la Procuraduría durante los días 21 y 22 de noviembre de 2013, el cual fue dedicado al análisis de las diversas escuelas o teorías que dan base a la responsabilidad disciplinaria del servidor público, de ahí su denominación: “Hacia la comprensión de las teorías que fundamentan el derecho disciplinario”.

A partir del análisis del concepto de relaciones especiales de sujeción y la teorías de los *numerus clausus* y *numerus apertus* y su confrontación frente a los derechos fundamentales de los involucrados en una investigación disciplinaria se construyeron los ejes fundamentales del contenido académico analizados en el Congreso.

Conceptos como la ilicitud sustancial y la antijuridicidad practicada en el derecho penal, sus similitudes y diferencias fueron ampliamente analizados por los ponentes.

Vale resaltar que dentro del contexto comparativo de los sistemas administrativos de control en otras latitudes del continente, se invitó a participar a la República de Uruguay en cabeza del Dr. Rubén Flores Dapkevicius, Doctor en Derecho y Ciencias Sociales y Abogado por la Universidad Mayor de la República, profesor de Derecho Administrativo y Constitucional de esta misma universidad, actualmente Jefe de la División Sumarios e Investigaciones Administrativas de la entidad estatal Obras Sanitarias del Estado. El Dr. Flores con gran esmero expuso el sistema uruguayo, como una garantía fundamental en el Estado de Derecho, aclarando que esta garantía no existe, en plenitud, en el Derecho Laboral y se relaciona, especialmente, con el Derecho Penal, aunque no pertenece a esa rama sancionatoria del Derecho.

Por su parte la representación de México, estuvo en cabeza de la Dra. Maria Teresa Paredes Hernández, profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), coordinadora académica del Diplomado sobre Sistema Penal Acusatorio y Derechos Humanos; y quien

tuvo a cargo la ponencia sobre la experiencia mexicana en el procedimiento de responsabilidades de servidores públicos.

Quiero además agradecer la orientación conceptual brindada por el Dr. Jaime Mejía Ossman, quien desde su experiencia como investigador, profesor y tratadista en esta área del derecho sancionador, logró concentrar en un espacio de dos días a los máximos exponentes de esta disciplina jurídica en nuestro país.

**CARLOS HUMBERTO GARCÍA ORREGO**

Jefe División de Capacitación del Instituto de Estudios del Ministerio Público

# IMPLICACIONES SOBRE LA TITULARIDAD DE LAS FUN- CIONES DE INVESTIGACIÓN Y JUZGAMIENTO EN LOS PROCESOS DISCIPLINARIOS

---

DR. ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO\*

*\*Abogado de la Universidad Santo Tomás. Fue Magistrado del Tribunal Administrativo de Santander, Consejero de Estado y Presidente de esta misma corporación. Actualmente se desempeña como Procurador General de la Nación.*

|    |                                                                                                                                                                            |    |
|----|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 1. | Planteamiento del Problema.....                                                                                                                                            | 14 |
| 2. | Procesos a cargo de las Autoridades Administrativas .....                                                                                                                  | 16 |
| 3. | Procesos a cargo de Autoridades Judiciales .....                                                                                                                           | 18 |
| 4. | Procesos a cargo de las Autoridades Judiciales,<br>en los cuales, a pesar de no darse esa separación de<br>funciones, podría considerarse que se justifica su diseño ..... | 21 |
| 5. | Conclusión.....                                                                                                                                                            | 24 |

## 1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Las posiciones jurídicas modernas en materia de derecho sancionador, especialmente en su máxima expresión como lo es el derecho penal, plantean que el verdadero proceso justo es el que adopta un sistema o modelo en el que las funciones de investigación y juzgamiento estén completamente separadas.

En Colombia, esta tendencia se acogió con la implementación del sistema penal acusatorio, a partir de la modificación de la Constitución por la vía del acto legislativo n.º 3 de 2002. Incluso, y muy a pesar de que nuestra Corte Constitucional reconoció la coexistencia de dos procedimientos penales, uno con tendencia acusatoria y otro de carácter mixto (de tendencia inquisitiva), dicha corporación separó las funciones de investigación y juzgamiento para los procesos penales que todavía se tramitan por la Ley 600 de 2000; esto es, para los procesos penales que se siguen contra los Congresistas (numeral 3.º del artículo 235 de la C. P.), en virtud de lo señalado en la sentencia C-545 de 2008, con ponencia del magistrado doctor NILSON PINILLA PINILLA.

En dicho providencia, se dijo lo siguiente:

**4. Por evolución doctrinal, el cumplimiento futuro de las funciones de investigación y juzgamiento debe escindirse dentro de los miembros de la corporación constitucionalmente investida de esa competencia integral.**

4.1. Aunque el precepto demandado no vulnera el derecho a la igualdad de los miembros del Congreso, por las razones expuestas con antelación, encuentra la Corte que el mismo debe ser analizado de cara a otros derechos, consagrados en la Constitución (...) y, especialmente, reconocidos en el derecho internacional, atendiendo al efecto la doctrina y la jurisprudencia actual en materia procedimental, en particular, frente al derecho a un **juez imparcial**, en los desarrollos que trasnacionalmente ha venido presentando la búsqueda de un *“juicio cada vez más justo”*.

(...)

Bajo tales supuestos, si bien el aparte demandado del artículo 533 de la Ley 906 de 2004 es exequible, la dinámica del derecho impone que a partir de la expedición de esta providencia (...), para efectos de los procesos adelantados contra quienes ostenten la calidad de aforados conforme al artículo 235.3 superior, por conductas punibles cometidas con posterioridad a la misma, el legislador adopte en ejercicio de las facultades estatuidas en el artículo 234 *ibidem* las medidas necesarias para que sea separada, dentro

de la misma Corte Suprema como juez natural en estos casos, la función de investigación de aquella correspondiente al juzgamiento<sup>1</sup>.  
(Negrillas originales. Subrayado fuera de texto).

Así las cosas, podríamos decir que, en principio, la teleología de un proceso justo –según dichas tendencias– estriba básicamente en la separación de las funciones de investigación y juzgamiento.

Si lo anterior es cierto, surge una reflexión, a modo de interrogante, en el derecho disciplinario:

¿si la tramitación de los procesos disciplinarios es administración de justicia, tanto en sentido formal y material (procesos a cargo del Consejo Superior de la Judicatura), como en sentido simplemente material (Oficinas de Control Interno, Personerías y Procuraduría General de la Nación), podríamos sostener, entonces, que en el derecho disciplinario no hay procesos justos porque ellos no se rigen por un sistema acusatorio a la manera como ocurre en el derecho penal, donde las funciones de investigación y juzgamiento está completamente separadas?

Esta pregunta conduce a un ineludible dilema: si respondemos que sí –es decir, que los procesos no son justos–, tendríamos que no solo emprender urgentemente todos los esfuerzos y mecanismos para cambiar todo el sistema de responsabilidad disciplinaria, sino que además sería el caso reconocer que existen serias dudas sobre la legitimidad para ejercer la función disciplinaria que hasta el momento hemos venido desarrollando. Y, por el contrario, si respondemos que no, habría que demostrar que el diseño de los actuales procesos disciplinarios sí es justo o que, por lo menos, responde a unos estándares mínimos de garantías de quienes son disciplinados.

En ese orden de ideas, hagamos una comparación general de los diferentes procesos disciplinarios en el ordenamiento jurídico colombiano, para advertir tres situaciones diferentes:

- a. Que existen unos procesos disciplinarios en los cuales estaría **totalmente justificado** la no separación de las funciones de investigación y juzgamiento;
- b. Que existen unos procesos disciplinarios que tienden a una cuasi-separación de funciones de investigación y juzgamiento;

1 Corte Constitucional. Sentencia C-545 de 2008. M. P. NILSON PINILLA PINILLA.



- c. Que existen otros procesos disciplinarios en los cuales, a pesar de no darse esa separación de funciones, posiblemente habría una justificación y razón suficiente. Sin embargo, lo óptimo sería mejorar dicho diseño.

## 2. PROCESOS A CARGO DE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS

---

Como bien se sabe el proceso disciplinario que se sigue contra la mayor parte de los servidores públicos y particulares que ejercen funciones públicas se regula por el Código Disciplinario Único, adoptado por la Ley 734 de 2002. En esta legislación se podrá encontrar que existen dos formas de procedimiento: el ordinario y el verbal<sup>2</sup>. El primero que es la regla general de la forma de investigar y juzgar a los sujetos disciplinables, mientras que el segundo procede en unos eventos específicos contemplados en el artículo 175 del C.D.U. (Confesión, flagrancia, algunas faltas gravísimas, faltas graves y, en todo caso, cuando al momento de valorar sobre la apertura de la decisión estuvieren dados los requisitos para proferir pliego de cargos).

Ahora bien, podría ser válido sostener que con las modificaciones que introdujo la Ley 1474 de 2011 (Estatuto Anticorrupción) se ensanchó la posibilidad de aplicar el procedimiento verbal, dado que en esos cinco casos se podrá citar a audiencia en cualquier estado de la actuación (Conforme al inciso tercero del nuevo artículo 175 del C.D.U., modificado por el artículo 57 de la Ley 1474 de 2011).

En tal sentido, este tipo de procesos está a cargo de las Oficinas de Control Disciplinario Interno, Personerías y la Procuraduría General de la Nación. Por ello, acudiendo a un criterio orgánico podríamos rotular esta clase de procesos pertenecientes al derecho disciplinario administrativo. Con todo, lo determinante y característico para los efectos de esta exposición es que tanto las funciones de investigación y juzgamiento están en cabeza de un mismo funcionario.

Sin embargo, es menester observar que otra de las razones para decir que son procesos disciplinarios administrativos es que las decisiones que deciden el fondo del asunto son actos disciplinarios administrativos. En efecto, las providencias de archivo y los fallos disciplinarios dictadas por estas autoridades son actos administrativos, los cuales son demandables ante la jurisdicción conten-

---

2 Además de otros dos procesos especiales que están en el Código Disciplinario Único: el procedimiento disciplinario especial ante el Procurador General de la Nación (artículos 182 y s. s. del C.D.U.) y el que se sigue contra el Procurador General de la Nación (Artículos 83 y 192 del C.D.U.).

ciosa administrativa. En otras palabras, los actos disciplinarios administrativos tienen **un control administrativo jurisdiccional**.

En ese orden de ideas, ese control administrativo jurisdiccional de los fallos disciplinarios proferidos por las autoridades administrativas es el que explica la razón por la cual no es injusto concebir o aceptar un modelo en el que las funciones de investigación y juzgamiento estén en cabeza de una misma persona. De tal suerte que el funcionario con atribución disciplinaria debe ser consciente de que sus actuaciones podrán ser debatidas y cuestionadas ante un juez que se encargará de estudiar la legalidad de sus decisiones, a partir de la teoría de las causales de nulidad del acto administrativo. Esto es, verificar si la decisión disciplinaria infringió o no las normas que deberían fundarse, si se respetó la competencia, si el acto se expidió en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de poder (Conforme a los artículos 137 y 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo).

Ahora bien y muy a pesar de que ese control jurisdiccional debe tener unos límites, propiciados por la autonomía e independencia del derecho disciplinario en cuanto a la particular forma de entender la estructura de la responsabilidad, lo cierto es que los funcionarios de instancia con atribución disciplinaria deben ceñirse a los principios y reglas del ordenamiento jurídico. Esto significa que las decisiones deben corresponder a interpretaciones acordes con los valores y principios contenidos en la Constitución Política.

Aquí no está demás resaltar las cualidades que el juez de la causa debe tener y la doble exigencia que él tiene en dos momentos bien diferentes:

- a. La acuciosidad para la práctica de las pruebas, a fin de cumplir con los principios de la búsqueda de la verdad material y la prevalencia de la justicia, actividad limitada por el cumplimiento de los derechos y garantías debidos a las personas que intervienen en el proceso (principio de investigación integral); y
- b. La imparcialidad, objetividad y neutralidad para decidir el fondo del asunto.

En todo caso, lo expuesto permite afirmar que el control jurisdiccional posterior de los actos disciplinarios administrativos justifica la legitimidad del actual diseño de los procesos disciplinarios a cargo de las autoridades administrativas, en donde las funciones de investigación y juzgamiento están radicadas en cabeza un mismo funcionario.

### 3. PROCESOS A CARGOS DE AUTORIDADES JUDICIALES

Otra cuestión distinta ocurre con algunos procesos disciplinarios que están a cargo de las autoridades judiciales. En efecto, a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura y a las Salas Disciplinarias de los Consejos Seccionales les compete la función disciplinaria sobre dos regímenes distintos:

- a. El primero, respecto de los abogados en ejercicio, conforme a las disposiciones de la Ley 1123 de 2007, por medio del cual se estableció el Código Disciplinario del Abogado; y
- b. El segundo, sobre aquellos que adelanten funciones jurisdiccionales, de conformidad con el régimen especial para los funcionarios de la rama judicial contenido en el Código Disciplinario Único.

Ambos procesos derivados de dichos regímenes especiales corresponden a lo que podríamos denominar **derecho disciplinario jurisdiccional**, nombre que obedece a un criterio orgánico en razón al tipo de autoridad que los tramita. De esta forma, observemos que estos dos procesos son consecuencia de una administración de justicia, tanto en sentido material como formal. ¿Qué quiere decir ello? Que las decisiones adoptadas en las respectivas instancias no tienen ningún otro control adicional al como sí lo tienen las decisiones disciplinarias de autoridades de naturaleza administrativa.

Ahora bien, en cuanto al régimen disciplinario de los abogados, regulado por la Ley 1123 de 2007, démonos cuenta que la tramitación del proceso tiene una característica particular: opera una cuasiseparación de las funciones de investigación y juzgamiento. En tal sentido, una lectura del inciso segundo del artículo 102 de la Ley 1123 de 2007 así lo confirma:

(...)

La actuación en primera instancia estará a cargo del Magistrado del Consejo Seccional de la Judicatura que le haya correspondido en reparto **hasta el momento de dictar sentencia, determinación que se emitirá por la Sala plural respectiva.**

(Negrillas fuera de texto).

En ese orden de ideas, en los procesos disciplinarios que se siguen contra abogados, a un solo magistrado de la Sala le corresponderá tramitar el proceso

hasta antes de dictarse sentencia, lo cual quiere decir que este solo funcionario se encargará de efectuar la acusación y de tramitar la audiencia de juzgamiento. De esa manera, una vez el magistrado registre el proyecto de fallo, la Sala dispondrá de cinco (5) días para proferir la sentencia. (Trámite establecido de conformidad con lo señalado en los artículos 105 y 106 de la Ley 1123 de 2007).

Obsérvese cómo opera una cuasiseparación de las funciones de investigación y juzgamiento, pues el magistrado que hace la acusación no se aparta del todo de su función de juzgar, ya que él es el encargado de tramitar la audiencia de juzgamiento y forma parte de la Sala que finalmente adopta la decisión (cuasiseparación de funciones), mientras que los demás magistrados de esa Sala encargada de resolver el fondo del asunto no hicieron parte de la formulación de la acusación.

En tal sentido, todo parece indicar que este diseño caracterizado por una cuasi separación de funciones es una manera de nivelar o compensar el hecho de que las decisiones adoptadas en estos procesos no tengan un control posterior como sí lo tienen las decisiones disciplinarias adoptadas por otras autoridades de origen administrativo.

Por su parte, la doctrina especializada sostiene que este diseño a cargo del legislador es una forma de avanzar hacia el principio acusatorio, el cual se caracteriza precisamente por la división de los roles de investigación y juzgamiento. Sobre el particular se ha dicho lo siguiente:

Debe admitirse allí una solución muy ingeniosa para avanzar hacia el principio acusatorio, aun cuando debe reconocerse que el mismo no se materializa plenamente por cuanto **quien profiere la acusación participa también en la decisión final**, lo cual obviamente se agudizaría si la Sala se encuentra integrada, como ocurre en la mayoría de los eventos, por sólo dos magistrados. De todos modos ya se encuentra libre de prejuicios otro u otros magistrados diferentes al que elaboró el pliego de cargos, lo que repercute en una mayor libertad de apreciación de la prueba y los argumentos defensivos a la hora de proferir la sentencia.

Es un sistema procesal que se encuentra a medio camino entre el sistema procesal mixto con tendencia inquisitiva y la aplicación del principio acusatorio, **que tal vez pueda acertada y adecuadamente ser llamado como “principio semiacusatorio”<sup>3</sup>**. (Negritas fuera de texto).

3 GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. Tercer Módulo: derecho procesal disciplinario jurisdiccional. ESCUELA JUDICIAL “RODRIGO LARA BONILLA”. IV CURSO DE FORMACIÓN JUDICIAL INICIAL PARA MAGISTRADOS, MAGISTRADAS, JUECES Y JUEZAS DE LA REPÚBLICA. Módulo de Aprendizaje Autodirigido, Plan de Formación de la Rama Judicial. Año 2009.

En consecuencia, el anterior esquema, con una cuasi-división de roles, justificaría que las funciones de investigación y juzgamiento estuvieran a cargo de la misma Corporación que es la que finalmente debe adoptar la decisión. Se trata, sin duda alguna, de un diseño configurado por el legislador, muy similar al ordenado por la Corte Constitucional en la sentencia C-545 de 2008 cuando separó las funciones de investigación y juzgamiento en el interior de la Corte Suprema de Justicia.

Ahora bien, ¿cuál podría ser una versión mejorada de esta división de funciones para reafirmar que estos procesos disciplinarios sí responden a los estándares mínimos de garantía que las actuales tendencias exigen para concebir un proceso justo, muy a pesar de que las funciones de investigación y juzgamiento estén en cabeza de una misma autoridad judicial? Para ello, sería oportuno considerar lo siguiente:

- a. La cuasiseparación de roles de investigación y juzgamiento debería ser completa. Es decir, podría pensarse en que un magistrado adelante la investigación y efectúe la acusación, sin que este participe en la decisión que adopte la Sala plural respectiva.
- b. Al margen de lo anterior, lo que sí es necesario es que los magistrados que decidan el asunto participen en la audiencia de juzgamiento. Es decir, conforme al diseño actual, los magistrados que emiten la sentencia, excepto aquel que tramita la actuación y hace la acusación, no participan en la audiencia pública de juzgamiento. Tan cierto es lo anterior, que conforme al inciso segundo del artículo 106 de la Ley 1123 de 2007 **le corresponde al magistrado que tramita el proceso variar los cargos**, si así es procedente.
- c. De esa forma, se necesitaría como mínimo tres magistrados en cada una de las Salas de la jurisdicción Disciplinaria: uno que acuse y los otros dos que conformen la Sala «plural» para adoptar la respectiva decisión; o, en subsidio, considerar la posibilidad de que un magistrado acuse y el otro decida, pero prescindiendo de que la «Sala Plural» sea la que decida, decisión que si bien solo la tomaría una sola persona, en todo caso se justificaría porque se mantendría el control habitual de la segunda instancia.

En ese orden de ideas, el anterior análisis permite afirmar que tal y como está diseñado el proceso disciplinario para los abogados existe al menos una razón suficiente para considerar que las funciones de investigación y juzgamiento

estén en la misma corporación judicial, pero con una separación interna de roles, tal y como las tendencias jurídicas modernas así lo vienen pregonando.

Este diseño de juzgamiento para los abogados es el mismo para el procedimiento verbal de los funcionarios de la rama judicial en el cual también hay una cuasiseparación de las funciones de investigación y juzgamiento.

Así lo establece el artículo 214 del Código Disciplinario Único, que dispone lo siguiente:

**ARTÍCULO 214. APLICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO VERBAL.** El procedimiento especial establecido en este Código procede de conformidad con la competencia de las Salas Disciplinarias de los Consejos Superior y Seccionales. **Lo adelantará el Magistrado Sustanciador en audiencia hasta agotar la fase probatoria.** Dentro de los cinco (5) días siguientes registrará el **proyecto de fallo que será dictado por la Sala** en el término de ocho (8) días. Contra el anterior fallo procede el recurso de apelación.  
(...)

(Negrillas fuera de texto).

De esa manera es consecuente que se apliquen las mismas consideraciones al proceso de los abogados para reafirmar que dicho diseño sí se justifica por haber considerado unos estándares mínimos al haber acogido la tesis de la separación de las funciones de investigación y juzgamiento.

#### **4. PROCESOS A CARGO DE LAS AUTORIDADES JUDICIALES, EN LOS CUALES, A PESAR DE NO DARSE ESA SEPARACIÓN DE FUNCIONES, PODRÍA CONSIDERARSE QUE SE JUSTIFICA SU DISEÑO**

-----

Por último, observemos qué sucede con los procesos que se siguen contra los funcionarios judiciales, pero por vía del procedimiento ordinario.

En efecto, si se observan el Título XII y los artículos 193 y siguientes del Código Disciplinario Único se advertirá que en este proceso ordinario los autos interlocutorios y las sentencias serán dictadas por la Sala, mientras que los autos de sustanciación estarán a cargo del magistrado sustanciador.

Así lo establece el artículo 199 del Código Disciplinario Único que dispone lo siguiente:

**ARTÍCULO 199. FUNCIONARIO COMPETENTE PARA PROFERIR LAS PROVIDENCIAS. Los autos interlocutorios y las sentencias serán dictados por la Sala, y los autos de sustanciación por el Magistrado Sustanciador.**

En consecuencia, aquí sí hay una diferencia con el procedimiento verbal que se sigue contra los funcionarios de la rama judicial y con el proceso contra los abogados.

Las diferencias entre las funciones de acusación y juzgamiento las podemos apreciar en el siguiente cuadro:

| Procedimiento disciplinario ordinario contra los funcionarios de la Rama Judicial.                                          | Procedimiento disciplinario verbal contra los funcionarios de la Rama Judicial.                                                                                                                                                                                     | Procedimiento disciplinario contra los abogados.                                                                                                                                                                                                                           |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Código Disciplinario Único (Ley 734 de 2002)<br><u>Los autos interlocutorios y las sentencias están a cargo de la Sala.</u> | Código Disciplinario Único (Ley 734 de 2002)<br>La acusación, que es una decisión interlocutoria, está a cargo del magistrado sustanciador. La sentencia está a cargo de la Sala, conformada por el magistrado que hizo la acusación: cuasiseparación de funciones. | Código Disciplinario del Abogado (Ley 1123 de 2007)<br>La acusación, que es una decisión interlocutoria, está a cargo del magistrado sustanciador. La sentencia está a cargo de la Sala, conformada por el magistrado que hizo la acusación: cuasiseparación de funciones. |

Ahora bien, aquí es válido el siguiente análisis: en el procedimiento ordinario contra los funcionarios de la rama judicial no hay separación o cuasiseparación de funciones, a la manera en que sí lo hay en los otros dos procesos disciplinarios jurisdiccionales, pero tampoco existe un control jurisdiccional posterior y adicional a los fallos de instancia.

¿Entonces, cuál es la justificación del diseño de estos procesos en los que no hay ni separación de funciones ni control jurisdiccional adicional a las respectivas instancias?

La respuesta gira en torno a la decisión adoptada por un juez plural. He aquí la justificación que permitiría considerar que los procesos ordinarios contra los funcionarios judiciales sí son justos. Esto es necesario aclararlo porque,

conforme se fue explicando, se podría pensar que estos procesos no cumplirían con las garantías mínimas que las actuales tendencias exigen.

Sin embargo, podríamos preguntarnos ¿lo anterior es suficiente? ¿Hay alguna posibilidad de procurar que el diseño de estos procesos sea más óptimo, ante la ausencia de control judicial y teniendo en cuenta que las decisiones las adopta una misma corporación?

A partir de este momento, la reflexión que hoy yo he hecho se debe convertir en la tarea de mañana de ustedes. Es necesario considerar seriamente la posibilidad de que en todos los procesos disciplinarios a cargo de la rama haya una separación absoluta de funciones de investigación y juzgamiento, a la manera como lo sugieren las actuales tendencias. Quiero ser claro: la separación de las funciones de investigación y juzgamiento no son del patrimonio exclusivo del sistema acusatorio; en otras palabras, se debe avanzar hacia la separación de funciones y juzgamiento, independientemente del sistema procesal que impere.

Si se observa con atención, los diseños de los diferentes procesos disciplinarios de una manera u otra «compensan» el hecho de mantener unidas las funciones de investigación y juzgamiento:

- a. Para el proceso disciplinario administrativo, porque las decisiones están sometidas a un control posterior jurisdiccional.
- b. Para los procesos contra abogados o los funcionarios de la rama por la vía del procedimiento verbal, porque hay una cuasiseparación de funciones y además las decisiones las toma un juez colegiado.
- c. Y para el proceso de los funcionarios de la rama por la vía del procedimiento ordinario, porque al menos las decisiones las toma un juez colegiado.

Sin embargo, siempre se podrá mejorar para que los diferentes diseños de los sistemas procesales tiendan a optimizarse y que se ajusten a las actuales tendencias. Esto, sin duda alguna, puede alcanzarse procurando la completa separación de las funciones de investigación y juzgamiento.



## 5. CONCLUSIÓN

---

Conforme a todo lo expuesto, hay que pensar y repensar en la posibilidad de que se hagan los respectivos ajustes para que la tendencia sea hacia la separación de las funciones de investigación y juzgamiento en todos los procesos disciplinarios, siendo indistinto qué autoridad adopte las decisiones e independientemente de que el sistema por el que haya optado el derecho disciplinario sea el de corte inquisitivo.

Si lo anterior todavía no es posible, es menester, al menos, mantener la cuasi-separación de funciones en algunos procesos y llevar este diseño a aquellos que todavía no lo tienen (al procedimiento ordinario de los funcionarios judiciales).

Señores funcionarios, no dudo en que el actual diseño de los procesos disciplinarios, que tanto como ustedes como yo tramitamos en calidad de funcionarios, son justos y responden a estándares mínimos de igualdad. Pero siempre se puede mejorar y ajustar las reglas procesales a las tendencias que el derecho moderno exige. Muchas gracias.



# VISIÓN CONSTITUCIO- NAL DEL DERECHO DISCIPLINARIO Y DE LAS RELACIONES ESPE- CIALES DE SUJECCIÓN

---

JOSÉ RORY FORERO SALCEDO\*

*\* Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid (España). Estudios avanzados en Derecho Constitucional en la Universidad Complutense de Madrid. Especialista en Derechos Humanos por la Universidad Complutense. Abogado y Especialista en Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia. Tratadista, Conferencista y Catedrático en Pregrado y Posgrado: Especializaciones, Maestrías y Doctorado, en la Universidad Libre de Colombia.*

|                                                                                                                                                          |    |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Reconocimiento Especial.....                                                                                                                             | 28 |
| En contexto.....                                                                                                                                         | 28 |
| Nexo entre Derecho Constitucional, Derecho Disciplinario<br>y Relaciones Especiales de Sujeción .....                                                    | 31 |
| En Relación con la Garantía de los Derechos Fundamentales<br>de los Servidores Públicos y el Correlativo Cumplimiento<br>de sus Deberes Funcionales..... | 32 |
| La Administración Pública en Busca de la Excelencia .....                                                                                                | 32 |

Docente-Investigador<sup>4</sup>

Buenas tardes a todas y a todos

En primer término, debo expresar que representa para mí un honor, llegar a este Auditorio, ante tan selecto grupo de conferencistas Nacionales y Extranjeros, organizadores y participantes, en este III Congreso Internacional de Derecho Disciplinario.

## RECONOCIMIENTO ESPECIAL

Al Señor Procurador General de la Nación, doctor Alejandro Ordóñez Maldonado, al doctor Christian José Mora Padilla, Director del Instituto de Estudios del Ministerio Público, al doctor Carlos Humberto García Orrego, Jefe de Capacitación, y por supuesto a todos ustedes, por permitir difundir mi pensamiento en tan magno evento.

Sin más preámbulo, pero de acuerdo con las exigencias propias de actos como el presente, procedo a realizar mi intervención sobre la temática asignada: *Visión Constitucional del Derecho Disciplinario y de las Relaciones Especiales de Sujeción*.

## EN CONTEXTO

### DERECHO CONSTITUCIONAL Y DISCIPLINARIO COMPARADO

El Derecho Constitucional, el Derecho Administrativo, el Derecho Penal y el Derecho Disciplinario español han contribuido con grandes insumos dogmáticos, para la construcción del Derecho Sancionador del Estado colombiano. De ahí la familiaridad con tratadistas, juristas y académicos de la península ibérica.

En efecto, tesis tan controvertidas, como la de las relaciones especiales de sujeción de ascendencia germana y tratada con rigor científico por conocidos autores, entre ellos LÓPEZ BENÍTEZ, quien en una de las obras más completas sobre la materia en España, deja ver la necesidad de estudiar esta categoría dogmática, desde la perspectiva de la potestad disciplinaria del Estado. En contrapunto, otros autores, como el vasco IÑAQUI LAZAGABASTER, realizan una fuerte crítica de la teoría; posiciones unas y otras, que me han motivado para ahondar en su conocimiento y socialización en escenarios como el que hoy nos congrega, y para Estados

4 Corresponde a la síntesis de la ponencia presentada en el III Congreso Internacional de Derecho Disciplinario organizado por la Procuraduría General de la Nación. Instituto de Estudios del Ministerio Público. Noviembre 21 y 22 de 2013. Bogotá- Colombia.

como Colombia, en donde el desarrollo normativo, jurisprudencial y doctrinal de esta materia, aun es tímido y la literatura exigua, a fin de contribuir a su recepción crítica, especialmente si consideramos que no se pueden implantar soluciones acogidas en otras latitudes, sin tener en cuenta los particulares rasgos del constitucionalismo colombiano y de contera de su Derecho Disciplinario, plasmados principalmente en la Constitución de 1991 y en la Ley 734 de 2002.

No cabe duda que la teoría de las relaciones especiales de sujeción viene ayudando a construir el fundamento de un Derecho Disciplinario, que en Estados como Colombia, se viene consolidando como una gran disciplina jurídica, en cuanto representa dado su carácter polivalente, un instrumento clave en la lucha contra la impunidad, la ineficacia y la corrupción administrativa.

Evidentemente, la aplicación a lo que se conoce hoy como Derecho Disciplinario, de principios del Derecho Penal (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad); y la aplicación al Derecho Disciplinario, de principios del Derecho Administrativo, (moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad); originaba en el ámbito jurídico colombiano no hace muchos años, que el Derecho Disciplinario, dentro de la amplia gama de la ciencia jurídica, se ubicara en un punto medio entre tales disciplinas, sin una identidad propia, obstaculizando su operatividad racional.

Es por tal razón que partiendo del núcleo constitucional sólido, ideado por el constitucionalismo de la segunda posguerra mundial (Constituciones italiana de 1948, alemana de 1949 y española de 1978); y fundado en los valores, principios, derechos, deberes y garantías constitucionales, convencionales y universales, que diseñan la arquitectura del Estado Constitucional, Social y Democrático de Derecho, se viene planteando por la legislación, la doctrina y la jurisprudencia, colombiana unas reglas claras que permiten:

1. Sobre la base constitucional descrita, realizar el debido traslado de los principios del Derecho Penal y del Derecho Administrativo Sancionador al Derecho Disciplinario, con miras a lograr una debida operatividad racional de este último;
2. Y que contribuyen a distinguir los campos de acción del Derecho Penal, del Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho Disciplinario.

Naturalmente, con los beneficios que representa tal diferenciación cualitativa, para la Administración y los diferentes sujetos procesales, con el objeto de consolidar el principio de seguridad jurídica, que tanto reclama el Estado colombiano.

En otras palabras, era ayudar en la transición, para pasar de la anarquía jurídica, a la seguridad jurídica, en el campo disciplinario.

Y como resultado de este proceso de matizaciones y modulaciones, apoyado en la dogmática española, surge en Colombia un Derecho Disciplinario con bastante margen de autonomía respecto del Derecho Penal y el Derecho Administrativo sancionador, que entra a conciliar la tensión constitucional que a diario se observa en la dinámica de su Administración Pública, generada de una parte, por la obligación de la Administración, de materializar la moralidad, efectividad, eficacia y eficiencia, y, de otro lado, el imperativo propio, por garantizar y proteger los derechos fundamentales de los servidores estatales, estos es, servidores públicos y particulares en ejercicio de funciones públicas.

En suma, emerge un Derecho Disciplinario, capaz de buscar el equilibrio, entre la potestad disciplinaria y el debido proceso; capaz de asegurarlo cuando se ha encontrado; y capaz de reconstruirlo cuando se ha perdido; fiel a la sabia formula del recientemente fallecido, el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, respecto del Derecho Administrativo.

En este sentido, observamos como el Tribunal Constitucional Federal alemán, el Tribunal Constitucional español, el Tribunal europeo de derechos humanos, la Corte Constitucional en Colombia y su Consejo de Estado, han establecido como doctrina jurisprudencial:

1. Que los principios inspiradores del Derecho Penal son aplicables al Derecho Administrativo Sancionador, aunque con ciertos matices, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado.
2. De otro lado, la jurisprudencia española reconocen situaciones y relaciones jurídico-administrativas, donde la propia Constitución o las leyes, imponen límites en el disfrute de los derechos constitucionales, llámense tales relaciones de “especial sujeción”, de “poder especial”, o simplemente “especiales”, principalmente, en el caso de los escolares, de los funcionarios, de los militares y de las personas privadas de la libertad, como ejemplos paradigmáticos.
3. Así mismo, se establece que los derechos fundamentales de los Servidores Públicos, pueden y deben ser limitados por una Ley o sobre la base de una Ley, al encontrarse en esta singular situación.
4. Y finalmente, que constituye un elemento básico de la organización estatal y de la realización efectiva de los fines esenciales del Estado Social de Derecho, la potestad del mismo de desplegar un control disciplinario sobre sus servidores, por la especial sujeción de estos al Estado.

## NEXO ENTRE DERECHO CONSTITUCIONAL, DERECHO DISCIPLINARIO Y RELACIONES ESPECIALES DE SUJECCIÓN

La potestad disciplinaria del Estado colombiano, coloca a los servidores estatales, servidores públicos y particulares que cumplen funciones públicas, en típicas relaciones especiales de sujeción, válidas en cuanto se ajustan 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 de la Constitución de 1991, esto es:

1. Están plenamente constitucionalizadas al igual que la potestad disciplinaria.
2. Se adaptan al principio supralegal de legalidad en sus manifestaciones de reserva de Ley, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.
3. Demandan permanentemente la eficacia de la Administración Pública.
4. Y por último, los actos disciplinarios producidos en el escenario de éstas especiales relaciones de sujeción, son objeto de un control judicial, pues se le otorga al funcionario sancionado, la garantía de la tutela judicial efectiva; garantía que resulta clara en el ordenamiento español, no así en el colombiano, en donde los actos disciplinarios jurisdiccionales, no son susceptibles de control por la vía contenciosa.

En consecuencia los presupuestos, principios y requisitos de la teoría alemana de las relaciones especiales de sujeción, enmarcados en las exigencias del Estado Constitucional, pueden contribuir en Colombia, como ha sucedido en España, a la fundamentación y a la operatividad racional del Derecho funcional y de su potestad disciplinaria, ayudando a determinar los límites materiales y procesales de la potestad disciplinaria del Estado colombiano.

Se determinan como límites materiales a la potestad disciplinaria, consecuencia de la legalidad sancionadora los principios derivados de: reserva de ley, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, non bis in ídem y proporcionalidad. Y emergen unos límites procesales a la potestad disciplinaria emanados del debido proceso. En efecto, un estudio comparado de estas garantías procesales constitucionalizadas en España (Constitución de 1978, artículos 24 y 25), y en Colombia, (Constitución de 1991, artículo 29), nos permite realizar la siguiente tipología:

1. El acceso judicial y la obtención de una tutela judicial efectiva contra los actos definitivos de la Administración producidos en vía administrativa;



2. El principio universal de la presunción de inocencia;
3. La debida actividad probatoria en tanto alma del procedimiento disciplinario;
4. El derecho de defensa como exteriorización del principio in dubio pro disciplinado o in dubio pro expedientado, en la terminología disciplinaria española;
5. La asistencia letrada como señalan los doctrinantes españoles, o la defensa material y técnica en los procesos disciplinarios, como garantía supralegal que asiste al inculpado en Colombia;
6. La motivación en debida forma de los actos disciplinarios.
7. La idoneidad, objetividad e independencia del instructor: Los Órganos de Control Externo, Los Órganos de Control Interno y la Jurisdicción Disciplinaria en Colombia; o la propia Administración, en España.
8. Y el derecho a la tramitación del expediente sin dilaciones indebidas, que conecta con todas las garantías constitucionales en este ámbito; a fin de superar, una de las grandes debilidades de la Administración Pública, que lleva a la impunidad y basta con recordar que justicia demorada es justicia denegada.

#### EN RELACIÓN CON LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS Y EL CORRELATIVO CUMPLIMIENTO DE SUS DEBERES FUNCIONALES

La dogmática española y la colombiana, plantea puntos de equilibrio para evitar la impunidad o arbitrariedad en el ejercicio del control disciplinario, en la medida que los derechos fundamentales de los funcionarios, resultan limitados, de una forma particular por el estatus funcional adquirido, derivado de la tensión constitucional, entre los principios de potestad disciplinaria y debido proceso.

#### LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN BUSCA DE LA EXCELENCIA

Nos demuestran los anteriores planteamientos como el control disciplinario fundamentado en esta controvertida teoría, en sus fases preventiva y correctiva, se erige como un eje estructural en la construcción del Estado Constitucional, Social y Democrático de Derecho colombiano, pero para tal cometido se hace necesario:

Que los servidores públicos, muestren resultados concretos de su gestión, ya que el compromiso y la responsabilidad por el momento coyuntural que

vive Colombia, resulta de una enorme trascendencia, pues en la medida que nos apropiemos y logremos hacer efectivo un Derecho Disciplinario con las características anotadas:

1. Estaremos construyendo las bases jurídicas, de un Estado participativo y pluralista, en donde impere la democracia real;
2. De unas instituciones que se proyectan en este tercer milenio y que se justificarán y tendrán razón de ser, si buscan una Administración Pública, honesta, eficiente, garante de los derechos humanos y del interés público;
3. De una Administración, en donde la conducta de los servidores estatales, consulte siempre la idea de justicia social, como único camino para lograr la paz, enmarcada en los valores y principios constitucionales de libertad, igualdad, justicia y dignidad humana, en tanto presupuestos básicos para llegar a la Colombia que todos anhelamos;

Pensar y actuar en contravía de lo manifestado, simplemente equivale a patrocinar la situación de crisis que en forma directa o indirecta nos afecta y que de no solucionarse más temprano que tarde y con el concurso de todos, inexorablemente coartará un mejor futuro de su población, quedando la corrupción y la violencia, como únicos legados para las generaciones venideras.

El propósito nuclear de estas disquisiciones, lleva aparejados tales anhelos, y si de las presentes palabras que ustedes generosamente han escuchado surge por lo menos una luz,

¡ENHORABUENA!

MUCHAS GRACIAS

# FUNCIÓN PÚBLICA Y RELACIONES ESPECIALES DE SUJECCIÓN

---

PEDRO ALFONSO HERNÁNDEZ \*

*\*Presidente de la Corporación Función Pública. Vicepresidente del Colegio de Abogados en Derecho Disciplinario –CADD-. Profesor del Departamento de Posgrados en Derecho Administrativa de la Universidad Externado de Colombia, en las cátedras de Función Pública, Derecho Disciplinario y Derecho Administrativo Sancionador. Abogado litigante, Asesor y Consultor en temas de Función Pública, Estructura del Estado, organización de entidades públicas y Responsabilidad Fiscal y Disciplinaria de los Servidores Públicos. Se ha desempeñado como Magistrado Auxiliar de la Corte Constitucional, Comisionado y Presidente de la Comisión Nacional del Servicio (CNSC), Jefe de Contratos de TELECOM y Conjuez del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. Autor de varios libros y artículos en temas de Derecho Constitucional y Derecho Administrativo.*

|                                                                                                                                                                                |    |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Presentación .....                                                                                                                                                             | 36 |
| I. FUNCIÓN PÚBLICA: Fundamento y finalidad del<br>derecho disciplinario.....                                                                                                   | 38 |
| II. RELACIONES ESPECIALES DE SUJECCIÓN: Categoría<br>dogmática superior del derecho disciplinario<br>en Colombia .....                                                         | 42 |
| III. LAS INCONSISTENCIAS DE LAS RELACIONES<br>ESPECIALES DE SUJECCIÓN: por la plena vigencia<br>del Estado social y democrático de derecho .....                               | 56 |
| IV. PROPUESTA PARA ABANDONAR LAS RELACIONES<br>ESPECIALES DE SUJECCIÓN EN DERECHO<br>DISCIPLINARIO: Promover la misión más que<br>la sumisión de los servidores públicos ..... | 67 |
| Conclusiones.....                                                                                                                                                              | 70 |

–Propuesta para sustituir la sumisión por la misión del servidor público en materia disciplinaria–<sup>5</sup>.

## PRESENTACIÓN

La ponencia responde a la invitación académica hecha por el Instituto de Estudios del Ministerio Público para que en este Congreso Internacional se evalúen los fundamentos del derecho disciplinario. En ese sentido, las siguientes apreciaciones están relacionadas con las características y las dimensiones de la categoría dogmática superior del derecho disciplinario: las **Relaciones Especiales de Sujeción** o, también, **Relaciones de Sujeción Especial**.

El título de la ponencia integra dos componentes. De un lado, la función pública y, de otro, las relaciones especiales de sujeción, con lo cual se pretende resaltar la íntima relación que existe entre la Función Pública y el Derecho Disciplinario.

Con tal propósito, la exposición está dividida en cuatro partes. En la **primera**, se presentan algunos comentarios generales en relación con las acepciones constitucionales de la expresión “Función Pública”. Se tendrá en cuenta el artículo publicado en este tema en el volumen IV de la Colección Lecciones de Derecho Disciplinario del IEMP<sup>6</sup>. En la **segunda parte**, se expondrán los fundamentos de las “Relaciones Especiales de Sujeción” en materia disciplinaria. Se tendrán en cuenta los textos de los autores nacionales que han promovido el uso de esta figura para fundamentar y legitimar las determinaciones que se adopten en materia disciplinaria. En la **tercera parte**, se alude a ciertas inconsistencias que presentan los cimientos de las relaciones especiales de sujeción y, en la última parte, se expone una propuesta para reemplazar la categoría de las relaciones especiales de sujeción, promovida por la dogmática disciplinaria, por una figura constitucional diferente, que hace parte del régimen jurídico de los servidores públicos.

- 5 Ponencia presentada en el 3er Congreso Internacional de Derecho Disciplinario –hacia la comprensión de las teorías que fundamentan el derecho disciplinario–, organizado por el Instituto de Estudios del Ministerio Público –Procuraduría General de la Nación. Bogotá, D. C., 21 y 22 de noviembre de 2013. La temática desarrollada en esta conferencia corresponde a avances de la investigación sobre Empleo Público y Responsabilidad Disciplinaria que el autor lleva a cabo en el Programa de doctorado en Derecho en la Universidad Externado de Colombia.
- 6 Pedro Alfonso Hernández. **Acepciones Constitucionales de la Expresión Función Pública**. Lecciones de Derecho Disciplinario, vol. IV. Instituto de Estudios del Ministerio Público –IEMP – PGN. Bogotá, 2007, pp. 27-38.

Así mismo, esta exposición parte de **dos presupuestos**. El primero, según el cual el Derecho Disciplinario es un componente del Derecho de la Función Pública. Es decir, que el régimen disciplinario de los servidores públicos hace parte integrante del régimen constitucional de los servidores públicos, en el Estado social y democrático de derecho. Este es el enfoque que se expone y se promueve en los diferentes escenarios académicos, laborales y profesionales en los que se actúa<sup>7</sup>.

El **segundo presupuesto** se refiere a la naturaleza administrativa del derecho disciplinario. Con ello se resalta su marcada distinción con las actuaciones de naturaleza judicial. Esta característica se relaciona con el hecho de considerar que el derecho disciplinario es una de las expresiones del *ius puniendi*.

La potestad sancionadora o punitiva del Estado, *ius puniendi*, comprende cuatro campos, a saber: *i)* el derecho disciplinario; *ii)* el derecho administrativo sancionador; *iii)* el derecho penal y, *iv)* el derecho correccional. Los dos primeros son de naturaleza administrativa y los dos restantes de naturaleza judicial.

La naturaleza administrativa del derecho disciplinario no se opone a su rango constitucional, de manera semejante al ámbito constitucional de las actuaciones judiciales, como las del derecho penal<sup>8</sup>.

Por consiguiente, desde esta perspectiva sería una impropiedad sugerir o establecer que existe algún grado de jerarquía, prevalencia o dependencia de una expresión del *ius puniendi* frente a otra, en cuanto todas ellas, en igualdad de condiciones, tienen fundamento constitucional y su desarrollo hace parte del ámbito de configuración del legislador.

Es decir, cada expresión del *ius puniendi* tiene fundamento constitucional y, por separado, es desarrollada por la ley y el reglamento. Además, las auto-

7 Los escritos, la cátedra, el cumplimiento de funciones y el ejercicio profesional, de mi parte, han tenido como común denominador la comprensión del régimen disciplinario de los servidores públicos como uno de los componentes del régimen jurídico de los servidores públicos, en el marco del Estado social y democrático de derecho.

8 En el artículo sobre la Ilícitud Sustancial, en el cual se aludió a la manera como se halla desaparecida esta categoría jurídica en buena parte de la aplicación práctica del derecho disciplinario, se hizo referencia a la naturaleza administrativa y a la pertenencia al Derecho de la Función Pública que identifica al derecho disciplinario. En esa ocasión se dijo que, “*En mi caso, por ejemplo, entiendo el derecho disciplinario como un asunto inherente al vínculo jurídico de los servidores públicos con el Estado y considero que el fundamento y los propósitos de esta disciplina se halla en la articulación del contenido y la finalidad del empleo público con las características que la Constitución Política asigna a los servidores públicos –estar al servicio del Estado y al servicio de la comunidad– (C.P., art. 123) en el contexto del Estado social de derecho (C.P., arts. 1° y 2°)*”. Pedro Alfonso Hernández. *La Ilícitud Sustancial es una Categoría Autónoma en el Régimen Disciplinario. Algo más que “conductas típicamente antijurídicas” de los servidores públicos*. En Colegio de Abogados en Derecho Disciplinario. Ensayos sobre Derecho Disciplinario. Tomo I. Ediciones Nueva jurídica. Bogotá D. C., 2010, pp. 41-74.

ridades disciplinarias y sus decisiones son de naturaleza administrativa y las autoridades penales y sus decisiones son de carácter judicial.

De acuerdo con lo señalado, a partir de la Constitución Política el derecho disciplinario dejó de depender de los principios orientadores del derecho penal pues los principios rectores de la potestad sancionadora del Estado adquirieron rango constitucional y se consolidaron como derroteros de los diferentes ámbitos de responsabilidad de carácter judicial o administrativa, sin que esté previsto ningún tipo de jerarquía o de dependencia entre las diferentes expresiones del *ius puniendi*. Por lo anterior, a partir de 1991 resultaría contrario al orden constitucional sostener que “el derecho disciplinario depende de los principios del derecho penal” o que “en el derecho disciplinario aplican de manera matizada o flexible los principios del derecho penal”. Asunto diferente son las relaciones materiales de integración normativa que se presenten entre las expresiones del *ius puniendi*, pero ellas no generan jerarquía o subordinación entre las diferentes disciplinas.

De manera independiente a las apreciaciones que puedan generar estos asuntos, tal vez lo que evidencian es que no hay temas totalmente elaborados, que las relaciones y los ámbitos de actuación de las diferentes expresiones del *ius puniendi* son asuntos en permanente ajuste o movimiento y que, en consecuencia, las “verdades científicas” que en ocasiones se promueven en el medio académico o institucional son, en buena medida, “aproximaciones valorativas”, que, ante la ausencia de universalización, no cuentan aún con los requisitos para adquirir la calidad de “cientificidad”.

## I. FUNCIÓN PÚBLICA: FUNDAMENTO Y FINALIDAD DEL DERECHO DISCIPLINARIO

La Constitución Política emplea la expresión Función Pública con dos significados diferentes. Uno de ellos para aludir a las actividades cuya titularidad corresponde con carácter exclusivo al Estado. El segundo significado es para referirse al conjunto de las relaciones jurídicas entre el Estado y los servidores públicos. Se trata, por lo tanto, de una expresión homófona en derecho público colombiano.

### 1. Función Pública: actividad cuya titularidad corresponde al Estado

Se entiende por funciones públicas aquellas actividades o potestades de interés general cuya titularidad corresponde al Estado, como expresión de la

soberanía y que están directamente relacionadas con el cumplimiento de sus fines esenciales como sistema de organización política y democrática.

Las funciones públicas pueden ser clasificadas a partir de diferentes criterios. Uno de ellos corresponde al principio clásico de separación de poderes y otro, al papel del Estado frente a la actividad económica. De conformidad con el primero, son funciones públicas: la función constitucional, la función legislativa, la función administrativa, la función judicial o la función de control fiscal. De acuerdo con la modalidad de actuación del Estado en la economía, de manera independiente al modelo económico de Estado, son funciones públicas, entre otras, las de planeación de la economía, la dirección general de la economía la regulación económica o la inspección, vigilancia y control de la actividad económica.

Desde ambas perspectivas, las funciones públicas resultantes de esas clasificaciones tienen sustento y referente constitucional expreso. Así, por ejemplo, el artículo 150.23 asigna al Congreso de la República la misión de expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos; el artículo 209 señala que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y que se desarrolla con fundamento en los principios teleológicos, funcionales y orgánicos allí previstos; el artículo 228 puntualiza que la administración de justicia es una función pública; en el mismo sentido, el artículo 267 establece que el control fiscal es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República.

Para la sentencia C-631/96:

*“La función pública implica 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. Se dirige a la atención y satisfacción de los intereses generales de la comunidad, en sus diferentes órdenes y, por consiguiente, se exige de ella que se desarrolle con arreglo a unos principios mínimos que garanticen la igualdad, la moralidad, la eficacia, la economía, la celeridad, la imparcialidad y la publicidad, que permitan asegurar su correcto y eficiente funcionamiento y generar la legitimidad y buena imagen de sus actuaciones ante la comunidad”*<sup>9</sup>.

9 Corte Constitucional. Sentencia C-631/96. M. P.: Antonio Barrera Carbonell.



Así, entonces, en la Constitución Política se usa la expresión “*función pública*” o su plural “*funciones públicas*” para denotar aquellas actividades de interés general cuya titularidad corresponde al Estado soberano y que tienen como finalidad el cumplimiento de sus fines esenciales.

Además del anterior, está previsto otro alcance constitucional a la misma expresión, atinente al régimen jurídico de los servidores públicos.

## 2. Función Pública: Relaciones laborales en el sector público

La expresión “*función pública*” es empleada igualmente en la Constitución colombiana para denominar el conjunto de principios y disposiciones que rigen las relaciones jurídicas entre el Estado y los servidores públicos. Este es el ámbito de regulación del Capítulo 2 del Título V, cuya denominación constitucional es precisamente ésa: “*De la Función Pública*”.

Es tan privilegiado el trato que la Constitución dispensa al Régimen de Función Pública que algo más de la mitad de los 380 artículos que la conforman contienen disposiciones sobre relaciones laborales en el sector público<sup>10</sup>.

Esta segunda acepción de “*función pública*” corresponde también a lo que se asigna a dicha expresión en otros ámbitos de actuación o de regulación interna, internacional o extranjera. En Colombia existe, por ejemplo, el Departamento Administrativo de la Función Pública, cuyo objetivo misional es el de “*formular políticas generales de administración pública, en especial en materias relacionadas con empleo público, organización administrativa, control interno y racionalización de trámites de la rama ejecutiva del poder público*”. Así mismo, y con el fin de atender actividades de naturaleza semejante o complementaria se vienen conformando las “*Secretarías de la Función Pública*” en algunos departamentos, distritos y municipios del país. Por su parte, en la V Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado, celebrada el 26 y 27 de junio de 2003 en Santa Cruz de la Sierra – Bolivia, se aprobó la “*Carta Iberoamericana de la Función Pública*”, documento en el cual se señala que “*La Función Pública está constituida por el conjunto de arreglos institucionales mediante los que se articulan y gestionan*

10 Ver: Pedro Alfonso Hernández. *Bases Constitucionales de Función Pública – Empleo público*. Ed. Jurídica Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2004. Las normas constitucionales se refieren a derechos y deberes de los servidores públicos, calidades, inhabilidades, incompatibilidades, requisitos, funciones, elementos del empleo público, períodos institucionales, condiciones para el ingreso, la permanencia, el ascenso o el retiro del servicio público, situaciones administrativas, régimen salarial y prestacional para los servidores públicos, taxonomías de los sistemas de carrera y autoridades que los administran y vigilan, entre otros asuntos.

*el empleo público y las personas que integran este, en una realidad nacional determinada*<sup>11</sup>.

La Constitución Política contiene, entonces, una segunda acepción de la expresión función pública, con la cual se alude a las relaciones laborales en el sector público colombiano.

Si bien es factible aludir a los dos escenarios en que hace presencia la expresión Función Pública, estas materias no resultan tan separables como pareciera, en la medida en que las funciones públicas, cuya titularidad corresponde al Estado, se atienden, en buena medida, a través del actuar de los servidores públicos.

Es más, de conformidad con los postulados generales del régimen de función pública, el empleo público no solo constituye el núcleo básico para el cumplimiento de las funciones públicas, en el entendido que las funciones del Estado se distribuyen entre niveles y entidades públicas y las de estas se desagregan a través de sus dependencias hasta llegar a los manuales de funciones, requisitos y competencias laborales por cargo si no que, en sentido contrario, al empleo le corresponde atender un propósito o finalidad: el cumplimiento de los fines del Estado y de los planes de desarrollo. Esta es la esencia del modelo funcional, del que es palmaria su presencia en el ámbito constitucional (artículos 6, 121, 122, 123, 150, 300 y 313, entre otros).

### **3. La noción de Función Pública ofrece una óptica del Derecho Disciplinario**

De acuerdo con lo señalado, dado que la expresión Función Pública tiene dos acepciones constitucionales diferentes, una relacionada con las funciones exclusivas y el papel del Estado y otra relacionada con el régimen jurídico de los servidores públicos, desde esta óptica, el Derecho Disciplinario es un componente del régimen jurídico del servidor público, cuya finalidad es el cumplimiento de las funciones y los fines del Estado.

En otras palabras, una de las acepciones de Función Pública constituye el fundamento y, la otra, expresa la finalidad del régimen disciplinario de los servidores públicos.

El artículo 22 del Código Disciplinario Único, aunque no representa la integración constitucional de función pública a la que se alude, sí constituye una aproximación legislativa de distinción entre los límites de la labor a cargo de

11 Centro Latinoamericano de Administración y Desarrollo (CLAD). *Carta Iberoamericana de la Función Pública*. Caracas, 2004.

los servidores públicos y la finalidad que se persigue con su actuación.

Según esa norma del C.D.U., lo que le corresponde al servidor público es: *ejercer los derechos, cumplir los deberes, respetar las prohibiciones y estar sometido al régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflictos de intereses, establecidos en la Constitución Política y en las leyes*<sup>12</sup>. Y, la finalidad que se persigue cuando el servidor público atiende esos mandatos es la de: *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*.

De esta manera, según lo bosquejado en esta primera parte, el régimen disciplinario de los servidores públicos es un componente del Derecho de la Función Pública, razón por la cual se evidencia una estrecha relación entre estos dos ámbitos constitucionales. Este es el enfoque del derecho disciplinario que se ha venido proponiendo y es el que orienta los comentarios que se hacen en esta ocasión.

## II. RELACIONES ESPECIALES DE SUJECIÓN: CATEGORÍA DOGMÁTICA SUPERIOR DEL DERECHO DISCIPLINARIO EN COLOMBIA

Si bien no cuenta con una incorporación constitucional o legislativa expresa, hay consenso en la doctrina y la jurisprudencia constitucional en cuanto a la presencia de las **relaciones especiales de sujeción** como una categoría inherente al ordenamiento disciplinario. No hay texto, cátedra o fallo que no parta de la necesaria presencia de esta figura jurídica en derecho disciplinario.

Recibe también otras denominaciones, según el énfasis que quiera hacerse en alguno de los tres elementos de la expresión. La expresión más usual parece ser “relaciones especiales de sujeción”. Algunos se refieren a las “Relaciones de especial sujeción” y, otros, aluden a las “relaciones de sujeción especial”. Para los fines de esta exposición, se asumen como expresiones equivalentes.

A continuación se transcriben extractos de las publicaciones nacionales más

12 Asumo que el conjunto de derechos, deberes, prohibiciones, inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de interés de los servidores públicos es una materia de su régimen jurídico, relacionada de manera directa con el empleo, cargo o función que desempeña, que bien podrían hacer parte del estatuto del servidor público y, desde allí, servir de insumo para verificar la eventual comisión de las faltas disciplinarias. Esta apreciación corresponde a la misma óptica, por ejemplo, de las faltas disciplinarias con ocasión de la contratación estatal, cuyas reglas no están en el C.D.U. sino en las leyes que desarrollan esa materia.

representativas en este tema específico, en las cuales se señalan las características básicas de las “*Relaciones Especiales de Sujeción – RES*”, catalogadas por la dogmática disciplinaria como la “*categoría dogmática superior del derecho disciplinario*”<sup>13</sup>.

Lo subrayado en cada caso es ajeno a los textos transcritos y tiene como objetivo resaltar los apartes de interés para ser comentados en apartes posteriores.

1. Se trata de la categoría jurídica que sirvió de fundamento para la estructuración de la “*Dogmática Disciplinaria*” en el país a comienzos de los años 80 y, desde entonces, es la figura que simboliza y representa la razón de ser del derecho disciplinario:

*“Desde la primera edición de nuestra “Dogmática del Derecho Disciplinario”, publicada en el año 2001, venimos insistiendo en que la “relación especial de sujeción es la categoría dogmática superior del Derecho Disciplinario”*<sup>14</sup>.

En la génesis de la figura de las relaciones especiales de sujeción, el funcionario no tenía derechos y los que llegare a tener, los entregaba todos al Estado y este podía hacer con el funcionario lo que a bien tuviera en cuanto a su relación laboral. Esas dimensiones de las relaciones Estado-funcionario han sido puestas de presente desde los inicios de la dogmática disciplinaria en el país:

*“Las Relaciones Especiales de Sujeción son unos vínculos especialmente estrechos entre una persona y el Estado, y que implicaron, en una época, que el individuo quedara a merced del poder; es decir, prácticamente el individuo no tenía derechos o entregaba todos sus derechos y el Estado podía hacer con él lo que a bien tuviere en cuanto a su relación laboral. Es un vínculo estrecho que hoy todavía subsiste y seguirá subsistiendo, solo que no con el contenido de arbitrariedad que tuvo en épocas pasadas”*<sup>15</sup>.

2. Las relaciones especiales de sujeción constituyen el criterio principal de imputación de la conducta disciplinable de los servidores públicos

13 No hay referencias a textos extranjeros porque las pretensiones de un estudio comparado superan, por ahora, los propósitos de esta aproximación a este tema.

14 Carlos Arturo Gómez Pavajeau. *Jurisprudencia y Dogmática Disciplinaria*. Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, D. C., 2013, pág. 102.

15 Carlos Arturo Gómez Pavajeau. *Dogmática del Derecho Disciplinario*. Universidad Externado de Colombia. 2ª edición, Bogotá, D. C., 2002, págs. 132-133.

y demarca también el ámbito de persecución del derecho disciplinario:

*“1.1.1. Las relaciones de especial sujeción*

*El sentido clásico de la expresión, ubicado en lo que se ha denominado la modernidad, surge a mediados del siglo XIX en Alemania, sin desconocer que históricamente la doctrina ha encontrado algunos antecedentes que se suelen situar en una época mucho anterior. Ese origen remoto de la institución es identificado con la relación de vasallaje de la antigua Germania, en la que el señor, o patrono y el vasallo se vinculaban mediante relaciones de tipo personal y familiar que encontraba en el principio de lealtad su principal fuente de solidez. Esa vinculación se concretaba en una relación de servicio del vasallo hacia el señor, en la que el primero ponía a disposición del segundo, su fuerza laboral.*

*En el absolutismo, aquella relación que era esencialmente privada muta su naturaleza de forma plena y se transforma en pública, de esta manera el vasallo queda sometido al poder del Estado. [...]*

*En la actualidad las relaciones de especial sujeción son fundamento del derecho disciplinario y se constituyen en el principal criterio de imputación de la conducta disciplinable, pues no solo determinan desde lo formal el vínculo existente entre el servidor público, el particular que cumple una función pública y el Estado, lo que implica la existencia de importantes compromisos, sino que además garantiza que sólo es pertinente formular una imputación en lo disciplinario cuando el comportamiento del agente entra en interferencia con la función, el servicio o cargo. [...]*

*En concreto, la relación de sujeción especial demarca también el ámbito de persecución del Derecho Disciplinario y determina la posibilidad de que un individuo sea sujeto pasivo de esa persecución. Esa relación de sujeción especial, diferencia en un alto margen el Derecho disciplinario del Derecho penal, [...]. En sede disciplinaria funciona como principio rector, en cuanto los servidores públicos y los particulares que cumplen función pública están comprometidos de forma particular y especial para con el Estado y con los*

*ciudadanos, pues a ellos compete garantizar y hacer efectivos los derechos fundamentales de los últimos*<sup>16</sup>. (Subrayado fuera de texto)

En una edición anterior de la misma obra, se asimilaba la categoría de las relaciones especiales de sujeción con la vinculación formal del servidor público o del particular, como sujeto disciplinable, con el Estado: *“Para la atribución de responsabilidad, para hacer la imputación de una conducta como falta a una persona, lo primero que tiene que establecerse es si existe el primer criterio jurídico de imputación en sede disciplinaria, esto es, la existencia de una previa relación de especial sujeción del imputado para con el Estado. Hay que determinar, previo a cualquier análisis, si el agente es sujeto activo de la falta, es decir, si es sujeto del derecho disciplinario”*<sup>17</sup>.

Si bien las relaciones especiales de sujeción tienen su origen en la época medieval, ellas tienen su auge en el imperio germánico, hacen tránsito al Estado absolutista y luego al Estado liberal de derecho. Hoy están presentes en el derecho disciplinario en Colombia y, para que armonicen con los postulados de la Constitución Política de 1991, deben corresponder con un criterio de relación de sujeción especial “flexibilizado”:

*Esta categoría de relación de sujeción especial, algunos la manejan con un criterio peyorativo propia del Estado Absolutista, hasta el punto de considerarla como propia de los regímenes de ultra derecha, pero en realidad, hay que enmarcarla, materializarla, desarrollarla y llevarla a la práctica, bajo los parámetros en los que se aplica el Derecho Disciplinario en Colombia, que es la Constitución Política del 91 y el modelo de Estado dominante. Es decir, es un criterio de relación de sujeción especial flexibilizado, pero que apunta a la concesión de garantías en favor de la persona que es sometida al proceso disciplinario”*<sup>18</sup>.

3. Para otros, las relaciones especiales de sujeción tienen amplio respaldo en los textos constitucionales tanto de Colombia como de España. Así lo estima, **por unanimidad**, la doctrina de ambos países:

16 Esiquio Manuel Sánchez Herrera. **Dogmática Practicable del Derecho Disciplinario. Preguntas y respuestas**. Ediciones Nueva Jurídica. Tercera edición. Bogotá D. C., 2012. Págs. 125-127. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá D. C., 2005, p. 24.

17 Esiquio Manuel Sánchez Herrera. **Dogmática Practicable del Derecho Disciplinario. Preguntas y respuestas**. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá D. C., 2005, p. 24.

18 Esiquio Manuel Sánchez Herrera. **Dogmática Practicable del Derecho Disciplinario. Preguntas y respuestas**. Ediciones Nueva Jurídica. Tercera edición. Bogotá D. C., 2012. Pág. 127.

### *“5. La Categoría Dogmática de las Relaciones Especiales de Sujeción en las Constituciones española de 1978 y colombiana de 1991*

*“... por unanimidad, la doctrina española y colombiana consideran que la base de los instrumentos normativos a través de los cuales se exterioriza el Derecho disciplinario y que sirven de fundamento para que se generen este tipo de relaciones especiales, se encuentra en la Constitución,...”.*

*“Vale la pena señalar que el Derecho disciplinario, su potestad y las relaciones especiales de sujeción, tienen claro respaldo supra legal (sic)...”*

*“... Los fundamentos constitucionales del derecho disciplinario, su potestad en cuanto conecta con la teoría, se derivan del contenido de los siguientes artículos: ... 1, 2.1., 4, 6, 13, 16, 29, 89, 95, 116.3, 118, 123.2, 124, 125.4, 152, 237.2.5., 209, 238, 256.3, 277.6 de la Constitución colombiana de 1991”.*

*“Representa esta disposición [art. 6° C.P.] la base normativa para distinguir, entre relaciones generales y especiales de sujeción desde la óptica de la responsabilidad de los ciudadanos y los servidores públicos, respectivamente”<sup>19</sup>.*

Además de la presencia en varios artículos de la Constitución, las relaciones especiales de sujeción tienen respaldo en un amplio número de sentencias de la Corte Constitucional y los desarrollos de la doctrina han servido a esa alta corporación judicial para fundamentar sus decisiones de exequibilidad de las normas del Código Disciplinario Único:

*“(...) la Corte Constitucional se ha pronunciado en varias ocasiones sobre la temática a propósito de los funcionarios, pero principalmente en el caso de los reclusos, así en las sentencias T-596/92, T-705/96, T-153/98, T-1108/02, T-1190/03, T-490/04, T-134/05, T-577/05, T-578/05, T-572/05, T-1145/05, T-133/06, T-361/06, T-983A /06, T-963/06 (...)”.*

*“(...) la Corte Constitucional, que a pesar del medio centenar de demandas de inconstitucionalidad que ha soportado la ley disciplinaria, la ha encontrado ajustada en casi su totalidad a la Constitución de 1991, gracias en gran*

<sup>19</sup> José Rory Forero Salcedo. *Fundamentos Constitucionales de la Potestad Disciplinaria del Estado Colombiano*. Universidad Libre, Bogotá, 2011, pp. 172 y 181.

*medida a la manera como la Doctrina ha venido perfilando la teoría de la Autonomía del Derecho Disciplinario, derivada de las relaciones especiales de sujeción”<sup>20</sup>.*

La teoría alemana de las relaciones especiales de sujeción justifica la limitación de derechos, libertades y garantías fundamentales tanto en el régimen disciplinario de los reclusos como en el de los servidores públicos:

*“(...) la teoría alemana de las relaciones especiales de sujeción ... explica no solo la relación de subordinación que existe entre el servidor público en el ámbito de la función pública asignada sino que justifica la potestad disciplinaria del Estado a través de esta nueva parcela jurídica, capaz de establecer y limitar derechos e imponer deberes, prohibiciones, (...)”.*

*“La teoría de las relaciones especiales de sujeción proporcionan un insumo dogmático importante para entender el fenómeno, en tanto explica el porqué de la limitación de los derechos fundamentales de los funcionarios públicos”.*

*“... la relación especial de sujeción en que se encuentran inmersos los funcionarios públicos y los deberes funcionales reforzados que tienen que soportar, limita ciertas libertades, derechos y garantías fundamentales”<sup>21</sup>.*

La limitación de derechos y garantías fundamentales en materia disciplinaria, a diferencia de la plenitud con la que rigen en derecho penal, tiene como finalidad evitar un exagerado garantismo a favor del sujeto disciplinable, lo cual conduciría a la impunidad:

*“Si el Derecho disciplinario se apoyara exclusivamente en los principios que informan el Derecho penal, trasladando categorías jurídicas como la tipicidad, antijuridicidad, ... culpabilidad, derecho de defensa, entre otros, sin ningún tipo de matización ni modulación, podría caer en un exagerado ga-*

20 José Rory Forero Salcedo. **Estado Constitucional: potestad disciplinaria y relaciones especiales de sujeción**. Instituto de Estudios del Ministerio Público. (IEMP) – PGN. Bogotá, 2007, p. 18.

21 José Rory Forero Salcedo. **Estado Constitucional: potestad disciplinaria y relaciones especiales de sujeción**. Instituto de Estudios del Ministerio Público. (IEMP) – PGN. Bogotá, 2007, pp. 22, 31 y 32.



*rantismo ante las pretensiones del inculpaado y dilación de la actuación disciplinaria, no distante de la impunidad”<sup>22</sup>.*

Las relaciones especiales de sujeción se soportan en un criterio de tradición pues han permanecido por más de dos siglos en las relaciones jurídicas entre el Estado y los servidores públicos:

*“... lo cierto es que existen y no solamente han perdurado por más de dos siglos [las RES], sino que han servido de fundamento para explicar en cierta forma la dinámica de la Administración Pública respecto de sus funcionarios ...”<sup>23</sup>.*

4. Algunos consideran que no se percibe la razón para que los servidores públicos gocen de una protección reforzada constitucionalmente y que nada justifica la exigencia de un proceso disciplinario garante en el grado más extremo:

*“..., no se ve la razón para que los servidores públicos gocen de una protección reforzada constitucionalmente, cuando deben enfrentar una investigación por la posible comisión de una falta. Su situación no es igual a la de quien va a ser reo de una pena corporal, por lo que nada justifica la exigencia de un juicio garante en el grado más extremo. (...)*

*“En los procesos disciplinarios debe anteponerse, en todo tiempo y circunstancia, el derecho que asiste a todos los habitantes a contar con servidores públicos realmente empeñados en el cumplimiento de sus deberes y obligaciones, lo que permite asegurar que debe primar este interés general sobre el particular del servidor público cuestionado. (...)*

*“A veces, cuando se pretende defender los intereses de los investigados, resulta que lo que se logra es mantener privilegios y prerrogativas que solo favorecen a los servidores públicos, o se mantienen en el cargo o se ordena*

22 José Rory Forero Salcedo. **Estado Constitucional: potestad disciplinaria y relaciones especiales de sujeción**. Instituto de Estudios del Ministerio Público. (IEMP) – PGN. Bogotá, 2007, p. 32.

23 José Rory Forero Salcedo. **Estado Constitucional: potestad disciplinaria y relaciones especiales de sujeción**. Instituto de Estudios del Ministerio Público. (IEMP) – PGN. Bogotá, 2007, p. 50.

*que se mantengan en él, con desmedro del buen servicio público, bajo un equivocado criterio de defensa de sus derechos laborales*<sup>24</sup>.

Agrega este autor que la especial relación de sujeción de los servidores públicos con el Estado y su deber con el interés general más que con el pleno ejercicio de sus derechos y garantías constitucionales, indica que la destitución de un funcionario es una medida únicamente de carácter laboral y el destinatario de la sanción no resulta tan afectado como pareciera por cuanto bien podrá dedicarse durante el tiempo de la inhabilidad general a sus negocios particulares y a sus propias empresas:

*“Con todo y pese a lo drástico de esta medida, la destitución, ella sigue siendo de carácter laboral, porque lo que hace es retirar de un empleo público a un funcionario que no debe pertenecer al mismo. Sin embargo, es obligado hacer notar que ello no significa la muerte, civil o laboral de la persona, quien podrá desempeñarse en otras áreas laborales económicas particulares, o en sus propias empresas o actividades profesionales*<sup>25</sup>.

5. Las relaciones especiales de sujeción permiten la distinción del derecho disciplinario con el derecho penal, explican su autonomía e independencia y son el fundamento para la aplicación matizada de los principios propios del derecho penal y la flexibilización de las garantías a los servidores investigados. Es la figura que hace posible predicar la aplicación de la potestad disciplinaria del Estado:

*“Las relaciones especiales de sujeción se constituyen en el fundamento dogmático sobre el cual descansa el derecho disciplinario, como forma de explicar su autonomía e independencia del derecho penal. En cuanto a la aplicación matizada de los mismos principios que operan en esta materia, esto es, la flexibilización de las garantías formales (reserva de ley) y materiales (tipicidad) del principio de legalidad.*

*“Esta noción es la que permite deducir con precisión, cuando un individuo tiene la calidad de sujeto disciplinable, y en que eventos es posible predicar la aplicación de la potestad disciplinaria del Estado. Pues esta entrelaza la vin-*

24 Fernando Brito Ruiz. Régimen Disciplinario. 4ª ed. Legis. Bogotá, 2012, pp. 4, 5, 69.

25 Fernando Brito Ruiz. Régimen Disciplinario. 4ª ed. Legis. Bogotá, 2012, p. 3.

*culación del sujeto con el Estado, en sus diversas modalidades; la limitación de sus garantías fundamentales debido a esta relación; y, el cumplimiento de los deberes funcionales inspirados en los principios constitucionales de la función administrativa”<sup>26</sup>.*

6. Con una apreciación diferente a las tres anteriores, las relaciones especiales de sujeción no pueden ser usadas para morigerar o flexibilizar derechos fundamentales de los investigados mientras no quede ejecutoriada la sanción disciplinaria.

*“En materia disciplinaria, mientras no se encuentre ejecutoriada una sanción, la tesis emblemática del derecho alemán imperial conocida como relaciones especiales de sujeción, no puede servir de pretexto para morigerar o flexibilizar los derechos fundamentales del investigado, dado que en estos casos es la misma Constitución Política y la Ley la que señala este tipo de limitaciones y restricciones a las garantías y derechos fundamentales. (...).*

*“El hecho de que las ‘Relaciones Especiales de Sujeción’ hayan tenido en el pasado una significación importante en la restricción del principio de legalidad y en la de los derechos fundamentales de la persona, hoy no puede aceptarse la misma posición, porque la misma irrespetaría la ‘dignidad humana’, establecida como condición prioritaria para la existencia del ‘Estado social de Derecho’, conforme a las previsiones contenidas en el artículo 1° de la Constitución Política de 1991”<sup>27</sup>.*

- 7) Las relaciones especiales de sujeción adquieren su dimensión en el marco constitucional y legislativo del régimen disciplinario y, la noción presente de la figura, está desligada de su concepción original, razón por la cual resultan innecesarias las referencias a las circunstancias en que la figura tuvo origen en la Alemania imperial. Desde esta óptica, no constituye categoría superior, como lo sostiene la dogmática discipli-

26 Nelson Hernández Mesa. Nociones del Concepto Relaciones de Sujeción Especial. En Colegio de Abogados en Derecho Disciplinario – CADD. Tomo II. Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá D. C., 2011, p. 135.

27 Jaime Mejía Ossman y David Alonso Roa Salguero. Las Relaciones Especiales de Sujeción en el Derecho. Colección Asuntos Disciplinarios IV. Ediciones Jurídicas Axel. Bogotá, D. C., 201. pp. 20-21.

naria, en cuanto corresponde sólo a una de las categorías regulares del régimen disciplinario de los servidores públicos.

*“En suma, de los términos y condiciones como la Constitución y la ley organizan la función pública se desprende una relación laboral o contractual que sujeta con mayor intensidad a los destinatarios de estas a la forma como deben realizar sus funciones, atendidos los fines del servicio al que acceden. La doctrina y la jurisprudencia denominan a los efectos jurídicos y materiales de estos términos y condiciones ‘relaciones especiales de sujeción’; sin embargo, se debe aclarar que estas no son una categoría superior y mucho menos autónoma, que explique de por sí la existencia del derecho disciplinario, sino que junto a este, integran el complejo entramado de la función pública con objetivos diferentes aunque entrecruzados. El fundamento que explica uno y otro concepto es entonces constitucional, y sus desarrollos son legales.*

*“Es obvio entonces que las relaciones especiales de sujeción son un derivado doctrinal de las regulaciones existentes sobre el ejercicio de las funciones públicas; es decir, son, desde la perspectiva del Estado, la forma como este ata a quien ejerce funciones públicas, para que las realice de la forma diseñada por aquel y no otra, y desde la otra perspectiva, a la forma como es condicionado su destinatario a hacer sus tareas públicas.*

*“... no es equivocado concluir que esta expresión [relaciones especiales de sujeción] se halla desligada de su significación original, lo cual constituye un motivo más que suficiente para que no siga siendo objeto del uso desmedido que circunstancialmente le vienen dando algunos autores, que casi deja de lado el nuevo contexto y razón de ser de ella. So pretexto de abundar con falsa erudición en los orígenes de dicha figura creyendo que con ella se ha descifrado la clave de bóveda de la legitimidad e identidad del derecho disciplinario, cuando esta se encuentra sin discusión alguna radicada en la Constitución Política y la ley, y salvo la coincidencia nominal que entre el antiguo y el moderno uso de la expresión existe, no hay otro elemento de conocimiento que permita apelar a su explicación histórica como abrebocas o introducción del estudio del derecho disciplinario”<sup>28</sup>.*

28 Carlos Mario Isaza Serrano. *Teoría General del Derecho Disciplinario. Aspectos históricos, sustanciales y procesales*. 2ª ed. Bogotá, Temis, 2009, págs. 53-54.

- 8) Las relaciones especiales de sujeción comprenden distintos tipos de relaciones, lo que impide tener una noción única de la figura.

*“No es posible entregar un concepto único de relaciones de sujeción especial en tanto la pluralidad de relaciones que concurren en su seno. Sin embargo, se pueden determinar ciertos criterios que permiten predecir que nos encontramos ante esta situación. Ellos se refieren a: relación, voluntaria o no, entre una persona natural o jurídica y la Administración o entre aquel y un particular que cumpla una función pública; entre los que exista una relación de subordinación funcional, ética o de cumplimiento de una obligación que sea necesaria para el desarrollo del Estado.*

*“El principal motivo por lo que es necesario definir si estamos en presencia de una relación de sujeción especial es el de precisar el modo de aplicar los postulados que presiden el poder disciplinario, ya que es aceptado que algunos postulados sean modulados; mientras que otros deben aplicarse sin ninguna matización. Así, los principios de culpabilidad y tipicidad permiten una relajación de su contenido, al aceptar el empleo de los numerus apertus y la responsabilidad objetiva respectivamente; mientras el principio de reserva de ley y proporcionalidad no aceptan que se rebajen sus garantías”*<sup>29</sup>.

En resumen, entre los autores nacionales, hay consenso que las relaciones especiales de sujeción constituyen una categoría jurídica que no solo hace parte integrante del derecho disciplinario sino que constituye su identidad frente al derecho penal, en el cual hacen presencia las relaciones generales de sujeción.

Se reconoce que si bien se trata de una figura jurídica que no está incorporada de manera expresa en el ordenamiento constitucional ni legislativo, sí tiene fundamento implícito en la Constitución Política, ante todo en el artículo 6° Superior.

En cambio, lo que se percibe de la revisión de los textos es que, en el medio académico, existe una amplia dispersión en cuanto a la noción y propósitos de esta figura jurídica. La siguiente es una síntesis de lo expuesto por los autores antes citados:

29 María Lourdes Ramírez Torrado. *Las Relaciones de Sujeción Especial en Colombia*. En Colegio de Abogados en Derecho Disciplinario - CADD. *Ensayos sobre Derecho Disciplinario*. Tomo III. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá D. C., 2013, pp. 123-124.

- Las relaciones especiales de sujeción constituyen la piedra angular o la categoría dogmática superior del derecho disciplinario<sup>30</sup>.
- Hacen parte del derecho disciplinario pero no constituyen una categoría especial, sino una figura jurídica común del ordenamiento constitucional<sup>31</sup>.
- Tienen pleno respaldo en las normas constitucionales en Colombia y en España. Además, han sido expuestas en un amplio número de fallos de la Corte Constitucional<sup>32</sup>.
- Para algunos, el fundamento está en los artículos 1º y 2º de la Constitución, para otros en el artículo 6º Superior<sup>33</sup>.
- Corresponden únicamente al vínculo entre el servidor público y la Administración, pero solo para efectos de la declaratoria de la responsabilidad disciplinaria. Si bien no hacen parte del ordenamiento constitucional, *“las relaciones de sujeción especial tienen aceptación constitucional en nuestro Estado social de derecho, pero única y exclusivamente como un vínculo entre el servidor público y la Administración para efectos de la declaratoria de responsabilidad disciplinaria”*<sup>34</sup>.
- Permiten la restricción o limitación de derechos y garantías constitucionales *“siempre y cuando esté de por medio una sanción, previa garantía del derecho fundamental al debido proceso”*<sup>35</sup>.
- Permiten determinar si el agente es sujeto activo de la falta disciplinaria, es decir, si es sujeto del derecho disciplinario<sup>36</sup>.
- Corresponden a un criterio de relación de sujeción especial flexibilizado<sup>37</sup>.
- Explica el porqué de la limitación o restricción de libertades, derechos y garantías a los disciplinados tanto a los internos en los centros carcelarios como a los servidores públicos en las entidades oficiales<sup>38</sup>.

30 Carlos Arturo Gómez Pavajeau.

31 Carlos Mario Isaza Gómez.

32 José Rory Forero.

33 José Rory Forero Salcedo.

34 David Alonso Roa Salguero. **La Relación de Especial Sujeción en el Derecho Disciplinario Colombiano**. En Colegio de Abogados en Derecho Disciplinario –CADD. **Ensayos sobre Derecho Disciplinario**. Tomo I. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá, D. C., 2010, pp. 108-109.

35 David Alonso Roa Salguero. **La Relación de Especial Sujeción en el Derecho Disciplinario Colombiano**. En Colegio de Abogados en Derecho Disciplinario –CADD. **Ensayos sobre Derecho Disciplinario**. Tomo I. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá, D. C., 2010, p. 106.

36 Esiquio Manuel Sánchez.

37 Esiquio Manuel Sánchez.

38 José Rory Forero.

- Sin matización o modulación en derecho disciplinario de los principios del derecho penal, se podría caer en un exagerado garantismo, no distante de la impunidad<sup>39</sup>.
- No se percibe la razón para que los servidores públicos gocen de una protección constitucional reforzada<sup>40</sup>.
- La destitución es una medida de carácter laboral que no impide que el exfuncionario se dedique a sus negocios o empresas particulares<sup>41</sup>.
- Impide morigerar o flexibilizar los derechos fundamentales del investigado porque sólo la Constitución y las leyes están legitimadas para señalar este tipo de limitaciones o restricciones a las garantías y derechos fundamentales<sup>42</sup>.

Esta dispersión tan grande entre los textos más autorizados muestra que hay tantas nociones de la categoría dogmática superior del derecho disciplinario, como autores hay en el medio. En otras palabras, que todos hablan de las relaciones especiales de sujeción pero cada uno tiene su propia idea de lo que ellas representan. Es decir, *“Las relaciones de sujeción especial no tienen un panorama muy claro, ni en la doctrina como tampoco en la legislación, aun cuando esta figura sea el núcleo duro del derecho disciplinario”*<sup>43</sup>.

En mi caso, como un aporte al caos, en ocasión anterior expuse que a partir del vínculo jurídico entre los servidores públicos y el Estado no existe una relación especial de sujeción:

*“Desde esta perspectiva estimo que a partir del vínculo jurídico entre el servidor público y el Estado no existe una relación de especial sujeción que imprima una connotación especial al régimen disciplinario que les aplica. En otras palabras, en el ámbito de los deberes funcionales no juegan un papel relevante las “relaciones especiales de sujeción” de los servidores públicos con el Estado”*<sup>44</sup>.

39 José Rory Forero.

40 Fernando Brito Ruiz.

41 Fernando Brito Ruiz.

42 Jaime Mejía Ossman y David Alonso Roa Salguero.

43 María Lourdes Ramírez Torrado. *Las Relaciones de Sujeción Especial en Colombia*. En Colegio de Abogados en Derecho Disciplinario - CADD. *Ensayos sobre Derecho Disciplinario*. Tomo III. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá D. C., 2013, p. 101.

44 Pedro Alfonso Hernández. *La Ilícitud Sustancial es una Categoría Autónoma en el Régimen Disciplinario. Algo más que conductas típicamente antijurídicas* de los servidores públicos. En Colegio de Abogados en Derecho Disciplinario. *Ensayos sobre Derecho Disciplinario*. Tomo I. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá D.C., 2010, pp. 41-74.

Así, entonces, para un sector de la doctrina y a manera de recapitulación, se tiene que lo instituido y comúnmente admitido en materia disciplinaria, las relaciones especiales de sujeción constituyen la categoría dogmática superior, que representan el fundamento del régimen disciplinario de los servidores públicos y faculta a las autoridades administrativas disciplinarias para que, en aras de la prevalencia del interés público, restrinja, limite o suspenda el ejercicio de derechos, libertades y garantías fundamentales que asistan a los sujetos disciplinables.

Los sujetos disciplinables no son destinatarios de plenas garantías, libertades y derechos fundamentales, a diferencia de los investigados en las actuaciones de carácter penal, debido a que en los procesos disciplinarios no está en juego la libertad personal de los funcionarios. Para que esa concepción armonice con la Constitución Política, hoy en día, a diferencia de lo instituido en el Estado absolutista, están previstas unas relaciones de especial sujeción pero flexibles.

Así mismo, la actuación disciplinaria conduce únicamente a la adopción de medidas de carácter laboral administrativo que, como en el caso más grave, la destitución, lo único que hace es retirar al servidor público de un empleo público y ese empleado, durante el lapso de la consecuente inhabilidad general, bien podrá dedicarse a sus actividades personales o a sus negocios y empresas particulares. Además, las relaciones especiales de sujeción constituyen un muro de contención contra las pretensiones de excesivo garantismo o de un “exagerado ritualismo” en desarrollo de los procesos disciplinarios, lo cual podría conducir a la impunidad. Nada justifica el reconocimiento de plenos derechos y garantías a favor de los investigados en un proceso disciplinario.

Se sostiene, igualmente, que las relaciones especiales de sujeción cuentan con fundamento específico en la Constitución Política, en la jurisprudencia constitucional y administrativa, en el derecho extranjero, en razones históricas por su presencia por más de dos siglos en Alemania y en los textos nacionales más autorizados en la materia. Además, corresponde a desarrollos científicos propios de la dogmática disciplinaria, que la hallan como la piedra angular del derecho disciplinario, con vocación universal<sup>45</sup>.

Por consiguiente, todo enunciado en materia disciplinaria que desvirtúe, se separe o controvierta los señalamientos trazados por la dogmática disciplinaria, deberá asumirse como manifestación contraria a la ciencia y, de paso, ajeno

45 Ver Carlos Arturo Gómez Pavaiseau. *Jurisprudencia y Dogmática Disciplinarias*. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá, 2013.



a lo científico y será merecedor de advertencias, reproches o comentarios como el siguiente:

*“Tal afirmación tiene como soporte la ya aceptada posición de la necesidad del estudio dogmático del Derecho Disciplinario, esto es, la aplicación de aquel método de interpretación que le otorga rango científico al estudio del derecho, toda vez que evita en mayor medida que los resultados de la aplicación de la ley se vean afectados por la subjetividad, la política, la coyuntura y el azar, pero de manera especial supone sustraerla de la subsunción casuística de hechos en normas y del pseudo método vergonzante del empirismo intuitivo, personalista y acomodaticio, muy generalizado en nuestro medio”<sup>46</sup>.*

A pesar de las reacciones que se puedan generar, al igual que las que se suscitaron en ocasión anterior en la cual expuse algunas consideraciones en torno a la improcedencia de las “*conductas típicamente antijurídicas*”, que impregnaron la aplicación práctica del C.D.U. en sus primeros años y que en la actualidad en ocasiones siguen haciendo presencia en materia disciplinaria<sup>47</sup>, señalo a continuación las razones por las cuales considero que las **relaciones especiales de sujeción**, como categoría dogmática superior del derecho disciplinario, riñen con los postulados del Estado social y democrático de derecho previsto en la Constitución Política de 1991.

### III. LAS INCONSISTENCIAS DE LAS RELACIONES ESPECIALES DE SUJECIÓN: POR LA PLENA VIGENCIA DEL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

La estructura descrita sobre las relaciones especiales de sujeción admite tres cuestionamientos. **Uno** de ellos, relacionado con los alcances que los textos citados dan a los fallos de la Corte Constitucional para sustentar esa categoría dogmática; **otro**, en la interpretación que se hace del artículo 6° de la Constitución Política para presentarlo como el fundamento constitucional de las

46 Carlos Arturo Gómez Pavajeau. “El Derecho Disciplinario en Colombia – estado del arte”. Ponencia presentada en el Congreso de Derecho Disciplinario organizado por el Colegio de Derecho Disciplinario, México, 2010. En: [http://www.colegioderechodisciplinario.com/a\\_gomez.html](http://www.colegioderechodisciplinario.com/a_gomez.html)

47 Ver Pedro Alfonso Hernández. *La Ilícitud Sustancial es una Categoría Autónoma en el Régimen Disciplinario. Algo más que conductas típicamente antijurídicas*” de los servidores públicos. En Colegio de Abogados en Derecho Disciplinario. *Ensayos sobre Derecho Disciplinario*. Tomo I. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá D. C., 2010, pp. 41-74.

relaciones especiales de sujeción en el régimen disciplinario de los servidores públicos y, **el tercero**, para señalar que la pretensión de matización, restricción o limitación de libertades, derechos y garantías fundamentales a los servidores públicos investigados disciplinariamente riñe con los postulados de la Constitución Política de 1991.

En complemento de las inconsistencias que reflejan las relaciones especiales de sujeción en el régimen disciplinario de los servidores públicos, se mencionan algunos escenarios en los cuales tal vez sí aplique esta categoría jurídica.

## 1. Las sentencias de la Corte Constitucional y las relaciones especiales de sujeción

Según lo resaltan algunas de las publicaciones citadas en el apartado anterior, las relaciones especiales de sujeción, como categoría dogmática superior del Derecho Disciplinario, tienen su fundamento en múltiples fallos de la Corte Constitucional y en algunas sentencias del Consejo de Estado. Los fallos judiciales más citados son los siguientes: “*T-596/92, T-705/96, T-153/98, T-1108/02, T-1190/03, T-490/04, T-134/05, T-577/05, T-578/05, T-572/05, T-1145/05, T-133/06, T-361/06, T-983A /06, T-963/06*”<sup>48</sup>.

Al revisar esas sentencias de la Corte Constitucional que sirven de fundamento a las relaciones especiales de sujeción, se tiene que ellas hacen parte de dos grupos diferentes. De una parte, están las que aluden a la relación de subordinación laboral de carácter especial de los servidores públicos frente al Estado. De otra parte, están los fallos judiciales que se refieren a la suspensión, restricción o limitación de derechos y garantías fundamentales, por razones disciplinarias, de internos o reclusos en centros carcelarios.

Al exponer la categoría dogmática de las relaciones especiales de sujeción los textos fusionan esos dos componentes de la jurisprudencia constitucional para elaborar la siguiente estructura en derecho disciplinario: si, **de una parte**, en materia disciplinaria resulta legítima la restricción de libertades y garantías y la suspensión o limitación de derechos fundamentales a los reclusos debido a la relación de especial sujeción que tienen frente al centro carcelario y si, **de la otra**, a los servidores públicos los ata una relación de especial sujeción con el Estado, entonces, en materia disciplinaria, resulta procedente también la restricción de libertades y garantías y la limitación de derechos fundamentales

48 José Rory Forero Salcedo. **Estado Constitucional: potestad disciplinaria y relaciones especiales de sujeción**. Instituto de Estudios del Ministerio Público. (IEMP) – PGN. Bogotá, 2007, p. 18.

a los servidores públicos en los procesos administrativos disciplinarios. Por supuesto, –se agrega–, dicha restricción, atenuación, flexibilidad o matización se da dentro del marco democrático de la Constitución de 1991.

De manera diferente a lo expuesto, en mi criterio, cuando la condición de un servidor público investigado en un proceso disciplinario se asimila con la condición de un recluso como sujeto disciplinable en un centro carcelario, es del caso expresar que esa apreciación riñe con el modelo democrático y con el respeto de la dignidad humana previstos en la Constitución Política de 1991.

Es decir, que constitucionalmente resulta improcedente que se asimile la lógica disciplinaria de los servidores públicos con los requerimientos disciplinarios en un centro cancelario. Desde el principio de la libertad individual y del derecho a la igualdad de trato, corresponden a dos escenarios completamente diferentes que exigen una aproximación distinta pues la finalidad que persigue el régimen disciplinario en un centro carcelario, relacionada con asuntos de seguridad personal, higiene, convivencia y de orden interno, no coincide con la finalidad en procura de la consecución de los fines y objetivos del Estado que le es propio al régimen disciplinario de los servidores públicos.

Por ello, como la Constitución Política no prevé la modulación, morigeración, atenuación, flexibilidad, reducción, matización o relativización de derechos fundamentales sino sólo a través de la ley, con rigurosos criterios de razonabilidad y proporcionalidad, jamás por autoridades administrativas, entonces las relaciones especiales de sujeción, como categoría dogmática superior del derecho disciplinario, con génesis en la Alemania Imperial, riñe, desde su concepción, con un derecho disciplinario democrático, en que primen y sean irreductibles la libertad y los derechos fundamentales que asisten a la persona que tenga la calidad de servidor público investigado.

Además, si todas las expresiones del *ius puniendi* tienen fundamento constitucional, corresponde aplicar, de manera directa, esos mandatos superiores y abandonar el relativismo, modulación o flexibilidad de garantías, libertades y derechos fundamentales de los servidores públicos disciplinados que promulgan las relaciones especiales de sujeción, porque la Constitución no separa unos derechos y garantías para el juicio penal y otros para el debido proceso administrativo disciplinario.

Por el contrario, la Constitución prevé, en igualdad de condiciones, el debido proceso, el derecho a la defensa, la presunción de inocencia, la duda razonable a favor del investigado, la dignidad humana, la favorabilidad y la interpretación más favorable, entre otros, en toda actuación judicial o administrativa. Ello rige, por supuesto, de manera plena en el derecho disciplinario.

De esta manera, los fallos de la Corte Constitucional invocados por dichos textos disciplinarios no representan la fuente jurisprudencial para fundamentar las relaciones especiales de sujeción pues la mayoría de los fallos citados aluden a la legítima y admisible limitación o restricción de la libertad individual y de derechos fundamentales de los internos de los centros carcelarios. Además, si el legislador no establece ninguna limitación a tales derechos y garantías fundamentales, no le corresponde hacerlo a las autoridades administrativas disciplinarias.

## 2. El artículo 6° de la Constitución Política y las relaciones especiales de sujeción

Es usual que se afirme que mientras los particulares se vinculan por relaciones generales de sujeción con el Estado, los servidores públicos lo están por relaciones especiales de sujeción. Se invoca el artículo 6° de la Constitución Política como el fundamento normativo superior de tal apreciación.

Considero que el artículo 6° de la Constitución no contiene los dos enunciados normativos que le suelen dar: uno de ellos, que los servidores públicos lo tienen todo prohibido, excepto lo permitido, y el otro, que allí se prevé la distinción entre las relaciones generales de sujeción de los particulares y las relaciones especiales de sujeción de los servidores públicos<sup>49</sup>. Por el tema de la ponencia, voy a referirme solo al segundo aspecto.

El contenido del artículo 6° es distinto al que se le asigna en derecho disciplinario. Dice la norma: *“Art. 6°. Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”*.

Es decir, el artículo 6° establece dos ámbitos de responsabilidad de los servidores públicos. **El primero**, en el que, al igual que los particulares, responden por la infracción de la Constitución y de las leyes. Este aspecto armoniza con lo previsto en el artículo 95 Superior, según el cual, *“Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes”* y en ello están incluidos los servidores públicos. **El segundo**, que corresponde a aspectos específicos de su actuación

<sup>49</sup> Por ejemplo, José Rory Forero Salcedo, al comentar el artículo 6° de la Constitución, señala que *“Representa esta disposición la base normativa para distinguir entre relaciones generales y especiales de sujeción desde la óptica de la responsabilidad de los ciudadanos y los servidores públicos, respectivamente”*. En *Fundamentos Constitucionales de la Potestad Disciplinaria del Estado Colombiano*. Universidad Libre, Bogotá, 2011, p. 181.

laboral como servidor público, en el que responden por la omisión o la extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

Por consiguiente, en materia de responsabilidad la distinción que hace el artículo 6° de la Constitución entre los particulares y los servidores públicos corresponde a la “*omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones*”, la cual incumbe únicamente a los servidores públicos, porque el otro componente es común para ambos.

De esta manera, si se tienen en cuenta las inferencias de algunos textos de derecho disciplinario, según las cuales en el artículo 6° de la Constitución están previstas las relaciones generales de sujeción para los particulares y las relaciones especiales de sujeción para los servidores públicos, se concluiría entonces lo siguiente: i) Que las relaciones generales de sujeción están relacionadas con la infracción de la Constitución y de las leyes, en cuanto de ello es por lo que son llamados a responder los particulares; y, ii) Que las relaciones especiales de sujeción están relacionadas tanto con la infracción de la Constitución y de las leyes como con la omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones a cargo de los servidores públicos, porque de ambos aspectos es que ellos son llamados a responder.

Es decir, que la infracción de la Constitución y de las leyes es referente tanto de las relaciones generales de sujeción como de las relaciones especiales de sujeción o que la omisión y extralimitación en el ejercicio de las funciones a cargo de los servidores públicos es lo que, en esencia, identifica a las relaciones especiales de sujeción.

Como esas conclusiones carecen de contenido por cuanto la fuente de responsabilidad disciplinaria de los servidores públicos está en uno y otro componente del artículo 6° de la Constitución, me parece, entonces, que esta norma Superior no sirve de soporte constitucional para la presencia de las relaciones especiales de sujeción en el derecho disciplinario.

Es decir, que el artículo 6° de la Constitución no permite deslindar la naturaleza de la responsabilidad disciplinaria de los servidores públicos al compararlos con el ámbito general de responsabilidad de los particulares, por cuanto, en este tema, no resultan ser elementos correspondientes dado que tanto los unos como los otros son destinatarios de la misma fuente de responsabilidad, es decir la infracción de la Constitución y de las leyes.

Por consiguiente, así como resulta inapropiado establecer el contraste entre la descentralización y el carácter unitario de Estado cuando se abordan los elementos del artículo 1° de la Constitución Política<sup>50</sup>, de la misma manera

50 Ver Pedro Alfonso Hernández. *Descentralización, Desconcentración y Delegación en Colombia*. Legis, Bogotá, 1999.

resulta inapropiado pretender fundar la categoría dogmática de las relaciones especiales de sujeción en la distinción que el artículo 6° hace en materia de responsabilidad entre los particulares y los servidores públicos, por cuanto, en este ámbito, no son elementos correspondientes entre sí. Es decir, **no puede hacerse la distinción a partir de los aspectos que le son comunes.**

### 3. Dos interpretaciones del artículo 6° de la Constitución

El artículo 6° de la Constitución admite dos interpretaciones frente a la responsabilidad disciplinaria de los servidores públicos.

Según una lectura gramatical, el artículo 6° establece una separación de acuerdo con la fuente normativa en la que se establezcan las conductas que sean objeto de reproche disciplinario a los servidores públicos. De un lado, son responsables por la infracción de las normas constitucionales y legislativas y, de otro lado, son responsables por la omisión o la extralimitación en el ejercicio de sus funciones, las que estén establecidas en normas de rango inferior a la Constitución o la ley, porque si se trata de funciones señaladas en la Constitución o en la ley, harán parte del grupo anterior. Pero, ¿cómo proceder cuando se trata de la omisión o extralimitación de funciones señaladas en la Constitución o la ley? ¿A cuál de los dos ámbitos de responsabilidad corresponderá esa conducta? ¿A la infracción de la Constitución y las leyes o a la omisión o extralimitación de las funciones a su cargo?

Una lectura sistemática trascendería la separación gramatical de los componentes del artículo 6° e indicaría que la Constitución establece dos ámbitos materiales de responsabilidad de los servidores públicos. Uno de ellos, conformado por aquellos tipos de conductas que le son igualmente reprochables a los particulares y, el otro, por las conductas relacionadas con el contenido funcional del empleo, cargo o condición que le otorga la calidad de servidor público.

Es decir, si el criterio de distinción fuera el tipo de norma infringida (lectura literal), perdería toda eficacia la separación que hace el artículo 6° porque las funciones de los empleos, en desarrollo de lo previsto en el artículo 122 de la Constitución, están señaladas en la Constitución o en la ley. En efecto, de una parte, las funciones de varios empleos y cargos públicos están señaladas en la Constitución<sup>51</sup>; de otra parte, es significativo el número de empleos y cargos

51 Es el caso, por ejemplo, de los empleos y cargos del Presidente de la República, magistrados de las altas corporaciones judiciales, Fiscal General de la Nación, Contralor General de la República, Procurador General de la Nación, Defensor del Pueblo, Registrador Nacional del Estado Civil, contralores territoriales, gobernadores, diputados, gobernadores, concejales, alcaldes, entre otros.

públicos cuyas funciones están señaladas en la ley<sup>52</sup> y, finalmente, la ley establece, tanto para empleos del orden nacional como para los del nivel territorial, las funciones generales en consideración al nivel jerárquico al que pertenezcan<sup>53</sup>. Por ende, todos los empleos y cargos públicos, sin excepción, tienen funciones señaladas en la Constitución o en la ley.

Entonces, desde la segunda lectura del artículo 6º, lo trascendente no es el tipo de norma que establezca las conductas objeto de reproche disciplinario sino el contenido material de las mismas. Por consiguiente, si las funciones a cargo del servidor público están señaladas en la Constitución o en la ley, el referente del reproche correspondiente hará parte del segundo componente del artículo 6º por cuanto el ejercicio de funciones constituye el elemento diferenciador de los servidores públicos frente a los particulares, a menos que, con ocasión de tales funciones, se trate de conductas que le serían igualmente reprochables a los particulares. Por ejemplo, las que, con ocasión de la omisión o extralimitación de sus funciones, puedan corresponder a conductas señaladas en el numeral 1º del artículo 48 del Código Disciplinario Único.

En consecuencia, si la Constitución separa estos dos ámbitos de responsabilidad de los servidores públicos, el legislador debería igualmente separar tanto las conductas como las consecuencias de las faltas disciplinarias en que incurra el servidor público, según correspondan a uno u otro campo. Y sería esperable que así fuera, en tanto no deberían generar las mismas consecuencias aquellas conductas que, en lo correspondiente, serían igualmente reprochables a los particulares, que aquellas inherentes únicamente al ejercicio de las funciones propias su cargo o condición.

Este criterio adicional de interpretación previsto en el artículo 6º Superior se torna vinculante para las autoridades administrativas disciplinarias en aplicación de lo dispuesto por los artículos 4 y 5 de la Constitución.

#### **4. La suspensión o limitación de libertades, garantías y derechos fundamentales del investigado y las relaciones especiales de sujeción**

En la segunda parte se describe cómo, en derecho disciplinario, se admite por algunos que las relaciones especiales de sujeción cimenten la potestad del

52 Por ejemplo, los representantes legales de las entidades y organismos públicos del nivel nacional o territorial, directores de control interno y personero municipal.

53 Entre otros, los decretos ley 770, 785 y 2772 de 2005.

Estado de limitar derechos fundamentales de los servidores públicos; justifiquen por qué los servidores públicos tengan que soportar limitaciones de ciertos derechos, libertades y garantías y admitan la matización o modulación de los principios del derecho penal en el derecho disciplinario y la ausencia de una protección constitucional plena a favor de los sujetos disciplinables.

De manera diferente a lo anterior, estimo que resulta contraria al principio democrático la estructuración del derecho disciplinario que se funde en la modulación, matización o flexibilización de libertades y garantías constitucionales y de derechos fundamentales de los servidores públicos por parte de las autoridades administrativas disciplinarias.

Además, lo que resulta de interés para el Estado social de derecho no es que se menos valúe a sus servidores públicos sino, por el contrario, que se les ubique en el sitio de privilegio que ellos representan dentro de la sociedad. Es de la esencia del Estado social de derecho el posicionamiento de sus servidores públicos por cuanto la valorización de éstos se reporta, de manera directa, en la valoración y la legitimidad del propio Estado.

Con base en las relaciones especiales de sujeción, resulta ser paradójico que quien actúe como autoridad disciplinaria, parta del presupuesto que él mismo, como servidor público, tampoco sea destinatario de plenas libertades, garantías y derechos fundamentales que en su favor también consagra la Constitución Política.

Por ello, desde la óptica de las relaciones especiales de sujeción no deja de ser una ironía que sean los propios servidores públicos los que, cuando actúan como autoridades disciplinarias, vean a sus congéneres disciplinados como seres de menor valor y condición que los que ellos ostentan como representantes del Estado en ejercicio de la acción disciplinaria.

Toda sanción disciplinaria que se imponga a un servidor público, por pequeña que parezca, es invasiva de su intimidad, dignidad y condición humana. Por lo tanto, la autoridad disciplinaria debe ser muy cuidadosa en el respeto de los derechos, libertades y garantías propias de cada juicio y debe tener siempre presente que la Constitución Política le impone cautela al tomar sus determinaciones, pues en aras de las políticas contra las malas prácticas y la corrupción no podrán incurrir en daños colaterales, en sanciones “eventuales”, es decir, por el solo hecho de estar ahí, en el momento y en el sitio inapropiado.

Si bien parecieran consistentes y armónicas con el ordenamiento jurídico las consideraciones de quienes estiman que a un servidor público no le asisten plenos derechos ni plenas garantías constitucionales en el proceso disciplinario y que se le puede retirar del empleo público e impedir que interactúe labo-



ralmente con el Estado por un lapso superior a 10 años, dado que se trata solamente de medidas de carácter laboral en un ambiente de especial sujeción frente al Estado, que no impiden que se dediquen a sus actividades personales o a sus negocios o empresas particulares, desde el enfoque constitucional del Derecho de la Función Pública resulta imperativo decirles a quienes así promulgan y difunden su pensamiento, que se equivocan de manera grave y que su lectura del derecho disciplinario infringe caros mandatos superiores como los referidos en párrafos precedentes.

Para quienes han resuelto ser funcionarios como opción de vida, la destitución e inhabilidad general no es un asunto laboral de menor impacto. Se trata de la alteración irreparable de su proyecto de vida y el de los que de él dependen. Póngase usted, quien funja como autoridad disciplinaria o como servidor público por vocación, en el escenario personal de asumir su proyecto de vida y el de los suyos sin tener contacto alguno con el Estado a través de un empleo público o de un contrato estatal por un término de 10 a 20 años, para que dimensione si la destitución es o no un asunto solamente de carácter laboral, que resulta intrascendente al orden constitucional. Este asunto fáctico no es científico, por carecer de método universal, pero representa una realidad incuestionable en estas economías.

Contrario a lo difundido en el texto citado, la destitución tiene relevancia constitucional, con la potencialidad de alterar, de manera radical, la calidad de vida digna del disciplinado y la de su núcleo familiar, la libertad de profesión u oficio, el derecho fundamental al trabajo, el libre desarrollo de la personalidad, los derechos políticos y los derechos prevalentes de los menores. Por ello, la destitución sólo puede imponerse a quien amerite dicha sanción pero con el respeto pleno de las formalidades, los derechos fundamentales y las garantías constitucionales propias del proceso disciplinario. Se debe tener en cuenta siempre que las autoridades administrativas disciplinarias no son las llamadas a limitar o condicionar el pleno ejercicio de los derechos y las garantías fundamentales que asisten a los servidores públicos, por corresponder a ámbitos de protección constitucional a favor de la dignidad que asiste a todas las personas.

Los artículos 1º, 2º, 4º, 5º, 13, 25, 40, 53, 85, 93, 122, 123, 125 y 130 de la Constitución, entre otros, contienen la expresión democrática en las relaciones laborales en el sector público. Se desconoce ese andamiaje, en el cual, por un lado, el ingreso, la permanencia, el ascenso y el retiro del servicio constituyen una de las más claras evidencias del principio democrático, justamente en las relaciones laborales de los servidores públicos pero, por el otro lado, con figuras importadas de manera acrítica y ajenas al modelo democrático, no solo en

su génesis sino en su concepción y comprensión, se busca preservar unas relaciones de sujeción en las cuales se resta valor a la persona y se altera la integridad de su dignidad como ser humano. Las relaciones especiales de sujeción son una figura jurídica extraña al principio democrático y resulta insuficiente para acogerlas, que se proponga que la restricción de derechos y garantías de los servidores públicos se lleve a cabo de manera flexible dentro de los postulados que determina la Constitución de 1991.

Se acoge lo expuesto por Carlos Mario Isaza<sup>54</sup>, quien señala que los fundamentos que dieron origen a las relaciones especiales de sujeción resultan ajenos al modelo de Estado previsto en la Constitución de 1991, razón por la cual es inviable la postura en el tema, según la cual las relaciones especiales de sujeción son las que permiten matizar, modular o morigerar los derechos y garantías que asisten a los servidores públicos investigados en una actuación disciplinaria. La invocación del marco constitucional actual para adecuar las relaciones especiales de sujeción no es suficiente para legitimar la figura ni para garantizarle su vigencia.

Si la presencia por más de dos siglos en Alemania y luego en Francia, Italia y España se esgrimiera como argumento para invocar la legitimidad y la vigencia de las relaciones especiales de sujeción en el derecho disciplinario colombiano, desde esta óptica se respondería que las instituciones o los modelos políticos o económicos no resultan vigentes *per se* en consideración a su antigüedad. La edad media duró cerca de 13 siglos y ello no fue obstáculo para superarla. En tiempos modernos, igual pasó con el comunismo, el modelo interventor, la política de sustitución de importaciones o el neoliberalismo, por ejemplo, en los que sus años de presencia no fueron suficientes para evitar dejarlos atrás.

En síntesis, desde esta perspectiva, no se asume que las relaciones especiales de sujeción sean la piedra angular ni la categoría dogmática superior del derecho disciplinario por reñir con el Estado social y democrático previsto en la Constitución de 1991.

## 5. La subordinación laboral de los servidores públicos y las relaciones especiales de sujeción

Subordinación es diferente de sujeción. La **subordinación** es un elemento de la relación laboral, en el sector público o en la empresa privada. El servidor

54 Carlos Mario Isaza Serrano. *Teoría General del Derecho Disciplinario. Aspectos históricos, sustanciales y procesales*. 2ª ed. Bogotá, Temis, 2009.

público no está sujeto al Estado ni está sujeto por el Estado, menos aún por una “Relación de Sujeción Especial”, sino que, frente al Estado, se establece una relación de subordinación, de jerarquía, de orientación o de dependencia.

La **sujeción**, por el contrario, es, como lo define el Diccionario de la Lengua Española, la acción de sujetar, es “*Someter al dominio, señorío o disposición de alguien*”, es “*Afirmar o contener algo con la fuerza*”.

Los centros carcelarios o los manicomios sí podrían constituir escenarios en los que hagan presencia unas relaciones de especial sujeción entre lo internos y el respectivo establecimiento.

Para mantener el orden y la disciplina en esos particulares espacios en donde hacen presencia las relaciones de **sujeción especial** de los disciplinados frente a la autoridad que los vigila, controla o asegura la convivencia interna, el ordenamiento constitucional admite el uso legítimo de tranquilizantes, medidas de aislamiento, decomisos, requisas, camisas de fuerza, esposas o el uso de la fuerza física. Pero, todas ellas, son expresiones ajenas al régimen disciplinario de los servidores públicos.

Así, entonces, la relación de **subordinación laboral** a que aluden las sentencias de la Corte Constitucional citadas en algunos de los textos en referencia, no son comparables con las relaciones de **sujeción especial** de los internos en los centros carcelarios o en los manicomios. La subordinación del servidor público es, por el contrario, un elemento propio de la relación laboral con el Estado. No es la sujeción especial frente al Estado, cualidad que le dio origen a las relaciones especiales de sujeción.

Por ello, no me parece apropiado que algunos de los textos que desarrollan la figura jurídica de las relaciones especiales de sujeción, sin hacer ninguna distinción o aclaración, transcriban indistintamente apartes de fallos de la Corte sobre aspectos disciplinarios en centros carcelarios y sobre temas de la subordinación laboral de los servidores públicos, con el sólo elemento literal común de tener, en cada caso, una “*relación especial*” con el centro carcelario o con la entidad pública, siendo ellos espacios tan disímiles entre sí.

Por lo anterior, la subordinación laboral del servidor público hay que compararla con su elemento correspondiente y ese referente no es la sujeción especial de los internos en centros carcelarios, sino la subordinación de las relaciones de trabajo en el sector privado, por ser, estos sí, elementos correspondientes. Desde esta óptica, el régimen disciplinario de los servidores públicos, al igual que las reglas disciplinarias en la empresa, tendrán como común denominador que las legitima, la subordinación laboral frente a su empleador. La diferencia para el servidor público frente al trabajador del sector privado, la

dispensa la misión de servir a la comunidad que le asigna el artículo 123 de la Constitución, en el marco del Estado social de derecho.

A partir de este criterio, se esbozan a continuación los lineamientos que identifican la categoría constitucional que postulo en reemplazo de las relaciones especiales de sujeción. Con dicha categoría propongo sustituir la sumisión por la misión de los servidores públicos en el Estado social y democrático de derecho.

#### IV. PROPUESTA PARA ABANDONAR LAS RELACIONES ESPECIALES DE SUJECCIÓN EN DERECHO DISCIPLINARIO: PROMOVER LA MISIÓN MÁS QUE LA SUMISIÓN DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS

La propuesta es abandonar la categoría dogmática de las relaciones especiales de sujeción en derecho disciplinario y reemplazarla por una figura diferente, prevista en la Constitución Política, para valorar el papel del servidor público en el Estado social y democrático de derecho.

Esa categoría está prevista en el artículo 123 de la Constitución y resalta el papel del servidor público en el cumplimiento de los fines esenciales del Estado. Esa norma Superior establece que el servidor público tiene una doble condición, en tanto está al servicio del Estado y **al servicio de la comunidad**.

En relación con estas dos dimensiones del servidor público, en ocasión anterior se expuso lo siguiente:

##### *1.2. Características de los servidores públicos: actuación con doble papel en el libreto*

*El artículo 123 de la Constitución señala las dos características que identifican a los servidores públicos: están al servicio del Estado y al servicio de la comunidad. En mi criterio, estas son las principales características de cada dimensión.*

*El Servidor Público está al servicio del Estado. Denota la vinculación jurídica del servidor público con el Estado, a través de nombramiento, elección o contrato de trabajo. Expresa su condición de miembro de corporación pública, empleado o trabajador del Estado, que labora para éste y hace parte de la planta de personal o de la nómina oficial. Constituye el fundamento de los elementos de su relación laboral: prestación personal del servicio, remu-*

*neración y subordinación o del régimen de ingreso, permanencia y retiro del servicio, entre otros aspectos.*

*El Servidor Público está al servicio de la comunidad. Expresa la connotación política del servidor público. Corresponde a la personificación del Estado en tanto la actuación de éste se presenta a través de las actuaciones de sus agentes. Cuando el servidor público actúa en cumplimiento de sus funciones, quien actúa es el Estado.*

*Las mencionadas características constitucionales del servidor público, junto con las características del empleo o cargo público, sirven de referente para estructurar la siguiente propuesta de distinción entre deber funcional y deberes funcionales en el derecho disciplinario”<sup>55</sup>.*

El servidor público es un integrante de la comunidad que, por sus calidades y sus méritos especiales, es vinculado con el Estado para servir a la propia comunidad de la cual hace parte.

De esta manera, si se articula el carácter de Estado social de derecho y de sus fines (arts. 1º y 2º de la Constitución), por un lado, y la calidad del servidor público que está al servicio de la comunidad, que es la razón de ser de su oficio, (art. 123 de la Constitución), por el otro, entonces podría tenerse ahí la categoría que reemplace a las relaciones especiales de sujeción en el derecho disciplinario puesto que lo que identifica al derecho disciplinario –de los servidores públicos– de otros ordenamientos disciplinarios –como los de la empresa privada, los colegios de profesionales, la escuela o la universidad–, es garantizar la efectividad y la realización de los fines esenciales del Estado social de derecho.

En concreto, la categoría constitucional que propongo para soportar el andamiaje disciplinario en el Estado social de derecho es “la calidad del servidor público al servicio de la comunidad”.

De esta manera, al destacar que los servidores públicos están al servicio de la comunidad se exalta su papel en el cumplimiento de los fines del Estado pues, al fin de cuentas, es a través de su actuación como el Estado, en buena medida, busca el cumplimiento de su papel y de sus fines.

55 Pedro Alfonso Hernández. *La Ilícitud Sustancial es una Categoría Autónoma en el Régimen Disciplinario. Algo más que conductas típicamente antijurídicas* de los servidores públicos. En Colegio de Abogados en Derecho Disciplinario. *Ensayos sobre Derecho Disciplinario*. Tomo I. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá D. C., 2010, pp. 41-74.

En cambio, al estar fundado el derecho disciplinario en la sujeción especial del servidor público, el reproche disciplinario se legitima, desde esa óptica, en el sometimiento que le impone unilateralmente su vinculación con el Estado, mas no por la finalidad de la actuación a su cargo.

Además, para la dignidad del servidor público es más relevante inculcarle la trascendencia de su misión al servicio de la comunidad, que señalarle que la legitimidad del reproche o de la censura a sus conductas se funda en la sumisión, sometimiento o sujeción especial que lo ata al Estado, por haber optado ser un servidor público.

En una república democrática es distinto considerar que la corrección disciplinaria del servidor público se sustenta en el incumplimiento o en la afectación de su noble misión al servicio de los conciudadanos, que respaldar el reproche disciplinario en el sometimiento o en la sujeción especial que le genera su vinculación laboral con el Estado.

Reconozco que el asunto es de criterio: mientras que lo usual es comparar el derecho disciplinario con el derecho penal, en mi caso estimo que no son elementos correspondientes y que lo que correspondería sería hacer la evaluación respectiva entre la subordinación del servidor público con el Estado y la subordinación laboral del trabajador en la empresa privada y, en esa labor, la diferencia más relevante la fija el carácter de servidor público al servicio de la comunidad, en el Estado social de derecho.

Un elemento común en los espacios en que están presentes las relaciones especiales de sujeción son las restricciones a la libertad del individuo. Libertad que está ausente en el ingreso, en la permanencia y en el retiro del respectivo escenario: las cárceles, los manicomios, tal vez el servicio militar obligatorio. Por el contrario, el servidor público y el particular que cumple funciones públicas tiene plena libertad para ingresar al servicio público, permanecer en él o retirarse cuando lo quiera. En el régimen de la función pública existe la máxima según la cual todo empleo público es de libre aceptación y de libre renuncia. Es decir, no armonizan las relaciones especiales de sujeción con la libertad de vinculación o de retiro del servidor público (C.P., art. 17).

Entonces, el ejercicio de la libertad individual es el criterio que me permite señalar que los ámbitos penales y disciplinarios no resultan ser elementos correspondientes, que permitan su contrastación, y que las relaciones especiales de sujeción o, si se quiere ser más enfático, las relaciones de sujeción especial, son ajenas al ámbito disciplinario de los servidores públicos; en cambio ellas sí están presentes en el ámbito de la disciplina que demanda el mantenimiento del orden y la seguridad en los centros carcelarios o los manicomios. En uno y otro

lado, los individuos no entran por su propia voluntad ni se retiran libremente según su querer.

De esta forma, si se abandonaran las relaciones especiales de sujeción, que es la propuesta, el derecho disciplinario se fundaría en la finalidad o en la razón de ser de la labor del servidor público y no en la sujeción especial que lo ata al Estado. Parto del presupuesto que el ordenamiento disciplinario se legitimaría de mejor manera en la misión del servidor público, al servicio de la comunidad, y no en el sometimiento o sujeción especial que lo somete al Estado.

¡El mensaje para la autoridad disciplinaria y para el servidor público en general será diferente!

## CONCLUSIONES

La autonomía del derecho disciplinario no se conseguirá si se sigue asumiendo que sus categorías, principios, garantías y derechos son un asunto relativo, modulado, flexible, mínimo, morigerado o atenuado porque en este ámbito jurídico resulta innecesaria la presencia plena que tienen esas categorías en otras expresiones del *ius puniendi*. Tampoco se logrará tal cometido si se conservan las tradicionales ataduras al derecho penal y no se estructura de manera exclusiva a partir del orden constitucional.

Si el servidor público es el llamado a garantizar los derechos de las personas y a hacer efectiva la realización de los fines esenciales del Estado social de derecho, entonces también él mismo debe ser merecedor de los derechos y garantías que asegura a los demás, porque el servidor público es una persona, que goza de las plenas atribuciones que otorga la Constitución.

La calidad y la dimensión de ser servidor público al servicio de la comunidad, establecida en el artículo 123 de la Constitución Política, constituye la razón de ser del derecho disciplinario en el Estado social y democrático de derecho previsto en la Constitución. En mi caso, estimo que esta debería ser la categoría constitucional que guíe el régimen disciplinario de los servidores públicos.

Agradezco inmensamente al Instituto de Estudios del Ministerio Público la invitación para participar en este importante escenario académico.

Bogotá D. C., 21 de noviembre de 2013





# FLEXIBILIZACIÓN DE LAS GARANTÍAS DEL DERECHO PENAL EN PROCESO DISCIPLINARIO

---

FERNANDO BRITO RUIZ\*

*\*Magíster en Derecho Administrativo*

*Abogado de la Universidad Libre de Pereira. Especialista en derecho laboral de la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín. Especialista en derecho administrativo de la Universidad Santo Tomás de Bogotá. Magíster en derecho administrativo de la Universidad del Rosario. Se ha desempeñado como procurador delegado desde el año 2001. Fue secretario jurídico de la Presidencia de la República, director del DAS, viceministro de gobierno, superintendente de control de cambios, asesor especial del secretario general de la OEA en Washington. Igualmente ha ejercido como docente por más de 25 años, entre otras, en las universidades Libre, Javeriana, Externado, Sergio Arboleda, Santo Tomás, del Rosario, ESAP y del Instituto de Estudios del Ministerio Público.*

|                                                                                             |    |
|---------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Introducción.....                                                                           | 74 |
| 1. Naturaleza del derecho disciplinario.....                                                | 74 |
| 2. Este estudio considera este derecho de carácter<br>administrativo.....                   | 76 |
| 3. Diferencias relevantes entre el derecho penal<br>y el disciplinario.....                 | 77 |
| 4. La flexibilización de los principios y las garantías<br>no significa arbitrariedad ..... | 79 |
| 5. Garantías en el proceso disciplinario.....                                               | 80 |
| 6. Flexibilización de algunos de estos principios y garantías ....                          | 82 |
| Conclusiones.....                                                                           | 95 |

## INTRODUCCIÓN

En este artículo se analizan los principios y las garantías que deben aplicarse en las investigaciones que se adelantan en los procesos disciplinarios y la manera cómo ellas operan.

La cuestión se origina porque para un sector de la doctrina operan los principios y las garantías propias del derecho penal, en tanto para otro sector ellas no se aplican o se hace bajo parámetros diferentes o de manera flexible.

De aceptarse esta última postura, es importante precisar de qué manera y con cuál medida debe entenderse esa flexibilidad.

La diferencia de criterios surge a nuestro entender, porque una parte de la doctrina considera al derecho disciplinario de naturaleza penal o estrechamente ligado a esa disciplina jurídica, mientras otro sector le adjudica una naturaleza diferente, más cercana al derecho administrativo.

Dependiendo del sector al cual se atienda, se hará mayor o menor énfasis en las garantías aplicables y en la intensidad con la cual deben observarse en los procesos. Este artículo aborda la discusión, con miras a esclarecer algunos de esos aspectos.

### 1. Naturaleza del derecho disciplinario

Se encuentran tres principales tendencias en relación con la naturaleza que se atribuye al derecho disciplinario: i) una que le adjudica naturaleza penal; ii) la que le confiere naturaleza propia del derecho administrativo; y iii) la que le reconoce naturaleza autónoma.

#### i) Naturaleza penal

Para ello se toma en cuenta que en sus orígenes el derecho disciplinario estuvo ligado al derecho penal.

A esto se agrega que se trata de una rama del derecho que impone sanciones, lo que le confiere carácter punitivo. Igualmente, corresponde al ejercicio de una potestad del Estado, de sancionar a quienes quebrantan el ordenamiento y hace parte de las medidas aflictivas que se pueden imponer a quienes se sitúan por fuera de las disposiciones legales.

Bajo este criterio, las garantías propias del debido proceso deben desplegarse con la mayor intensidad posible, por corresponder a la imposición de una pena.

## ii) Naturaleza administrativa

Otro sector de la doctrina encuentra que el derecho disciplinario está orientado a un sector específico de la administración, los servidores públicos, y que se trata de medidas de auto control y de regulación, destinadas al logro del buen servicio público, con lo cual consideran que se trata de un asunto propio de la administración pública.

A ello se suma que se trata de medidas que impone la administración, por medio de funcionarios de la misma, con sanciones que son de naturaleza administrativa y no penal, medidas que se imponen mediante actos de carácter administrativo.

Con este entendimiento, se aplican las reglas propias del debido proceso ligado a las actuaciones administrativas, a las cuales se concede dimensión y alcance diferentes a las propias del derecho penal, tomando en cuenta que estas últimas están orientadas a la protección de un derecho fundamental como el de la libertad.

Por su parte se considera que el derecho administrativo está orientado al logro de los cometidos estatales y que sus procesos tienen en mira otra clase de intereses, en especial los dirigidos al adecuado funcionamiento del Estado y de sus instituciones, razón por la cual el debido proceso en los procedimientos que se siguen, tiene una dimensión diferente al penal.

Ello en todo caso no significa inexistencia del debido proceso, sino uno distinto al penal y dirigido a otros propósitos, como son los de la correcta actuación de los servidores públicos.

## iii) Naturaleza autónoma

Una tercera corriente la considera una disciplina autónoma, cuyas fuentes pueden verse en el derecho penal y en el administrativo, principalmente, pero que ha evolucionado hasta alcanzar autonomía suficiente para que se tenga por independiente de ellas.

Ven que tal autonomía se concreta en el hecho de que recae sobre un sector específico de la población: los servidores públicos; que para ella se ha consagrado un derecho especial: el derecho disciplinario, el cual dispone de sus propias normas y del procedimiento requerido para imponer las sanciones.

A esto se agrega que tiene su propio catálogo de faltas y de sanciones, al igual que autoridades encargadas de decidir esos asuntos: los funcionarios de las oficinas de control interno, para concluir que se trata de una rama propia e independiente del derecho.

En esas condiciones, dependiendo del sector de la doctrina al que se atienda, se hará mayor o menor énfasis en la aplicación de las garantías propias del derecho penal. Si se atiende al sector que la liga al derecho penal, es evidente que las garantías se observarán con mayor intensidad.

## **2. Este estudio considera este derecho de carácter administrativo**

Examinados los distintos aspectos anotados, este estudio opta por considerar al derecho disciplinario de naturaleza administrativa.

Tomando en consideración los argumentos expuestos, se considera que se trata de una disciplina instituida para dar orden a las relaciones que surgen dentro de un sector específico del Estado: la administración pública. Lo mismo que para procurar la eficacia, la eficiencia y la moralidad en la actuación de los servidores públicos, con miras a lograr los altos objetivos del Estado.

A ello se agrega que corresponde a procesos de auto regulación del comportamiento de los servidores públicos y que las medidas que se adoptan están ligadas especialmente al derecho administrativo laboral propio de la función pública.

En especial lo que tiene que ver con las sanciones previstas, como son la llamada de atención, con anotación en la hoja de vida; la multa, equivalente a un porcentaje del salario que se devenga; la suspensión en el desempeño de las funciones encomendadas, lo que trae consigo la suspensión en el pago del salario; y la destitución, como la medida más severa, la cual tiene por efecto retirar del servicio público a un funcionario, quien por razón de las faltas cometidas, no puede continuar laborando al servicio de la administración.

Se toma en cuenta igualmente que las autoridades encargadas de imponer estas medidas son funcionarios de la misma entidad, a quienes se ha entregado esa misión, sin perjuicio de que entidades como las personerías, la Procuraduría General de la Nación y otras instancias, dispongan de dicha facultad.

En consecuencia, se estima que se trata de un derecho de naturaleza administrativa, en consecuencia, las sanciones deben imponerse desde la órbita y bajo los parámetros del derecho administrativo.

Ello no significa, sin embargo, que el procedimiento para la imposición de las sanciones se haga de manera arbitraria y despótica, porque en todo caso la ley ha fijado un procedimiento sujeto a estrictas reglas y requisitos.

En consecuencia, nos separamos de quienes lo consideran un derecho propio del ámbito penal, por considerar que las sanciones a imponer en materia disciplinaria no alcanzan la magnitud del derecho punitivo, ni entrañan pérdida de la libertad personal.

En esas condiciones, se admite que los principios y garantías del derecho punitivo admiten una aplicación más flexible en el campo disciplinario.

También nos apartamos de considerarlo de naturaleza autónoma, tomando en cuenta que en todo caso se profieren decisiones de carácter administrativo, se trata de autoridades administrativas que no alcanzan para considerarse jueces o autoridades judiciales, y porque su condición autónoma requiere definir constitucional o legalmente otros aspectos, como la naturaleza de los actos que imponen las sanciones en materia disciplinaria, el carácter de las autoridades que toman esas decisiones y los controles que obran sobre esas actuaciones, bajo el supuesto de que no fuera el contencioso jurisdiccional.

### 3. Diferencias relevantes entre el derecho penal y el disciplinario

Resulta útil establecer las principales diferencias que se encuentran entre el derecho disciplinario y el penal, para poder concluir que admiten un trato diferenciado en materia de imposición de sanciones.

En primer lugar, el derecho penal está previsto para proteger intereses generales de la sociedad, y está concebido para sancionar, con pena de privación de la libertad, a quienes quebrantan los mandatos fijados.

En tanto el derecho disciplinario está concebido para lograr el buen desempeño de los servidores públicos en el cumplimiento de las tareas que le han sido encomendadas. Esas actividades están dirigidas al logro de los cometidos estatales.

El derecho penal recae sobre todas las personas, mientras el disciplinario está dirigido sólo a un sector específico de la sociedad: los servidores públicos.

Las sanciones de la ley penal llevan ínsita la pena corporal privativa de la libertad, mientras el derecho disciplinario, bajo ninguna circunstancia incluye esa como medida de sanción que pueda aplicar.

La actuación disciplinaria sólo contempla sanciones de naturaleza administrativa laboral, como son: llamada de atención, multa, suspensión y como medida máxima represiva, la destitución del funcionario, esto es: su retiro del servicio público.

La acción penal sólo puede ser ejercida por los jueces especialmente dispuestos para hacerlo. La acción disciplinaria la cumplen las oficinas de control disciplinario interno, funcionarios de orden administrativo; o las personerías y la Procuraduría General de la Nación, funcionarios también de orden administrativo.

Es claro que la Corte Constitucional desde sus inicios ha abundado en detalles acerca de las notas que diferencian estas dos materias. Así, en su sentencia C – 427 de 1994 precisó:

Es cierto que existen elementos comunes entre el procedimiento penal y el procedimiento disciplinario en lo que tiene que ver con la definición y determinación de una conducta prohibida por la ley (tipicidad), en cuanto a la responsabilidad imputable al sindicado, y a la existencia de un procedimiento que asegure el debido proceso en la investigación y juzgamiento de las conductas ilícitas y la medición de las sanciones; no es menos cierto que de lo anterior no puede concluirse que se trata de unos mismos procedimientos, pues los fines perseguidos, la naturaleza de las faltas en general, y las sanciones por sus particulares contenidos, difieren unos de otros.

La prohibición legal de la conducta delictiva tiene por fin la defensa de la sociedad, mientras que la falta disciplinaria busca proteger el desempeño del servidor público, con miras al cumplimiento de la función pública.

La prohibición de la conducta delictiva involucra un conjunto de patrones que establecen una precisión tipológica en la que se describen de manera detallada los elementos conformantes del tipo, de manera que, sujeto activo, conducta, intención, sujeto pasivo y circunstancias llevan en el procedimiento penal a una exhaustiva delimitación legal de las conductas; mientras que en la definición de las faltas disciplinarias, entran en juego, elementos propios de la función pública que interesan por sobre todo a contenidos político-institucionales, que sitúan al superior jerárquico en condiciones de evaluar con mayor flexibilidad, y de acuerdo con criterios que permiten un más amplio margen de apreciación, tal como lo ha entendido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, órgano competente para interpretar y aplicar el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Las sanciones penales se dirigen, de manera general, a la privación de la libertad física y a la reinserción del delincuente a la vida social, al paso que las sanciones disciplinarias tienen que ver con el servicio, con llamados de atención, suspensiones o separación del servicio; lo que impone al acto sancionatorio un carácter independiente, de donde surge el aceptado principio, de que la sanción disciplinaria se impone sin perjuicio de los efectos penales que puedan deducirse de los hechos que la originaron.

Como bien se ve, dicho entendimiento de la materia se encuentra soportado en sentencias de la Corte Constitucional, postura que ha reiterado esa corporación, conforme se verifica en la sentencia T-811 de 2003, donde anotó:

No obstante lo manifestado anteriormente en el sentido de que dentro del derecho administrativo disciplinario puedan identificarse algunos elementos comunes con la acción penal, tales acciones no pueden equipararse entre sí, pues los fines perseguidos, la naturaleza de las faltas en general, y las sanciones por sus particulares contenidos, difieren unos de otros.

En efecto mientras la prohibición legal de la conducta delictiva tiene por fin la defensa de la sociedad, la falta disciplinaria busca proteger el desempeño del servidor público, con miras al cumplimiento de la función pública.

De otro lado debe destacarse que en las sanciones penales se dirigen en general, a la privación de la libertad física y a la reinserción del delincuente a la vida social, al paso que las sanciones disciplinarias tienen que ver con el servicio, con llamados de atención, suspensiones o separación del servicio y su análisis se hace sin perjuicio de los efectos penales que puedan deducirse de los hechos que la originaron.

En síntesis, es válido sostener que entre el derecho penal y el disciplinario existen marcadas diferencias, en especial en cuanto hace relación con las sanciones que impone cada una.

#### **4. La flexibilización de los principios y las garantías no significa arbitrariedad**

Lo anterior hace indispensable advertir que el derecho disciplinario no es arbitrario, ni está librado a las intenciones o a la voluntad de quienes tienen a su cargo el cometido de aplicarlo.

Por el contrario, constitucional y legalmente se han fijado las condiciones para el ejercicio de las actividades disciplinarias y al momento de asumir sus funciones, los servidores públicos encuentran el marco constitucional y legal dentro del cual deben moverse, lo que permite asegurar que se han definido las reglas a las que va a estar sometido, tanto para el desempeño de sus funciones, como para dar cuenta de sus actuaciones.

Pero en la medida en que se considere que las sanciones que se imponen en materia disciplinaria derivan del vínculo que los servidores contraen con la administración pública, que ellas se relacionan con las funciones que tienen encomendadas, así como que las sanciones se ligan a aspectos de orden labo-



ral, vinculadas a la función pública, vale catalogar este derecho de naturaleza administrativa.

Bajo ese entendido cabe sostener que los procedimientos seguidos para la aplicación de tales sanciones, rodeados de las garantías constitucionales y legales previstas para ellos, se pueden desarrollar por canales distintos a los del ámbito penal.

Para llegar a esta conclusión debe tomarse en cuenta que el derecho disciplinario dispone de sus propias normas y procedimientos, que ellos se han establecido para examinar las actuaciones de los funcionarios, que cuenta con un catálogo de faltas y de sanciones, distinto del que se emplea en otras disciplinas y que las finalidades perseguidas con esa clase de sanciones son sustancialmente distintas de las que se persiguen en el orden penal.

## 5. Garantías en el proceso disciplinario

Como se anotó, se parte de la base de que el derecho disciplinario está rodeado de amplias garantías, en defensa de los derechos de los investigados, y para asegurar que las sanciones que se impongan, estén acordes a la Constitución, a la ley, a los reglamentos y con salvaguarda de los derechos del investigado.

Puede señalarse como principios tutelares de este proceso: la presunción de inocencia; el debido proceso; el de juez natural; el de legalidad de las faltas y de las sanciones; el de tipicidad; el derecho de defensa y de contradicción; la doble instancia de los procesos; el de ejecutoriedad o de cosa juzgada; la *no reformatio in pejus*; el de favorabilidad, el de la duda a favor del disciplinado y el de publicidad.

Visto lo anterior, puede afirmarse que el derecho disciplinario cuenta con un amplio cuadro normativo de principios y garantías del debido proceso, previstas constitucional y legalmente, de obligada aplicación.

Pese a ello, la discusión se origina porque quienes sitúan al derecho disciplinario más cerca o vinculado al derecho penal, consideran que en el curso de las actuaciones disciplinarias se deben extremar las garantías y dar mayor aplicación a los principios del debido proceso.

Más aun, estiman que deben aplicarse sin ningún género de atenuantes, las mismas reglas y principios que rigen para el proceso penal.

Contrario a lo anterior, si se toma en cuenta que se trata de dos disciplinas diferentes, que el derecho disciplinario persigue otra finalidad y que corresponde más al ámbito del derecho administrativo, se concluye que hay una diferenciación en sus procedimientos y en los alcances que se conceden al debido proceso.

En esas condiciones se admite que se aplican principios y garantías propios del proceso penal, pero ajustándolas a las características del derecho disciplinario. A ese respecto, en su sentencia C – 763 de 2009, la Corte Constitucional sostuvo, reiterando lo dicho en anteriores sentencias:

El artículo 29 de la Constitución inicia su redacción con la siguiente frase: “*El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.*”

Esta tajante afirmación no deja duda acerca de la operancia en el derecho administrativo sancionador y dentro de él en el procedimiento administrativo disciplinario, del conjunto de garantías que conforman la noción de debido proceso. Así, ha señalado la jurisprudencia que los principios de la presunción de inocencia, el de *in dubio pro reo*, los derechos de contradicción y de controversia de las pruebas, el principio de imparcialidad, el principio *nulla poena sine lege*, la prohibición contenida en la fórmula *non bis in ídem* y el principio de la cosa juzgada, entre otros, deben considerarse como garantías constitucionales que presiden la potestad sancionadora de la administración y el procedimiento administrativo que se adelanta para ejercerla.[35]

La aplicación de estas garantías judiciales en el ámbito disciplinario se justifica en la medida en que, como se dijo anteriormente, este se constituye como una manifestación del poder punitivo del Estado. En relación con los elementos que conforman las garantías del debido proceso, la jurisprudencia ha destacado los siguientes elementos:

1. “*Acceso libre y en igualdad de condiciones a la justicia, con el fin de obtener pronta resolución judicial.*”
2. “*Acceso al “juez natural” como funcionario que ejerce la jurisdicción en determinado proceso, de conformidad con la ley.*”
3. “*Posibilidad de ejercicio del derecho de defensa con aplicación de todos los elementos legítimos para ser oído dentro del proceso.*”
4. “*Los procesos deben desenvolverse dentro de plazos razonables y sin dilaciones injustificadas.*”
5. “*El juez debe ser imparcial, autónomo e independiente, de tal forma que debe ejercer su labor sin intromisiones de los demás poderes públicos, con fundamento en los hechos y de conformidad con el ordenamiento jurídico.*”

En lo que tiene que ver con el debido proceso administrativo, la jurisprudencia específicamente ha considerado que: *“El derecho al debido proceso administrativo se traduce en la garantía que comprende a todas las personas de acceder a un proceso justo y adecuado, de tal manera que el compromiso o privación de ciertos bienes jurídicos por parte del Estado a sus ciudadanos no pueda hacerse con ocasión de la suspensión en el ejercicio de los derechos fundamentales de los mismos. Es entonces la garantía consustancial e infranqueable que debe acompañar a todos aquellos actos que pretendan imponer legítimamente a los sujetos cargas, castigos o sanciones como establecer prerrogativas (Sentencia T-1263 de 2001). Si bien la preservación de los intereses de la administración y el cumplimiento de los fines propios de la actuación estatal son un mandato imperativo de todos los procedimientos que se surtan a este nivel, en cada caso concreto debe llevarse a cabo una ponderación que armonice estas prerrogativas con los derechos fundamentales de los asociados” (Sentencia T-772 de 2003). (...) De la aplicación del principio del debido proceso se desprende que los administrados tienen derecho a conocer las actuaciones de la administración, a pedir y a controvertir las pruebas, a ejercer con plenitud su derecho de defensa, a impugnar los actos administrativos y, en fin, a gozar de todas las garantías establecidas en su beneficio.*

Como elementos constitutivos de la garantía del debido proceso en materia disciplinaria, se han señalado, entre otros, *“(i) el principio de legalidad de la falta y de la sanción disciplinaria, (ii) el principio de publicidad, (iii) el derecho de defensa y especialmente el derecho de contradicción y de controversia de la prueba, (iv) el principio de la doble instancia, (v) la presunción de inocencia, (vi) el principio de imparcialidad, (vii) el principio de non bis in idem, (viii) el principio de cosa juzgada y (ix) la prohibición de la reformatio in pejus.”[36]*

En consecuencia, deben atenderse las garantías y principios enunciados, tomando en cuenta que la Corte Constitucional ha señalado aquellos aspectos que admiten una interpretación y aplicación flexibles, por razón de las particularidades que presenta el derecho administrativo sancionador.

## 6. Flexibilización de algunos de estos principios y garantías

La diferencia sustancial en la aplicación de esos principios y garantías en el derecho disciplinario, radica en que se aplican en este con una intensidad

menor a la que registra en el ámbito penal, sin que por ello pueda hablarse de su desconocimiento o de falta de las garantías debidas.

Se ha indicado que admiten una aplicación flexible los principios relacionados con la legalidad y la tipicidad; procedimiento a seguir y respecto del ejercicio del derecho a la defensa.

#### a) Principio de legalidad

Se acepta que existen diferencias importantes entre el derecho penal y el disciplinario, en cuanto hace relación con el principio de legalidad de las faltas. Es indispensable reiterar que no cabe hablar de desconocimiento de este principio, sino que se observa de manera diferente en materia disciplinaria.

En consecuencia, se requiere que exista definición previa de la falta y de la sanción. Además, esa definición debe figurar en instrumentos legales. Bajo este entendimiento se puede sostener que sólo por disposición legal o mediante instrumento jurídico de igual naturaleza se pueden fijar las faltas y las sanciones.

Esto excluye faltas y sanciones descritas en otra clase de disposiciones como manuales de funciones, reglamentos de trabajo u otro tipo de reglamentos.

No obstante, se acepta que la descripción de las faltas y las sanciones admite cierto nivel de indefinición en materia disciplinaria, por la imposibilidad de describirlos previamente de manera plena.

Ello exige una integración con otras disposiciones, particularmente reglamentos y manuales de funciones, donde se consignan las actividades y labores que deben cumplir los servidores públicos, conforme a sus cargos y a las labores que tienen encomendadas las entidades u organismos correspondientes, y por ende, los deberes y obligaciones que les corresponde cumplir.

En consecuencia, es obligado aceptar que el principio de legalidad tiene una connotación diferente en materia disciplinaria. Así lo ha precisado la Corte Constitucional. Por ello en su sentencia C- 653 de 2001 reiteró:

Si bien el principio de legalidad de la conducta no es tan estricto en el ámbito disciplinario como en el penal ello no significa que en este primer campo el grado de vaguedad y de indeterminación puedan ser tan grandes.

La Corte, en varias oportunidades ha reconocido que la tipicidad es también un principio rector en materia disciplinaria. Así, en la sentencia C-417/93 expresó la Corte:

(...)

No obstante, esta Corporación también ha señalado que como quiera que el ejercicio de la función pública también comprende deberes y prohibiciones generales, el legislador puede señalar como faltas disciplinarias el incumplimiento de tales deberes y no incurre en violaciones al principio de legalidad cuando esa descripción general contiene los elementos normativos que permiten su concreción.

*“a) No es fácil establecer de manera precisa, cuándo una norma deja de contener entre sus prescripciones los ingredientes normativos requeridos para producir la certeza en lo relativo a la definición de la conducta; pero lo que si es claro es que se proscriben las definiciones de una generalidad, vaguedad e indeterminación que no ofrecen la necesaria certeza requerida para hacer exigible las consecuencias sancionatorias que se derivan de la conducta descrita y que le otorgan un amplio poder discrecional a la autoridad encargada de aplicar la respectiva norma.*

*“b) Cuando el legislador considera necesario, por razones de técnica legislativa, hacer una descripción genérica de determinado comportamiento humano en un tipo penal, ello de suyo no implica violación del principio de legalidad y de su especie, es decir, el principio de la tipicidad, porque el mismo tipo puede contener por sí mismo los elementos normativos necesarios para concretar la conducta punible, e incluso, pueden existir otras normas creadas por aquél, que sirven para complementarlo. Esto último ocurre, principalmente con las disposiciones contravencionales, debido en buena medida, a las numerosas circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se presentan las correspondientes conductas y que sirven de fundamento para su valoración jurídica por quienes deben aplicarla. Sobre este punto se ha dicho que “la variabilidad de circunstancias hace casi imposible la minuciosa previsión de las infracciones, algunas de las cuales quedan definidas como desobediencias genéricas.”*

*“Tratándose de faltas disciplinarias, cuya aplicación corresponde a las autoridades que supervigilan la conducta oficial de los servidores públicos y a las autoridades administrativas, la doctrina ha admitido la posibilidad de que puedan existir faltas, a partir de la transgresión de deberes o prohibiciones muy generales que se establecen en los estatutos que rigen la Fun-*

*ción Pública. De este modo, se concede a dichas autoridades una racional y razonable facultad discrecional para valorar sí la conducta investigada es susceptible de sanción o no.”[12]*

## **b) Tipicidad en materia disciplinaria**

La tipicidad tiene connotaciones diferentes en materia disciplinaria, debido a la dificultad que existe para enmarcar en normas concretas y específicas las innumerables situaciones que se pueden presentar en el desarrollo de las labores y funciones encomendadas a los servidores públicos.

A riesgo de elaborar un catálogo infinito de eventualidades, respecto de los deberes y funciones que deben cumplir los servidores públicos, se ha encontrado que el camino para sortear la situación consiste en remitir a los reglamentos y a los manuales de funciones de cada entidad, a fin de complementar las leyes existentes con las normas que regulan cada una de las actividades previstas.

Si se toma en cuenta la cantidad de entidades que hay en todos los niveles: nacional, departamental, municipal, descentralizadas, autónomas, sociedades y asociaciones; al igual que las incontables actividades que realizan, relacionadas con las funciones administrativas, la prestación de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado, aseo, energía, la recolección de impuestos, las actividades de planeación, de obras públicas, las tareas de defensa y de policía, y el vasto catálogo de funcionarios que desempeñan las más variadas funciones en los niveles profesional, administrativo, ejecutivo, operativo, se llega a la conclusión de que no es posible recoger en una ley todas las funciones y deberes que tienen asignados los funcionarios.

Por esa razón, las leyes sobre la materia remiten a los reglamentos y a los manuales de funciones de cada entidad. Es por ello que la Constitución ha previsto que los servidores públicos ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento, sin olvidar que los reglamentos fijan las funciones para cada cargo y función dentro de la entidad.

De esa manera, la tipicidad de una conducta irregular en materia disciplinaria se determina tomando en cuenta la disposición legal que establece determinado deber, prohibición o restricción, y se complementa con las normas de los reglamentos y manuales de funciones, donde se dispone la forma como se debe llevar a cabo la función.

Así, por ejemplo, el numeral 11 del artículo 34 de la ley disciplinaria dispone que el servidor público dedique el tiempo reglamentario de trabajo al desempeño de las funciones encomendadas. Pero cada entidad regula el horario

de sus actividades y en algunos casos puede fijar diferentes tipos de horarios, motivo por el cual en cada caso será necesario remitirse a la norma específica donde se ha fijado.

Normalmente, esas cuestiones se precisan mediante acuerdos de las juntas o consejos directivos, o por medio de acuerdos de los Concejos municipales o de ordenanzas las Asambleas departamentales, o por medio de decretos o resoluciones o mediante algún acto de la administración. En ocasiones puede figurar en los contratos de trabajo de carácter oficial suscritos.

Por tanto, la tipificación de la conducta debe hacerse tomando en cuenta la disposición legal y se debe complementar con las normas de los reglamentos o manuales de funciones donde se concreta la correspondiente función, deber, prohibición o mandato.

A ese respecto en su sentencia C- 030 de 2012, la Corte Constitucional precisa:

5.5 En relación con la primera de las diferencias mencionadas, esta Corporación ha admitido la validez, desde el punto de vista constitucional, de que las normas que fijen deberes o faltas disciplinarias constituyan “tipos abiertos” o “conceptos jurídicos indeterminados”.

(i) El concepto jurídico de “tipos abiertos” hace referencia a *“aquellas infracciones disciplinarias que ante la imposibilidad del legislador de contar con un listado detallado de comportamientos que se subsumen en las mismas, remiten a un complemento normativo, integrado por todas las disposiciones en las que se consagren deberes, mandatos y prohibiciones que resulten aplicables a los servidores públicos. Así, la tipicidad en las infracciones disciplinarias se determina por la lectura sistemática de la norma que establece la función, la orden o la prohibición y aquella otra que de manera genérica prescribe que el incumplimiento de tales funciones, órdenes o prohibiciones constituye una infracción disciplinaria[45]”[46]*

La jurisprudencia anota que en esos términos se trata de normas en blanco, que se deben llenar o complementar con las disposiciones que aparecen en los reglamentos, manuales de funciones o en otros instrumentos de orden legal que deben ser aplicados. También se califican como normas de reenvío, al remitir a otros instrumentos para su cabal aplicación.

Es claro que su complementación se tiene que hacer conforme a las normas que rigen la respectiva función o servicio y según el cargo del que se trate,

donde cumple sus funciones el funcionario cuestionado, por lo que no puede pensarse que el funcionario que tiene a cargo la labor disciplinaria pueda recurrir a cualquier disposición o que la pueda llenar según su capricho o a su libre albedrío.

Precisa la Corte Constitucional en su sentencia C – 244 de 1996:

“Por lo tanto 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.<sup>[6]</sup> 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.”<sup>[7]</sup>

En síntesis, se trata de una forma de tipicidad diferente a la prevista para el ámbito penal, pero sometida a reglas concretas y específicas.

### c) Calificación del procedimiento a seguir

Otro aspecto que se debate, y donde se encuentra que existe cierta flexibilidad en la forma como se surte esa actuación, es en la calificación del procedimiento que se debe seguir.

Se parte de la base de que son dos los tipos de procesos que se pueden adelantar en materia disciplinaria: el ordinario y el verbal. La discusión se origina por cuanto algunos consideran que el proceso verbal ofrece menos garantías que el ordinario.

Ello no es cierto, como lo destaca la Corte Constitucional. Baste con anotar que en el proceso verbal se señalan en el auto de citación a audiencia las disposiciones legales que se toman en cuenta para convocarlo, los hechos que dan lugar a la posible falta, las pruebas en que se fundamenta esa apreciación y las que sirven para considerar la clase de responsabilidad que se puede atribuir al investigado.

En cuanto al proceso, es más exigente el debate que se libra, dado que se lleva en forma oral, y porque todas las cuestiones se resuelven en forma directa durante la audiencia, pero de allí no se deriva una violación de las reglas del



debido proceso, pues el investigado es enterado de los hechos que se erigen en su contra, tiene la oportunidad de pedir y aportar pruebas, de ejercer su derecho de defensa y de contradicción, y porque todas las decisiones que se tomen deben estar sustentadas legalmente, así como porque operan los recursos previstos y se prevén instancias superiores de control de las actuaciones.

Respecto de la existencia de plenas garantías en el proceso verbal, la Corte Constitucional ha anotado en su sentencia C – 242 de 2010:

3.2.15. El contenido normativo en el inciso atacado tampoco supone recorte alguno de los derechos de defensa de las personas eventualmente disciplinadas, quienes pueden solicitar pruebas, controvertirlas y están también facultadas instaurar recursos contra la decisión adoptada. A lo anterior se agrega que de todas maneras al proceso verbal se aplican estrictamente los principios y garantías establecidas en el Libro I de la Ley 734 de 2002 así como las consignadas en la Constitución Política y en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos. Ahora bien, podría admitirse en gracia de discusión que el procedimiento ordinario es más garantista porque es más dilatado. No considera la Sala que en los casos previstos por el inciso tercero del artículo 175, la extensión del proceso pueda tener como consecuencia una mayor garantía del debido proceso y ello por cuanto se trata de casos en los que existen elementos de prueba robustos y objetivos que permiten a la autoridad disciplinaria tener certeza suficiente sobre la configuración de la falta. De esta manera, la extensión del procedimiento lo que hace es dilatar en el tiempo una decisión que debe ser rápida y eficaz sin agregar nada más, pues ya el funcionario tiene claridad en relación con la estructuración de la falta.

Por el contrario y como ya atrás se mencionó, estima la Sala que lo dispuesto en el inciso cuestionado contribuye a realizar una finalidad constitucionalmente legítima, cual es, garantizar la agilidad y oralidad en las actuaciones disciplinarias. Ello compagina también con el propósito buscado por la Ley 734 de 2007 y armoniza con el artículo 1º de la Ley 1285 de 2009 Estatutaria de la Administración que reza: *“La administración de justicia debe ser pronta, cumplida y eficaz en la solución de fondo de los asuntos que se sometan a su conocimiento. Los términos procesales serán perentorios y de estricto cumplimiento por parte de los funcionarios judiciales. Su violación injustificada constituye causal de mala conducta, sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar. Lo mismo se aplicará respecto de los titulares de la función disciplinaria. // Las actuaciones que se realicen en los procesos*

*judiciales deberán ser orales con las excepciones que establezca la ley. Esta adoptará nuevos estatutos procesales con diligencias orales y por audiencias, en procura de la unificación de los procedimientos judiciales, y tendrá en cuenta los nuevos avances tecnológicos”.*

En cuanto a la discrecionalidad de la que dispone el investigador para orientar la actuación por la vía ordinaria, sustancialmente escrita, o la oral, la ley fija las pautas que se deben atender para que sea uno u otro el camino a seguir.

De la misma manera, la posibilidad para concretar si una falta es gravísima, grave o leve, depende en mucho de la actuación preliminar que se surta para aclararla. Ello significa que en la mayoría de los casos resulta difícil decidir de entrada la clase de falta de la que se habla, para decir sin duda alguna, el tipo de proceso que debe seguirse.

Por ello, el investigador puede adelantar una indagación preliminar y una investigación, para poder calificar la naturaleza de esa falta. En consecuencia la ley ha previsto que el procedimiento se define en el momento en que se tengan los elementos de juicio que sirvan para calificar la falta y la responsabilidad que se adjudican al investigado.

Debe reiterarse que esa valoración inicial es sustancialmente mudable, conforme las pruebas y los elementos de juicio que se arrimen a la investigación y en el curso del proceso. También procede anotar que cuando la investigación muestra que se está ante faltas de mayor entidad o donde la responsabilidad del implicado es más elevada, se puede reelaborar el auto de cargos o el de citación a audiencia.

Si conforme a la información recaudada se concluye que la actuación debe surtir por proceso verbal, es a partir de ese momento que toma ese curso. Vale advertir que la ley fija las condiciones para que se pueda llevar por una u otra vía.

Se repite que con ello no se violenta el debido proceso, porque en todo caso se trata de un proceso fijado en la ley, que tiene su propia ritualidad, y porque a partir del momento en que se da inicio al mismo, el investigado y su defensor pueden desplegar todas las potencialidades defensivas e intervenir en el curso de la actuación.

Merece la pena destacar que en materia disciplinaria la intervención del investigado está prevista desde el inicio mismo de la actuación, razón por la cual lo esencial es que corresponda a un proceso público, donde el investigado es informado a cabalidad del curso de la actuación y de los elementos que obran en su contra.

La ley también fija los momentos a partir de los cuales el proceso se puede encauzar en una u otra dirección y a ellos debe darse cumplimiento. En consecuencia, carece de peso lo que se discute respecto de tipo de proceso que debe seguirse. Una vez el investigador encuentra reunidos los requisitos exigidos, señala uno u otro camino.

Lo relevante es que cualquiera que sea el definido, ordinario o verbal, ambos disponen de procedimientos claros y concretos que deben observarse, están rodeados de garantías y están previstos para hacer cumplir los cometidos del debido proceso, del derecho de defensa y de contradicción, exigen la presunción de inocencia del investigado, admiten el aporte y la petición de pruebas, disponen de recursos frente a las decisiones que se tomen, cuentan con doble instancia, con las únicas excepciones que fije la ley, establece la ejecutoriedad de las decisiones y consagra los principios de favorabilidad y no reformatio in pejus.

La Corte Constitucional ha precisado estos aspectos. Al respecto ha señalado en su sentencia C – 242 de 2010:

3.2.12. El reparo de falta de precisión y excesiva amplitud que, supuestamente, trae como consecuencia la posibilidad de que la autoridad disciplinaria decida de modo arbitrario el proceso que ha de aplicarse, queda contrarrestado por lo siguiente: (i) el propósito que busca alcanzar la norma es legítimo, desde el punto de vista constitucional, y concuerda además con las finalidades previstas en la Ley 734 de 2002; (ii) lo establecido en el inciso 3º del artículo 175 debe ser leído a la luz de lo dispuesto en el Libro I –contenido de los principios de los procedimientos disciplinarios sin excepción- y debe ser comprendido como una manera de agilizar las actuaciones disciplinarias, de modo que “*en todo caso*” distinto de los previstos en los incisos 1º y 2º del artículo 175 del CDU, “*cualquiera que sea el sujeto disciplinado*” si se dan los requisitos sustanciales para levantar pliego de cargos se puede citar a audiencia. Adviértase, de otra parte, que la eventualidad prevista en el inciso tercero acusado está precedida en el caso del procedimiento ordinario –que es en virtud de la imbricación que tiene lugar por mandato legal donde precisamente tiene aplicación el contenido normativo de dicho inciso–, de un conjunto de etapas que amplían las garantías de la persona disciplinada. Únicamente cuando se halla verificada objetivamente la falta y existe prueba que compromete la responsabilidad de la persona disciplinada, y sólo ante una eventualidad tal, puede el funcionario de conocimiento citar a audiencia.

3.2.13. Puestas las cosas de esta manera, estima la Sala que en el caso bajo examen el cargo elevado en la demanda no está llamado a prosperar, pues el precepto acusado contempla los elementos básicos para que no quede al arbitrio de la autoridad judicial la fijación del procedimiento a seguir. Si bien el contenido normativo del inciso 3° del artículo 175 del C. D. U. obliga – como suele suceder con las normas que integran el derecho disciplinario– a consultar otras normas contempladas en la Ley 734 de 2002, existen criterios suficientes para establecer con claridad y de manera previsible en qué casos –distintos a los previstos en los incisos 1° y 2° del mismo artículo 175–, se aplica el proceso verbal y debe cumplirse lo consignado en el artículo 163 del C.D.U.: *“La decisión mediante la cual se formulen cargos al investigado deberá contener: 1. La descripción y determinación de la conducta investigada, con indicación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se realizó. // 2. Las normas presuntamente violadas y el concepto de la violación, concretando la modalidad específica de la conducta. // 3. La identificación del autor o autores de la falta. // 4. La denominación del cargo o la función desempeñada en la época de comisión de la conducta. // 5. El análisis de las pruebas que fundamentan cada uno de los cargos formulados. // 6. La exposición fundada de los criterios tenidos en cuenta para determinar la gravedad o levedad de la falta, de conformidad con lo señalado en el artículo 43 de este código. // 7. La forma de culpabilidad. // 8. El análisis de los argumentos expuestos por los sujetos procesales”*.

3.2.14. No puede por consiguiente aducirse que el señalamiento del procedimiento a seguir en la actuación disciplinaria permanezca en la esfera subjetiva y eventualmente arbitraria de la autoridad judicial. En otras palabras, existen suficientes criterios en la Ley 734 de 2002 que permiten determinar la aplicación del proceso verbal, asegurando con ello el respeto por el derecho constitucional fundamental al debido proceso administrativo. Queda pues de relieve que –como lo indica la Vista Fiscal–, *“no existe un amplio margen de discrecionalidad para el funcionario investigador, pues la norma busca que, cuando exista suficiente material probatorio que demuestre la comisión de la falta y que comprometa la responsabilidad del investigado, se abrevien los términos y se agilice el proceso, todo ello en aras de los principios de economía procesal y celeridad”*.

En síntesis, las discusiones se originan más por aspectos de orden formal que por cuestiones esenciales a los cometidos y finalidades del debido proceso.

A veces corresponden a estrategias defensivas de los investigados o sus defensores, antes que a aspectos de verdadero desconocimiento del debido proceso.

Y si bien pueden existir diferencias de apreciación de los investigados y sus apoderados respecto de las razones que han llevado al funcionario a calificar el proceso en determinado sentido, ello no desemboca en una violación del debido proceso.

Lo esencial, es que el funcionario, al momento de hacer la valoración, exprese con claridad las razones, los motivos y los elementos de juicio que llevan a imprimir al proceso una u otra dirección, cuestiones que deben estar motivadas y debidamente soportadas en pruebas.

#### **d) Ejercicio del derecho de defensa**

Surgen algunas discusiones acerca del ejercicio del derecho de defensa, en particular en cuanto hace relación con la necesidad de la presencia de abogado para ciertos eventos.

Se parte de la base de que en desarrollo del proceso disciplinario no se exige la asistencia de defensa técnica. En esas condiciones el ejercicio del derecho de defensa se puede realizar de manera personal y directa por el investigado, aun cuando no tenga la condición de abogado, o puede disponer de una defensa técnica.

La razón de ser de ello estriba en que los cuestionamientos que se formulen al funcionario tienen que ver de manera concreta con el desempeño de sus funciones, motivo por el cual se estima que está en condiciones de dar las aclaraciones que se le soliciten al respecto.

Aún más, se considera que es el indicado para responder los cuestionamientos que se hagan y para absolver las objeciones que se formulen a su comportamiento. Se parte de la base, igualmente, que lo que es materia de censura, es lo relativo al desempeño de sus actividades, por lo que resulta ser el indicado para dar las explicaciones.

Lo anterior no impide que disponga de una asistencia técnica desde el primer momento de la actuación disciplinaria, y que sea por intermedio de esta que brinde las explicaciones requeridas.

Desde esa perspectiva, el investigado puede dar su propia versión de los hechos, contestar el pliego de cargos que se le formule, pedir y aportar las pruebas que requiera para su defensa, presentar alegatos de conclusión e interponer los recursos previstos, todo lo cual puede hacer sin contar para ello con defensa técnica.

La discusión acerca de la defensa surge en particular en lo que tiene que ver con la confesión. Para algunos, un acto de esta naturaleza, tomando en cuenta las disposiciones a las que se hace necesario remitirse, exige presencia de abogado, so pena de considerar nula la que se produzca sin tal asistencia.

A este respecto es necesario precisar que si no es requerida la presencia y la asistencia de abogado en el curso del proceso disciplinario y cuando no se exige para aspectos tan importantes como la respuesta al pliego de cargos, ninguna razón existe para sostener que ella es obligada al producirse una confesión.

Se parte de la base de que en las actuaciones distintas a las penales, no está prevista constitucionalmente la exigencia de asistencia de abogado. Sobre el particular, la Corte Constitucional, en su sentencia C – 131 de 2002, señaló:

*De lo dicho se infiere que la exigencia de la defensa técnica como derecho fundamental ha sido circunscrita por el constituyente al proceso penal y ello es comprensible pues la responsabilidad penal involucra la afección directa de derechos fundamentales - piénsese por ejemplo, en la privación de la libertad permitida para muchos delitos, ya como pena, ya como medida de aseguramiento -, circunstancia que conduce a que se intensifiquen al máximo las garantías contenidas en el debido proceso puesto que se trata de dotar al ciudadano de las herramientas que requiera para colocarse en una situación de equilibrio ante el ejercicio del poder más drástico de que es titular el Estado. De allí también por qué, aparte del derecho a la defensa técnica, muchas de las garantías que amparan al ciudadano ante el ejercicio del poder punitivo hayan sido configuradas directamente por el constituyente pues se alienta el propósito de limitar un poder que históricamente se ha prestado al desconocimiento de los atributos inherentes al ser humano.*

*De lo expuesto se deduce, entonces, que la exigencia constitucional de defensa técnica ha sido circunscrita por el constituyente al proceso penal y no se ha extendido a otro tipo de procesos como es el caso del proceso de responsabilidad fiscal. De allí que la sola invocación de la referencia constitucional al derecho a la defensa técnica contenida en el artículo 29 de la Carta no baste para acreditar la inexequibilidad de una norma que le ha asignado carácter facultativo al derecho a la defensa técnica en la diligencia de exposición libre y espontánea que se rinde en el proceso de responsabilidad fiscal.”*

Y en la sentencia C – 328 de 2003 la Corte Constitucional reiteró:

Así mismo, en la sentencia C-948 de 2002[33] la Corte decidió “*declarar EXEQUIBLE, la expresión “que podrá ser estudiante del Consultorio Jurídico de las Universidades reconocidas legalmente” contenida en el artículo 17 de la Ley 734 de 2002.*” Dicha sentencia estableció lo siguiente:

*“(E)sta Corporación ha considerado que, salvo en el caso de los procesos penales en los que solamente de manera excepcional cabe acudir como defensores de oficio a los estudiantes de las universidades reconocidas legalmente, éstos pueden asumir la defensa en todo tipo de procesos, sin que ello signifique la vulneración del derecho de defensa señalado en el artículo 29 superior. No sobra precisar al respecto, por lo demás, que la exigencia constitucional de defensa técnica ha sido circunscrita por el Constituyente al proceso penal y no se ha extendido a otro tipo de procesos.”*

Por lo tanto, no es contrario al artículo 29 de la Constitución que la ley deje a la libre determinación del sujeto disciplinado si desea o no ser representado por un abogado. Así, el enunciado acusado será declarado exequible.

En consecuencia, cabe afirmar que en el proceso disciplinario no es obligada la asistencia técnica para ninguna de sus actuaciones. Esto no impide hacer otras precisiones.

El investigado puede contar con asistencia técnica. Si no dispone de ella y la solicita, se puede brindar el concurso de un abogado de oficio o de estudiantes de consultorio jurídico debidamente acreditados.

En caso de confesión, deben hacerse las advertencias constitucionales del artículo 33, puede brindarla sin asistencia de abogado o con la asistencia técnica de uno designado por el investigado, o puede solicitar que se le designe uno de oficio, que puede ser estudiante de consultorio jurídico.

La inasistencia del abogado designado por el investigado no impide el curso de la actuación. No se debe olvidar que si formulado el pliego de cargos, no es posible la notificación personal del investigado, se le debe designar abogado para que lo represente, en cuyo caso su asistencia técnica es obligatoria, para que lo defienda y no se podrá surtir la actuación sin su presencia.

## CONCLUSIONES

---

Conforme con lo atrás visto, se puede precisar:

- El derecho disciplinario es de orden público, responde al ejercicio de la potestad punitiva del Estado y sus sanciones son de naturaleza administrativa.
- En desarrollo de las actuaciones disciplinarias, atiende principios y garantías propias del derecho penal, pero ellas se aplican con cierta flexibilidad.
- Esa flexibilidad surge del hecho de que las sanciones en materia disciplinaria no comportan pena privativa de la libertad ni restringen derechos fundamentales relacionados con la vida o la libertad de los investigados.
- La flexibilidad en ningún caso puede entenderse como arbitrariedad.
- La flexibilidad hace relación a aspectos como la legalidad y la tipicidad, tomando en cuenta que resulta una tarea improbable encuadrar en disposiciones legales todas las actividades que pueden desarrollar los servidores públicos y por ende los que pueden constituir deberes desatendidos.
- También existe cierta flexibilidad en el señalamiento del procedimiento a seguir, en tanto este puede ser ordinario o verbal, dependiendo de ciertos factores y circunstancias. Sin embargo, es la ley la que determina bajo cuales de esas condiciones debe adelantarse uno u otro.
- Se admite que en el proceso disciplinario la ley no exige la presencia de abogado, razón por la cual los aspectos del debido proceso y del derecho de defensa tienen una connotación diferente en este aspecto.

En todo caso, la ley ha señalado los principios y garantías que orientan el proceso disciplinario, donde prevalecen el debido proceso, el derecho de defensa, el de contradicción, el derecho a pedir y a aportar pruebas y a controvertir las que se alleguen, la presunción de inocencia, la cosa juzgada disciplinaria, el derecho a que la segunda instancia no agrave la sanción impuesta, la doble instancia, a la interposición de recursos y la absolución de la duda en favor del disciplinado.



# TIPICIDAD DISCIPLINARIA Y DEBERES EN LA LEY DE VÍCTIMAS

---

ALFONSO CAIJAO CABRERA \*

*\*Es abogado de la Universidad Externado de Colombia. Con Maestría en Ciencia Política de la Università Degli Studi di Salerno, Italia. Post-grado en Alta Gerencia de la Universidad de los Andes. Especialización en Derecho Disciplinario de la Universidad Cooperativa de Colombia. Diplomado en Derecho Disciplinario del Instituto de Estudios del Ministerio Público, Procuraduría General de la Nación, con un curso de especialización en postgrado sobre Problemas Actuales de los Derechos Fundamentales de la Universidad Carlos III de Madrid, España.*

*Se ha desempeñado como Defensor del Pueblo Encargado, ha sido Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Ministerio del Interior y del Ministerio del Interior y de Justicia. En la Procuraduría General de la Nación ha ocupado los cargos de Director Nacional de Investigaciones Especiales (e), Abogado Asesor del Despacho del Procurador General de la Nación, Abogado Asesor de la Procuraduría Auxiliar y Jefe de la División de Investigaciones Sociopolíticas y Asuntos Socio Económicos del Instituto de Estudios del Ministerio Público. Actualmente es el Secretario General de la Defensoría del Pueblo. Docente Emérito del Instituto de Estudios del Ministerio Público.*

|                               |     |
|-------------------------------|-----|
| Tipo genérico envolvente..... | 113 |
| Conclusión.....               | 118 |

*Ponencia para el 3° Congreso Internacional de Derecho Disciplinario. “Hacia la comprensión de las teorías que fundamentan el derecho disciplinario”*<sup>56</sup>

La disciplina es el fundamento de la potestad disciplinaria, pues para que la administración sea eficiente se requiere una organización y esta supone la preexistencia de una jerarquía. La adecuada distribución y coordinación de desempeños materiales o jurídicos en las personas, servidores públicos, que integran la administración pública y que componen, a su vez, los varios órganos que la integran, se articulan entre sí sobre la confianza básica de que cada uno realizará las tareas que le son impuestas. Para comprender esta afirmación, hemos de partir del hecho de la intersubjetividad permanente del ser humano pues la división del trabajo en una organización es un mecanismo necesario destinado a obtener el máximo provecho a través de la especialización de las tareas. Cada individuo actúa y realiza en lo que le obliga y es este su aporte al trabajo mancomunado. Cada uno de los partícipes de la organización hace lo propio.

Esta argumentación que se nutre de la más elemental lógica organizacional, me releva de citar a los continuadores de Frederick Taylor (administración científica), Henry Fayol (proceso administrativo) y Max Weber (administración burocrática), para establecer que la subordinación entre servidores públicos así como la coordinación de las funciones a estos dadas, conducen al concepto de competencia, entendida esta como autorización constitucional y legal para desarrollar ciertas y muy particulares actividades en beneficio, claro está, del interés general.

Pero la subordinación y la coordinación han de articularse siempre en un orden a través de la disciplina y esta supone la correlación de un poder de mando y otro de subordinación como deber de obediencia. La concreción más evidente de estos poderes es la norma jurídica, pues precisamente a través de ella se determinan las actividades que puede realizar quien integra la administración pública, bien para hacer, mandar u obedecer. Y esta determinación recae en el concepto del deber.

Si bien el deber es el postulado fundamental sobre el que se construye de la filosofía kantiana<sup>57</sup>, y supone el desarrollo de un acto derivado de un mandato forzoso que tiene diversas fuentes, el deber nace en la antigua Grecia como ca-

56 Realizado en la ciudad de Bogotá el 21 y 22 de noviembre de 2013 organizado por el Instituto de Estudios del Ministerio Público de la Procuraduría General de la Nación.

57 Cfr. Kant Emmanuel. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Editorial Porrúa. México 2007. Páginas 24 y siguientes.

tegoría moral, pero en materia disciplinaria su contenido va más allá en tanto adquiere un sentido jurídico plenamente exigible, pues su incumplimiento acarrea una sanción que tiene incidencia en el desarrollo futuro de la vida laboral del servidor público. Tal obligatoriedad le imprime un sello característico: el del mandato de obligatoriedad ante cuya infracción inexorablemente se responde con castigo. Y en tal virtud moldea o determina el comportamiento del servidor público, pues las posibilidades de libertad en cuanto a la autodeterminación se ven limitadas y encauzadas por el deber, toda vez que a través de este es que debe expresarse la voluntad del servidor público.

Existe un deber que pudiéramos categorizar como omnipresente. Quizás el más trascendente de todos, es un deber general que asiste a todos los servidores públicos y es el de saber, saber lo que tiene que hacer “y a qué consecuencias se exponen haciendo o no haciendo”<sup>58</sup>, como lo impone el numeral 40 del artículo 34 de la Ley 734 de 2002, al indicar la obligación de capacitarse y actualizarse en el área donde desempeña su función. Y decimos omnipresente pues con él se engloban y aglutinan todos los demás: el servidor público está en la obligación de saber, de saber cuáles son sus funciones y de desempeñarlas.

La Corte Constitucional en Sentencia C-948 de 2002<sup>59</sup>, indicó las características de los deberes que asisten a los servidores públicos, pues “*como se desprende de las consideraciones preliminares que se hicieron en relación con la especificidad del derecho disciplinario, resulta claro que dicho derecho está integrado por todas aquellas normas mediante las cuales se exige a los servidores públicos un determinado comportamiento en el ejercicio de sus funciones*”<sup>60</sup>. En este sentido y dado que, como lo señala acertadamente la vista fiscal, las normas disciplinarias tienen como finalidad encauzar la conducta de quienes cumplen funciones públicas mediante la imposición de deberes con el objeto de lograr el cumplimiento de los cometidos fines y funciones estatales, el objeto de protección del derecho disciplinario es sin lugar a dudas el deber funcional de quien tiene a su cargo una función pública.

*El incumplimiento de dicho deber funcional es entonces necesariamente el que orienta la determinación de la antijuricidad de las conductas que se reprochan por la ley disciplinaria. Obviamente no es el desconocimiento formal de dicho deber el que origina la falta disciplinaria, sino que, como por lo demás lo*

58 Carnelutti, Francesco. *Cómo Nace el Derecho*. Trad. Santiago Sentís Melendo Editorial Temis S.A. Bogotá 2007. Página 55.

59 Ver Corte Constitucional. Sentencia C-948 de 2002. M. P.: Álvaro Tafur Galvis.

60 Ver Corte Constitucional. Sentencia C-417 de 1993 M. P.: José Gregorio Hernández Galindo.

*señala la disposición acusada, es la infracción sustancial de dicho deber, es decir el que se atente contra el buen funcionamiento del Estado y por ende contra sus fines, lo que se encuentra al origen de la antijuricidad de la conducta.*

*Así ha podido señalar esta Corporación que no es posible tipificar faltas disciplinarias que remitan a conductas que cuestionan la actuación del servidor público haciendo abstracción de los deberes funcionales que le incumben como tampoco es posible consagrar cláusulas de responsabilidad disciplinaria que permitan la imputación de faltas desprovistas del contenido sustancial de toda falta disciplinaria<sup>61</sup>.*

*Dicho contenido sustancial remite precisamente a la inobservancia del deber funcional que por sí misma altera el correcto funcionamiento del Estado y la consecución de sus fines.”*

Si el objeto del derecho disciplinario es la organización de la administración pública y a través de ella la prestación de la función pública, esta es una actividad reglada y, por ello, sometida al principio de la legalidad. Entonces es importante destacar como el artículo 124 de la Constitución Política dispuso que es la “*Ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva*”, lo que significa que solo el Congreso es quien se ocupa de reglar la materia disciplinaria, pues en este campo el régimen disciplinario está sometido a reserva legal. Por ello la determinación de los deberes, como insumo para las faltas y como quiera que en estos hay descripción típica solo pueden ser determinados por el legislador.

Esta controversia ya ha sido analizada por la Corte Constitucional. La jurisprudencia constitucional ha establecido que, con excepción de ciertos casos específicos, la consagración de comportamientos reprochables disciplinariamente es materia que exclusivamente compete al legislador.

En la Sentencia C-1076 de 2002<sup>62</sup> declaró exequible la expresión “decretos” contenida tanto en el artículo 54 como en el numeral 4° del artículo 61 del actual Código Disciplinario Único, en el entendido de que la expresión mencionada “trata de decretos con fuerza de ley”. De conformidad con lo anterior, los decretos pueden prever “inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y conflicto de intereses” de particulares que ejerzan funciones públicas. Y de acuerdo con la segunda disposición, constituye una falta gravísima de los notarios la transgresión del régimen de inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y conflictos de intereses previstos, entre otras normas, en los “decretos”.

61 Ver Corte Constitucional. Sentencia C-373 de 2002 M. P.: Jaime Córdoba Triviño.

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

Al respecto, la Corte dijo que

*“únicamente por vía legal, lo cual incluye a los decretos con fuerza de ley, se puede regular lo concerniente al régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflicto de intereses a los particulares, como quiera que está de por medio el acceso a una función pública.*

*(...)*

*en materia disciplinaria existe una reserva legal, en el sentido de que únicamente por medio de una ley, incluyendo los decretos con fuerza de ley, se puede erigir un comportamiento determinado en conducta reprochable disciplinariamente. De tal suerte que el régimen sancionatorio aplicable a los notarios no puede ser la excepción a la regla, por cuanto no existe ninguna razón constitucionalmente válida para ello.*

Igualmente, en la sentencia C-448 de 1998<sup>63</sup> la Corte declaró inexecutable la expresión “y los reglamentos administrativos” contenida en el artículo 42 de la Ley 200 de 1995, que disponía que: “*Se entienden incorporadas a este Código las incompatibilidades e inhabilidades previstas en la Constitución, la ley y los reglamentos administrativos*”. Dijo la Corte:

*“el legislador es quien está habilitado constitucionalmente para fijar el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los servidores públicos, sin que de otro lado, en nada se opone a los mandatos constitucionales, la incorporación en el Código Disciplinario Unico de las incompatibilidades e inhabilidades previstas en la misma Constitución y en la ley, en relación con la conducta de aquellos, y específicamente con los concejales (artículos 293 y 312 de la CP.), cuando esta quebrante los principios rectores de la administración pública.*

*Cabe señalar que, algunas inhabilidades e incompatibilidades están fijadas en la Constitución (como las establecidas en los artículos 179, 303 y 312); otras por el legislador, por expresa delegación del constituyente, y otras por los reglamentos administrativos.*

*Por consiguiente, al encontrarse ellas dispersas, el legislador determinó en el precepto sub examine que las normas relativas a dicho régimen, quedaran en el Estatuto Disciplinario Único, lo que en consecuencia no riñe con los preceptos superiores, razón por la cual se declarará la exequibilidad del artículo 42 de la Ley 200 de 1995, salvo la expresión “y los reglamentos administrativos” contenida en la disposición acusada, la cual resulta inconstitucional, por cuanto como antes se observó es materia de competencia de legislador”*<sup>64</sup>.

63 Corte Constitucional. Sentencia Sentencia C-448 de 1998. M. P.: Hernando Herrera Vergara.

64 Igualmente, en la sentencia C-653 de 2001 (M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa) la Corte consideró que “(t)anto en materia penal como disciplinaria, la garantía constitucional del principio

El derecho disciplinario valora la inobservancia de normas positivas en cuanto ello implique el quebrantamiento del deber funcional, esto es, el desconocimiento de la función social que le incumbe al servidor público o al particular que cumple funciones públicas<sup>65</sup>. De esta manera se garantiza de otro lado que el servidor público conozca sus funciones y los límites de las mismas. Este asunto es al que se refiere la tipicidad disciplinaria, como quiera que señala de manera clara y precisa el campo de acción del servidor público y le indica, que la consecuencia jurídica de tal principio no es otra que la necesidad de castigo de las conductas que atentan contra tales presupuestos. Es decir entre el deber y la descripción del comportamiento prohibido existe una relación íntima, pues los deberes son, en últimas, supuestos típicos.

Adicional a los principios de legalidad y reserva de ley, en el derecho disciplinario, resulta exigible de igual manera el principio de tipicidad. La norma que crea la infracción, y también la sanción, debe describir de manera clara, precisa e inequívocamente las conductas que pueden ser sancionadas, así como la correlación entre unas y otras.

---

*de legalidad impone al legislador la obligación de definir previa, taxativa e inequívocamente las conductas consideradas como reprochables y las sanciones en las que incurrirá quien cometa alguna de las conductas prohibidas, pues sólo de esa manera el principio de legalidad cumple verdaderamente su función garantista y democrática, protege la libertad de las personas y asegura la igualdad ante el poder punitivo estatal. Cuando ello no ocurre así, la norma en cuestión viola la Carta, bien sea porque no determine claramente la conducta reprochada, o porque no define claramente cuál es la sanción que debe imponerse o los criterios que claramente permiten su determinación. (...) El mandato superior contenido en el artículo 29 de la Carta Política al preceptuar que “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”, exige al legislador definir de manera clara, concreta e inequívoca las conductas reprochadas disciplinariamente, el señalamiento anticipado de las respectivas sanciones, el establecimiento de las reglas sustantivas y procesales para la investigación y la definición de las autoridades competentes que dirijan y resuelvan sobre la responsabilidad disciplinaria de los funcionarios investigados.”* En esta providencia, la Corte declaró inexecutable el parágrafo del artículo 26 de la Ley 200 de 1995, de acuerdo al cual “el funcionario de la Procuraduría General de la Nación que viole el debido proceso incurrirá en causal de mala conducta, sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar”. La Corporación concluyó que la definición de la conducta era excesivamente indeterminada, lo cual era contrario al principio de tipicidad de la sanción. De otra parte, la Corte también ha considerado que ciertos aspectos del procedimiento disciplinario tienen reserva legal. En la Sentencia C-1076 de 2002 (MP Clara Inés Vargas Hernández) la Corte declaró inexecutable el inciso 4 del artículo 175 de la Ley 734 de 2002, el cual consagraba una facultad del Procurador General de la Nación de determinar casos en los cuales se aplicaría el procedimiento verbal y no el ordinario. La Corte consideró que “(e)n materia de procesos disciplinarios existe reserva legal, en el sentido de que corresponde al legislador determinar todo lo referente al funcionario competente para adelantarlos, así como las reglas, trámites, etapas, recursos y efectos de estos trámites administrativos.”

65 Corte Constitucional. Sentencia C-181 de 2002. M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra Esta posición ha sido reiterada posteriormente en las sentencias C-948 de 2002 y T-1093 de 2004.

Así las cosas, la Corte ha admitido que mediante el principio de tipicidad *“se desarrolla el principio fundamental ‘nullum crimen, nulla poena sine lege’, es decir, la abstracta descripción que tipifica el legislador con su correspondiente sanción, debe ser de tal claridad que permita que su destinatario conozca exactamente la conducta punitiva; en principio se debe evitar pues la indeterminación para no caer en una decisión subjetiva y arbitraria”*<sup>66</sup>.

De tiempo atrás la Corte Constitucional ha precisado al respecto de la tipicidad en materia sancionatoria que: entre otras en la sentencia C-417 de 1993, definió: *“las faltas disciplinarias son definidas anticipadamente y por vía general en la legislación y corresponden a descripciones abstractas de comportamientos que, sean o no delitos, enturbian, entorpecen o desvirtúan la buena marcha de la función pública en cualquiera de sus formas, lo que hace que las mismas disposiciones que las consagran estatuyan, también con carácter previo, los correctivos y sanciones aplicables a quienes incurran en aquellas”*.

En la sentencia C-317 de 1997, que a la letra dice que *“uno de los principios esenciales en materia sancionatoria es el de tipicidad, según el cual las faltas disciplinarias no sólo deben estar descritas en norma previa sino que, además, la sanción debe estar predeterminada. Dicho principio está consagrado en nuestra Constitución como parte integrante del debido proceso, pues al tenor del artículo 29 de la constitución, nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa”*.

En sentencia C-1076/02, precisó la Corte Constitucional *“En materia de principio de tipicidad disciplinaria, la Corte ha establecido algunos puntos de contacto, y algunas diferencias importantes, con el mismo principio en el ámbito penal. En cuanto a las segundas ha dicho esta Corporación lo siguiente:*

*“el principio de tipicidad no tiene en el derecho disciplinario la misma connotación que presenta en el derecho penal, en donde resulta ser más riguroso. La razón de ser de esta diferencia, se encuentra en la naturaleza misma de las normas penales y las disciplinarias. En las primeras, la conducta reprimida usualmente es autónoma. En el derecho disciplinario, por el contrario, por regla general los tipos no son autónomos, sino que remiten a otras disposiciones en donde está consignada una orden o una prohibición”*<sup>67</sup>.

66 Corte Constitucional. Sentencia C-530 de 2003. M. P.: Eduardo Montealegre Lynett.

67 Corte Constitucional. Sentencia C-404/01. M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.



A pesar de estas significativas diferencias, lo cierto es que el principio de tipicidad disciplinaria comparte algunos elementos con aquel que orienta la normatividad penal:

*“Así pues, mientras por el principio de legalidad se “demanda imperativamente la determinación normativa de las conductas que se consideran reprochables o ilícitas” el principio de tipicidad concreta dicha regulación, “en el sentido de que exista una definición clara, precisa y suficiente acerca de la conducta o del comportamiento ilícito, así como de los efectos que se derivan de éstos, o sean las sanciones. De esta manera la tipicidad cumple con la función de garantizar, por un lado, la libertad y seguridad individuales al establecer en forma anticipada, clara e inequívoca qué comportamientos son sancionados, y de otro, proteger la seguridad jurídica”<sup>68</sup>.*

En derecho disciplinario, el principio de legalidad está consagrado en varias normas constitucionales. Primero, los incisos 2° de los artículos 6° y 29 establecen que los servidores públicos no pueden *“ser juzgados sino conforme a leyes preexistentes”*, y que *“sólo son responsables por infringir la Constitución y la ley y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”*. En relación con la regulación de las funciones de los servidores públicos, los artículos 122 y 123 inciso 2° disponen que éstos *“ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento”* y que *“no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento”*. Y en cuanto a la responsabilidad de los servidores públicos, el artículo 124 dictamina que *“la ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos”*.

La tipicidad disciplinaria supone entonces, la definición por parte del legislador de aquellas conductas cuya infracción amerita un reproche sancionatorio toda vez que afectan la efectividad y el desarrollo de los principios y fines previstos en la Constitución, la ley y los tratados internacionales que se deben observar en el ejercicio de la función pública<sup>69</sup>.

La tipicidad disciplinaria garantiza pues, que el servidor público conozca que existen normas que le indican sus funciones, pero también de manera genérica sus deberes y prohibiciones. Este conocimiento se afianza sobre una doble garantía, cual es la de que el precepto jurídico existe de manera previa al acto realizado e indica con grado de certeza, cuales son las conductas que suponen

68 Corte Constitucional. Sentencia C-708/99. M. P.: Álvaro Tafur Galvis.

69 Cfr. Artículo 16 de la Ley 734 de 2002, Código Disciplinario Único.

quebrantamiento de sus deberes pues al tiempo son infractoras del correcto funcionamiento de la administración pública. Desde el punto de vista formal, se refiere a la existencia de una norma de rango legal que convalida el ejercicio de sus potestades.

Por su parte el numeral 7° del artículo 150 de la Constitución Política estipula que el Congreso, por medio de leyes es el encargado de “*Determinar la estructura de la administración nacional y crear, suprimir o fusionar ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y otras entidades del orden nacional, señalando sus objetivos y estructura orgánica; reglamentar la creación y funcionamiento de las corporaciones autónomas regionales dentro de un régimen de autonomía; así mismo, crear o autorizar la constitución de empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta.*”

Significa esto que lo relativo a la estructura, organización y funcionamiento de la administración pública está sometida al principio de legalidad. Y en desarrollo de este principio, las autorizaciones concedidas a los servidores públicos para desarrollar sus funciones están presentes en los catálogos de deberes y prohibiciones contenidos en los artículos 34 y 35 del Código Disciplinario Único, Ley 734 de 2002 y tales descripciones como expectativas de conductas positivas o negativas, no son asunto diverso que el supuesto de hecho de la falta disciplinaria, pues de incurrir en tales comportamientos, por omitirlos en el caso del deber o realizarlos en el de la prohibición, se concreta la conducta típica reproachable la que aunada a los demás elementos de la falta tales como la ilicitud sustancial y la culpabilidad, activan la responsabilidad disciplinaria con la consecuente sanción.

En efecto, en la Sentencia C-431 de 2004<sup>70</sup>, precisó que: “*Por lo tanto 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*”<sup>71</sup>. *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*

70 Corte Constitucional. Sentencia C-431 de 2004. M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

71 Cf. OSSA ARBELÁEZ, Jaime Derecho Administrativo Sancionador Ed. Legis Bogotá, 2000 pág. 273.

*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*<sup>72, 73</sup> (Negrillas fuera del original)

Si bien es cierto que el principio de tipicidad es garantía del debido proceso, es estructural a él, también lo es que la flexibilidad de que se viene hablando se refiere a la naturaleza de la infracción disciplinaria y a la forma como está descrita en la norma, que no es tan rigurosa como en materia penal. En efecto, la Corte Constitucional en sentencia T-1093 de 2004<sup>74</sup>, dijo:

*“La aplicabilidad del principio de tipicidad en el campo disciplinario ha sido reconocida en reiteradas oportunidades por la Corte; así, por ejemplo, en la sentencia C-404 de 2001 se señaló que ‘dentro de los principios que rigen el derecho disciplinario, está sin duda el de la tipicidad, que exige que la conducta del servidor público que la ley erige como falta sea previamente definida por el legislador, así como la sanción correspondiente’.*

*Esta Corte también ha precisado en numerosas oportunidades que, dadas las especificidades propias del campo disciplinario, el principio de legalidad, y en particular el de tipicidad, tiene unas características propias que son similares, pero no idénticas, a las que adquiere en el ámbito penal; ha expresado la jurisprudencia constitucional que dicho principio de tipicidad no tiene en el derecho disciplinario la misma connotación que presenta en el derecho penal, en donde resulta ser más riguroso (...) ‘La naturaleza de las normas, el tipo de conductas que se reprimen, los bienes objeto de protección, la finalidad de la sanción y la participación de normas complementarias son, entre otros, factores que determinan la diversidad en el grado de rigurosidad que adquiere el principio de tipicidad en cada materia. // De esta manera, lo que se exige frente al derecho al debido proceso no es que los principios de la normatividad sustantiva y procesal del derecho penal se apliquen a todas las actuaciones judiciales, administrativas o de carácter sancionatorio, sino que en todo caso de actuación administrativa exista un proceso debido, que impida y erradi-*

72 Corte Constitucional. Sentencias C-127 de 1993 y C-599 de 1999. M. P.: Alejandro Martínez Caballero.

73 Corte Constitucional. Sentencia C- 404 de 2001. M. P.: Álvaro Tafur Galvis M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

74 Corte Constitucional. Sentencia T-1093 de 2004 M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

*que la arbitrariedad y el autoritarismo, que haga prevalecer los principios de legalidad y de justicia social, así como los demás principios y fines del Estado, y que asegure los derechos constitucionales, los intereses legítimos y los derechos de origen legal o convencional de todas las personas' (...)*".

En este pronunciamiento la Corte Constitucional observó que las diferencias fundamentales en lo que hace a la tipicidad penal y disciplinaria radican en la precisión con la cual deben estar definidas las conductas en las normas disciplinarias y la amplitud de que goza el fallador disciplinario para adelantar el proceso de adecuación típica de las conductas disciplinarias en los procedimientos sancionatorios.

En cuanto a la primera diferencia, en el derecho disciplinario las faltas disciplinarias están consagradas en "tipos abiertos" o "conceptos jurídicos indeterminados".

Es un imposible ontológico, aún como pretensión del racionalismo clásico el redactar un catálogo que contenga todas y cada una de las hipótesis que contienen los mandatos de deberes y las prohibiciones. No se puede transcribir un listado taxativo que agote todas y cada una de las posibilidades de acción de los servidores públicos con el fin de pretender a través de ellas *"la prevención y buena marcha de la gestión pública, así como la garantía del cumplimiento de los fines y funciones del Estado"*<sup>75</sup>. En estos términos, la Corte puntualizó:

*"También se justifica este menor requerimiento de precisión en la definición del tipo disciplinario por el hecho que de asumir una posición estricta frente a la aplicación del principio de tipicidad en este campo llevaría simplemente a transcribir, dentro de la descripción del tipo disciplinario, las normas que consagran los deberes, mandatos y prohibiciones aplicables a los servidores públicos"*<sup>76</sup>.

75 Corte Constitucional. Sentencia C-948 de 2002. M. P.: Álvaro Tafur Galvis.

76 Corte Constitucional. Sentencia T-1093 de 2004. (M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa). En la presente decisión se citó la sentencia C-404 de 2001 (M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra), en donde se esgrime la misma posición jurídica, citando las siguientes consideraciones pronunciadas por la doctrina especializada sobre la materia, a saber: *"Las normas penales no prohíben ni ordenan nada, sino que se limitan a advertir que determinadas conductas llevan aparejadas una pena. Los tipos sancionadores administrativos, por el contrario, no son autónomos sino que se remiten a otra norma en la que se formula una orden o prohibición cuyo incumplimiento supone cabalmente la infracción. Estas normas sustantivas constituyen, por ende, un pretipo, que condiciona y predetermina el tipo de la infracción. Y por ello si se quisiera ser riguroso, la descripción literal de un tipo infractor habría de consistir en la reproducción de la orden o prohibición del pretipo con la advertencia añadida de la sanción que lleva aparejada su incumplimiento, es decir, una reproducción de textos en doble tipografía"*. (NIETO GARCÍA. Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. Editorial Tecnos. Madrid. 1994. Pág. 298).

Posteriormente en la Sentencia C-507 de 2006<sup>77</sup>, estipuló que el régimen disciplinario se caracteriza por la amplia utilización de tipos abiertos, dijo entonces:

*“La Corte reitera que el régimen disciplinario se caracteriza por la amplia utilización de tipos abiertos, ante la imposibilidad para el legislador de contar con un listado detallado de comportamientos donde se subsuman todas aquellas conductas que están prohibidas a las autoridades o de los actos antijurídicos de los servidores públicos. Por ello las deposiciones disciplinarias tienen un complemento normativo compuesto por disposiciones que contienen prohibiciones, mandatos y deberes, al cual debe remitirse el operador disciplinario para imponer las sanciones correspondientes, circunstancia que sin vulnerar los derechos de los procesados permite una mayor adaptación del derecho disciplinario a sus objetivos.”*

Y en la misma providencia, en punto a la revisión de las normas disciplinarias de la Policía nacional, precisó que:

*“Así en el derecho disciplinario la regla general es que la tipicidad de sus infracciones se regula “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”. Esa posibilidad de entrar a definir la tipicidad de la conducta por medio de normas complementarias, comporta un método legislativo conocido por la doctrina y la jurisprudencia como el de las normas o tipos en blanco, que como se dijo, consiste “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”<sup>78</sup>.*

*Frente a tipos en blanco, ha considerado la Corte que se ajustan al principio de tipicidad y son admisibles constitucionalmente, en los casos en que el correspondiente reenvío normativo permita al operador jurídico establecer y determinar inequívocamente el alcance de la conducta reprochable y de la sanción correspondiente<sup>79</sup>.*

Ahora bien, en cuanto a los “conceptos jurídicos indeterminados”, se incluyen aquellos conceptos de valor o de experiencia utilizados por el legislador, que limitan o restringen el alcance de los derechos y de las obligaciones que asumen

77 Corte Constitucional. Sentencia C-507 de 2006. M. P.: Álvaro Tafur Galvis.

78 Corte Constitucional Sentencia C-404 de 2001, M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

79 Ver entre otras las Sentencias C-127/93 y C-599/99. M. P.: Alejandro Martínez Caballero, C-796/04 M. P.: Rodrigo Escobar Gil.

los servidores públicos. En sentencia C-371 de 2002<sup>80</sup>, la Corte Constitucional al pronunciarse acerca de la constitucionalidad condicionada de la expresión “buena conducta”, prevista la Ley 600 de 2000, como requisito para acceder a los mecanismos sustitutos de la pena privativa de la libertad, manifestó:

*“Los conceptos de buena conducta o de buen comportamiento tienen distintos ámbitos de aplicación y han sido ampliamente utilizados por el legislador. Así, por ejemplo, los mismos constituyen la base del buen nombre, tienen aplicación en el campo disciplinario, en materia crediticia, en asuntos laborales, en los establecimientos educativos, en los centros penitenciarios, en relación con obligaciones tales como las alimentarias, etc. Cuando son empleados por el legislador tienen, por lo general, el carácter de lo que la doctrina conoce como conceptos jurídicos indeterminados, esto es, aquellos conceptos de valor o de experiencia utilizados por las leyes y por virtud de los cuales éstas refieren a “una esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado”<sup>81</sup>.*

*Lo propio de este tipo de conceptos es que, no obstante su indeterminación, los mismos deben ser precisados en el momento de su aplicación. Y tal concreción no responde a una apreciación discrecional del operador jurídico, sino que se encuadra dentro de los parámetros de valor o de experiencia que han sido incorporados al ordenamiento jurídico y de los cuales el operador jurídico no puede apartarse. En particular, cuando los conceptos jurídicos indeterminados afectan derechos fundamentales, la Corte ha puntualizado que su determinación debe hacerse siempre a la luz de las normas constitucionales y legales que resulten aplicables a tales derechos, y que de la indeterminación legislativa del concepto no puede derivarse la posibilidad de imponer restricciones injustificadas a los derechos fundamentales, entendiendo por tales restricciones, aquellas que trasciendan los límites que a cada derecho trazan las respectivas normas constitucionales y legales<sup>82</sup>.<sup>[50]</sup> Agregó la Corte que en estos casos un “...mínimo de justicia material se concreta en el derecho*

80 M. P.: Rodrigo Escobar Gil.

81 Eduardo García de Enterría, Tomás-Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo. Ed. Civitas S.A., Madrid, 1986, Tomo I. p. 433.

82 Corte Constitucional. Sentencia T-706 de 1996. (M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz). En esta Sentencia, la Corte encontró que se vulneraban los derechos constitucionales de los reclusos cuando al amparo de la indeterminación de ciertos conceptos jurídicos de carácter reglamentario se les impedía la difusión dentro del penal de informaciones legítimas dentro de un orden democrático.

*a una decisión suficientemente fundamentada que justifique el sacrificio o la restricción a un derecho fundamental*”<sup>83</sup>.

*Es claro, entonces, que el concepto de “buena conducta”, no obstante su indeterminación, cuando está contenido en una ley, es un concepto jurídico, y que por consiguiente su aplicación no refiere al operador a ámbitos meta-jurídicos como el de la moral, o extra-jurídicos como el propio de ordenamientos religiosos o privados, cualquiera que sea su naturaleza, sino que debe hacerse a la luz de los valores, los principios y las reglas de derecho contenidas en el ordenamiento y que sirven de fundamento a la institución jurídica en cuya regulación está incorporado el concepto jurídico indeterminado*”<sup>84</sup>.

En el artículo 34 de la Código Disciplinario Único, Ley 734 de 2002, pueden verse expresiones que claramente pueden categorizarse como conceptos indeterminados en los numerales 2 *“diligencia, eficiencia e imparcialidad...”* o como en el numeral 15 al indicar que se ejercerán las funciones *“consultando permanentemente el interés común...”* para citar solo dos, donde se evidencian conceptos que han de precisarse sobre contextos de valores y reglas de derecho contenidas en el ordenamiento jurídico.

En sentencia T-1093/04<sup>85</sup>, la Corte Constitucional distinguió importantes elementos entre el Derecho Penal y el Disciplinario, frente al tema en comento. Fue así como hizo las siguientes consideraciones:

*“A diferencia de la materia penal, ‘en donde la descripción de los hechos punibles es detallada, en la disciplinaria el fallador cuenta con un mayor margen de valoración e individualización de las faltas sancionables por la diversidad de comportamientos que pugnan contra los propósitos de la función pública y del régimen disciplinario’<sup>86</sup>; y que ‘en la definición de las faltas disciplinarias, entran en juego, elementos propios de la función pública que interesan por sobre todo a contenidos político-institucionales, que sitúan al superior jerárquico en condiciones de evaluar con mayor flexibilidad, y de acuerdo con criterios que permiten un más amplio margen de apreciación, tal como lo ha entendido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, órgano competente*

83 Ibidem.

84 Corte Constitucional. Sentencia C-371 de 2002. (M. P.: Rodrigo Escobar Gil). (Subrayado por fuera del texto original). En idéntico sentido, puede consultarse en la doctrina a GARCÍA DE ENTERRÍA. Eduardo. La lucha contra las inmunidades del poder. Cuadernos Civitas. Madrid.

85 M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

86 Corte Constitucional. Sentencia C-427 de 1994. M. P.: Fabio Morón Díaz.



*para interpretar y aplicar el Convenio Europeo de Derechos Humanos*<sup>87</sup>. También ha precisado en este mismo sentido la Corte que *‘mediante la ley disciplinaria se pretende la buena marcha de la administración pública asegurando que los servidores del Estado cumplan fielmente con sus deberes oficiales, para lo cual se tipifican las conductas constitutivas de falta disciplinaria en tipos abiertos que suponen un amplio margen de valoración y apreciación en cabeza del fallador’*<sup>88</sup>. Por ende, *“el investigador disciplinario dispone de un campo amplio para determinar si la conducta investigada se subsume o no en los supuestos de hecho de los tipos legales correspondientes, y si fue cometida con dolo o con culpa, es decir, en forma consciente y voluntaria o con violación de un deber de cuidado, lo mismo que su mayor o menor grado de gravedad”*<sup>89</sup>.

De otro lado, esta dicotomía norma genérica y norma que determina la función en materia disciplinaria, ha sido compartida desde hace muchos años por la Corte Suprema de Justicia, pues en la Sentencia del 12 de agosto de 1982, el doctor Manuel Gaona Cruz precisaba: *“...claro que la regulación genérica de la conducta indebida del funcionario no comporta la facultad arbitraria o caprichosa, ni releva a la autoridad de la obligación de ceñir sus mandatos o decisiones a los precisos cometidos propuestos”* (Negrillas fuera del original).

Hemos afirmado que los catálogos de deberes y prohibiciones forman parte de la tipicidad de las faltas disciplinarias, pues no otro es el entendido de la razón de ser del artículo 23 de la ley disciplinaria. También que la tipicidad disciplinaria supone la articulación de dos normas una genérica y otra que precisa la función atribuida al servidor público. Y hemos de reiterar también, que la presencia de descripciones genéricas en un tipo disciplinario no desconoce el principio de legalidad, puesto que no se deriva de ello que la eventual sanción disciplinaria se imponga por conductas que no están descritas en la norma. Todo lo contrario, es menester aceptar que el proceso de adecuación típica tiene como elemento diferenciador de la tipicidad penal la presencia siempre de por lo menos dos normas una genérica y otra específica.

En efecto, el artículo 23 del Código Disciplinario Único, Ley 734 de 2002, dice: *“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*

87 Ibídem.

88 Corte Constitucional. Sentencia C-155 de 2002. M. P.: Clara Inés Vargas Hernández.

89 Corte Constitucional. Sentencia C-124 de 2003. M. P.: Jaime Araújo Rentería.



*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.*”; por lo que los catálogos anunciados de deberes, prohibiciones inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, son supuestos de hecho para las faltas disciplinarias. O lo que es igual: constituyen enunciaciones de conductas típicas cuyo desconocimiento ya por acción u omisión, sitúan al infractor en el terreno de la falta disciplinaria.

En este punto debe hacerse una claridad ya que en la Ley 734 de 2002, solo aparecen tipificadas en un catálogo taxativo como faltas disciplinarias las gravísimas, alojadas como tales en el artículo 48 por ordenarlo así el artículo 43 *eiusdem*, pero en tratándose de las faltas graves y leves, el sistema disciplinario presenta un modelo descriptivo de tipo abierto, en cuanto que a través de la obligatoria reunión de los contenidos normativos presentes en los artículos 34 a 41, basados en los criterios del artículo 43 y el tipo genérico del artículo 23, es que se permite al operador jurídico determinar la existencia típica de una conducta merecedora de reproche en una de estas dos categorías: grave o leve.

Es una particularidad propia del derecho disciplinario, que las faltas graves y leves necesitan de un proceso de adecuación típica que es un tanto complejo y por ello singular. En efecto, todas las faltas graves y leves, necesitan una conjunción de normas para determinar que son tales, pues no aparece, como si lo está en los regímenes militar y policial, un catálogo taxativo de faltas graves y leves<sup>90</sup>.

Es decir, el derecho disciplinario presenta un modelo descriptivo de tipo cerrado para las faltas gravísimas y abierto para las graves y leves, en cuanto que, referente a estas últimas, a través de la conjunción de los catálogos de deberes, prohibiciones inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, presentes en los respectivos artículos 34 a 41 del código y revisados los criterios determinados por el artículo 43 que fija los supuestos para determinar la gravedad o levedad de la falta y el que hemos convenido en llamar *tipo genérico envolvente* del artículo 23, y que explicaremos más adelante, permite al operador jurídico determinar la existencia típica de una conducta merecedora de reproche.

Debe aclararse, en principio, que el único comportamiento previsto como falta grave que está tipificado como tal es el que supone *asistir al trabajo en es-*

90 Cfr. Artículos 59 y 60 de la Ley 836 de 2003 “*Por la cual se expide el reglamento del Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares*” y artículos 35 y 36 Ley 1015 de 2006 “*Por medio de la cual se expide el Régimen Disciplinario para la Policía Nacional*”.

*tado de embriaguez*, lo cual debe ocurrir en una o dos ocasiones, en el numeral 48 del artículo 48, pues de ocurrir en tres o más, se convierte en falta gravísima.

No obstante cuando se trate de la hipótesis prevista en el numeral 9 del artículo 43 de la Código Disciplinario Único, Ley 734 de 2002<sup>91</sup>, en cuanto a los criterios para determinar la gravedad o levedad de la falta al ordenar que cuando se trate de la realización típica de una falta objetivamente gravísima cometida con culpa grave, esta será considerada falta grave, se presenta también un catálogo para las faltas graves, pues en todos aquellos eventos en los que las descripciones contenida en el artículo 48 admitan culpa grave, se estará ante una falta grave. Dicho de otro modo, el artículo 48 presta un doble servicio a la tipicidad disciplinaria: primero sirve como catálogo taxativo para las faltas gravísimas y segundo, funge como catálogo enunciativo de faltas graves.

Visto lo anterior, en tratándose de faltas graves y leves, en materia disciplinaria, para realizar el proceso de adecuación típica es menester entonces, acudir a la remisión a otras normas para complementarlas.

### Tipo genérico envolvente

La Corte Constitucional ha dicho respecto de la tipicidad que en esta materia existen por lo menos dos normas, una que establece la función, deber o prohibición de manera genérica y otra que prescribe que su incumplimiento constituye infracción disciplinaria.

Y ello es un hecho incontestable pues por principio, la norma disciplinaria es de remisión. Esto es, en palabras de la Corte Constitucional<sup>92</sup> que *“la remisión normativa que eventualmente se efectúe sea constitucional i) la disposición que la efectúa ha de comprender unos contenidos mínimos que le permitan al intérprete y ejecutor de la norma identificar un determinado cuerpo normativo sin que haya lugar a ambigüedades ni a indeterminaciones al respecto; ii) que las normas a las que se remite contengan, en efecto, los elementos que permiten definir con precisión y claridad la conducta sancionada, de forma tal que su aplicación se efectúe con el respeto debido al principio de tipicidad.”* Es claro entonces que la norma disciplinaria es casi siempre un tipo en blanco que debe llenarse con una disposición externa al Código Disciplinario Único.

Pero el planteamiento nuestro es que siempre habrá respecto de la tipicidad dos normas, una que establece la función de manera genérica y otra que

91 Corte Constitucional. Sentencia C-124 de 2003. M. P.: Jaime Araújo Rentería.

92 Corte Constitucional. Sentencia C-507 de 2006. M. P.: Álvaro Tafur Galvis.

establece la función, pero además una tercera, el tipo genérico envolvente del artículo 23. Pues el significado de este adjetivo es el de *que rodea una cosa de modo que cubre todas sus partes*, el que las cubre todas como hipótesis. Es decir, que la tipicidad disciplinaria está compuesta por la articulación de tres clases de disposiciones que, desde luego, son típicas en cuanto describen comportamientos. La primera es la que establece la función, deber o prohibición de manera genérica, la segunda que es complementaria pues casi siempre estas se ubican fuera del Código Disciplinario Único y es necesaria para concretar y actualizar el tipo, y otra que prescribe que su incumplimiento constituye infracción disciplinaria, esta es la genérica envolvente, pues en últimas determina la existencia de la falta, al atribuirle esa condición a la infracción de las otras.

El tipo genérico envolvente no es nada diferente de un tipo de características universales en cuanto que contiene, de ahí su condición de envolvente, todas las hipótesis de falta disciplinaria, estas son comportamientos previstos en el Código Disciplinario Único, 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, sin que tales procederes estén amparados por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad, contempladas en el artículo 28 de la misma codificación disciplinaria.

Y, solo una norma es la que contiene tales características de universalidad planteada, el artículo 23 del Código Disciplinario Único, Ley 734 de 2002, que dice: “*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.*” Y de seguir por el camino de retomar la clasificación efectuada por el maestro Alfonso Reyes Echandía, diremos que este tipo genérico es además pluriofensivo o alternativo, porque simultáneamente se refiere a varias conductas alojadas en diferentes normatividades.

En efecto, en punto al tipo genérico envolvente, es un hecho conocido que las normas disciplinarias para la estructuración de la falta acuden al conocido mecanismo de los tipos en blanco. Existen disposiciones llamadas tipos que contienen de manera general y abstracta la descripción de las conductas que el legislador ha querido reprochar, desestimulando su práctica al atribuirles

consecuencias sancionatorias. Y estos a su vez, pueden compararse con los tipos penales en blanco, que son “*aquellos cuya conducta no está integralmente descrita, en cuanto el legislador se remite al mismo o a otro ordenamiento jurídico para actualizarla o precisarla*”<sup>93</sup>, expresión que es de origen doctrinario y desarrollo en el derecho penal, amén de cobijo jurisprudencial a cargo de la Corte Constitucional<sup>94</sup>, por lo que nos parece que una expresión mas acertada en materia disciplinaria sería la de tipos genéricos envolventes para referirse a aquellas descripciones genéricas de conductas que indican que el desconocimiento de deberes o prohibiciones constituye falta disciplinaria.

Por lo tanto el mecanismo de adecuación típica en materia de faltas disciplinarias contiene casi siempre tres disposiciones y como mínimo dos. La primera disposición es aquella que contiene el mandato que define la falta disciplinaria, ubicada en el artículo 23 de la Ley 734 de 2002, Código Disciplinario Único, que correspondía al antiguo 38 de la Ley 200 de 1995 (*la incursión en conductas previstas como incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses*). La segunda disposición es la presente también en la ley disciplinaria que indica de manera genérica la falta, piénsese a guisa de ejemplo en el numeral 17 del artículo 48 que reza: “*Actuar u omitir, a pesar de la existencia de causales de incompatibilidad, inhabilidad y conflicto de intereses, de acuerdo con las previsiones constitucionales y legales.*”, pero esta debe ser complementada según su propia orden, con disposiciones externas al mismo código, así, si estamos frente a un alcalde, tal disposición será el artículo 49 de la Ley 617 de 2000<sup>95</sup>, norma específica que describe de manera puntual la conducta, en cuanto a los elementos del servidor público sujeto activo de la misma, en relación con cargo, funciones, temporalidad, deberes y prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades.

En resumen, para hacer una imputación disciplinaria deben usarse varias normas a saber, un tipo que define de manera general que es falta (*tipo genérico envolvente*<sup>96</sup>), otro que define cual es la falta (*tipo de remisión normativa*) que

93 REYES ECHANDÍA, ALFONSO. “Derecho Penal parte General”. Universidad Externado de Colombia. 8ª Edición 1981. Pág. 163.

94 Cfr. Entre las más representativas están la C- 417/93, C-597/96, C-653/01, C-653/01, C-827/01, C-921/01, C-181/02, C-948/02 y C -076/02.

95 También debe verse la Ley 1148 de 2007.

96 Cfr. Sentencia C-597/96, orientación que coincide con líneas doctrinarias generalmente aceptadas, como pone de presente Ramón Parada cuando expresa que en materia penal el principio imperante debe ser el de reserva absoluta de ley, mientras que en materia sancionatoria administrativa debe imperar el principio llamado de “*cobertura legal*” que “*solo exige cubrir con ley formal una descripción genérica de las conductas sancionables y las clases y cuantías*

se conoce como norma básica y una tercera que es la complementaria (*norma específica de deber o prohibición*). Es claro que la primera puede omitirse y estructurar el cargo con la segunda y la tercera, sin que se comprometa el principio de legalidad, pues aquella remite y autoriza y es la tercera norma la que indica de manera precisa el comportamiento a reprochar, pero somos partidarios de que en el pliego de cargos, al momento de formular la imputación disciplinaria esta disposición siempre debe estar presente, pues el deber por sí mismo no contiene la noción de falta, se hace necesaria una disposición que indique que su desconocimiento adquiere tal condición.

De otro lado, conocido es que la Constitución Política, la ley penal y la misma ley disciplinaria consagran el principio de favorabilidad como una excepción, dentro del principio de legalidad, a la obligación de que la ley sea previa al acto imputado, pues este último supone que la persona ha ser investigada y sancionada a la luz de la ley vigente para el momento del hecho y mientras se encuentre en vigor.

El principio de favorabilidad encuentra consagración en el artículo 29 Superior, cuando en su inciso tercero indica que *“En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”*, siendo claro entonces, que si el debido proceso se predica de las actuaciones judiciales y administrativas, es aplicable de manera particular en el proceso disciplinario. La norma de la favorabilidad está reiterada también en la Ley 153 de 1887 y estaba consagrada en la Constitución Nacional de 1886.

En materia disciplinaria rige, por ordenarlo así el artículo 14 de la Ley 734 de 2002, el principio de favorabilidad, en desarrollo del mandato contenido en el artículo 29 Superior transcrito, aún en presencia del cumplimiento de una sanción y su aplicación es un derecho suprallegal, una garantía constitucional, derecho reconocido al hombre frente al Estado por cuanto se compromete un derecho sustancial.

La aplicación del principio de favorabilidad supone entonces un tránsito de legislaciones entre el momento de comisión del hecho y el momento de la aplicación de la sanción en el cual se preferirá, en todo caso, aquella que resulte ser favorable al sancionado.

Y aquí viene el planteamiento: si la norma de que se trata, vale decir la que sirvió para sancionar, que es la complementaria, aquella que fija la conducta de

---

*de las sanciones, pero con la posibilidad de remitir a la potestad reglamentaria la descripción pormenorizada de las conductas ilícitas, es decir la tipicidad”*. Ramón Parada Vásquez. *Derecho Administrativo*. Tomo I Marcial Pons. Madrid 1996.

manera específica en cuanto al deber o la prohibición y a la que se es remitida por orden de la ley disciplinaria la que cambia o desaparece. ¿Operaría el principio de favorabilidad?

Antes de dar respuesta, repasemos la expresada trilogía: tipo genérico envolvente, tipo de remisión normativa y norma específica de deber o prohibición.

Si con una ley posterior al desarrollo de la conducta asociada con el querer consciente o el descuido en la realización de la actividad, desaparecen el tipo genérico envolvente o el tipo de reenvío normativo, resulta evidente que ha desaparecido la conducta como objeto de reproche, pues se ha sustraído del mundo jurídico la falta que la contiene, evento en el cual la favorabilidad se aplica sin consideración alguna, con la nueva ley no hay falta y lo procedente es absolver disciplinariamente.

Pero si la nueva ley no hace desaparecer las disposiciones que hemos convenido en llamar tipo genérico envolvente y tipo de reenvío normativo, que están alojados en la Ley 734 de 2002, Código Disciplinario Único, como normas básicas a complementar, sino por el contrario la tercera disposición, la que está en la normatividad externa al código, aquella que es la norma específica de deber o prohibición, repetimos la pregunta ¿Operaría el principio de favorabilidad?

En términos generales podemos afirmar que la doctrina ha sido reacia a aceptar la inaplicación del principio de favorabilidad en el evento del desaparecimiento de la norma de remisión, en nuestro caso la norma complementaria, la norma específica de deber o prohibición. Es decir que si ella desaparece, aunque la conducta en términos generales siga siendo falta, desaparece en el caso concreto el ilícito disciplinario, sin matizar si es norma de remisión o básica.

De otro lado, veníamos haciendo el ejercicio frente a las disposiciones que consagran las inhabilidades y las incompatibilidades, y si una ley nueva reduce los grados de parentesco en torno de la prohibición de nombramientos, ésta al ser la norma de reenvío produce este interesante resultado.

Es conocida la existencia de prohibiciones para servidores públicos del nivel local para hacer nombramientos en juntas o consejos directivos de entidades del sector central o descentralizado del correspondiente departamento, distrito o municipio, o miembros de juntas directivas, representantes legales, revisores fiscales, auditores o administradores de las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios o de seguridad social, las que se aplican únicamente para los cónyuges o compañeros permanentes y parientes dentro del 4° grado de consanguinidad y se ubican en norma específica de deber o prohibición, verbi gratia, las leyes 136 de 1994 y 617 de 2000, pero la Ley 1148 del 10 de julio de 2007, en el artículo primero, modificó el artículo 49 de la Ley 617 de 2000,

indicando que las prohibiciones referidas en *“Tratándose de concejales de municipios de cuarta, quinta y sexta categoría, las prohibiciones establecidas en el presente artículo se aplicarán únicamente para los cónyuges o compañeros permanentes y parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil.”*, resulta evidente que si se realizó una de estas conductas por un concejal en un municipio en la anotadas circunstancias al designar a un pariente dentro del 4° grado de consanguinidad, tal prohibición ha desaparecido desde junio de 2007, pero la infracción al régimen de inhabilidades e incompatibilidades continúa siendo falta disciplinaria.

La prohibición desapareció de la norma complementaria (norma específica de deber o prohibición), en cuanto liberó a los parientes dentro de los grados 3° y 4° de consanguinidad en municipios de cuarta, quinta y sexta categoría, pero el tipo genérico envolvente y el tipo de remisión normativa, ubicados en los artículos 23 y 48 numeral 17, respectivamente, de la Ley 734 de 2002, Código Disciplinario Único continúan vigentes.

Esta posibilidad resulta funesta, si se tiene en cuenta que la gran mayoría de los tipos disciplinarios son de reenvío normativo, por lo que bastaría con impulsar leyes que modifiquen las normas específicas de deber o prohibición, sin alterar el Código Disciplinario Único, para obtener la absolución en conductas que afectan los principios de imparcialidad y transparencia que deben acompañar las actuaciones de los servidores públicos, en el supuesto de que unos fallos disciplinarios, que fueron proferidos en su momento en derecho, a la luz del régimen jurídico vigente, y que han hecho tránsito a cosa juzgada, ahora deban ser revocados por virtud de la aplicación del señalado principio de favorabilidad, afectando de contera el principio de la seguridad jurídica, relativo a las situaciones jurídicas en firme.

## CONCLUSIÓN

He aquí pues unas breves consideraciones acerca de la tipicidad disciplinaria en cuanto a sus particularidades en el derecho disciplinario, la presencia de múltiples factores a tener en cuenta en la descripción típica y la presencia de un juicio complejo de adecuación típica que supone la presencia de tres, cuando menos dos normas, que hacen de los catálogos de deberes y prohibiciones insusos fundamentales de falta disciplinaria, en tanto existan faltas graves y leves que sean determinadas con criterios distintos de la taxativa enunciación como en el caso de las faltas gravísimas.

Pero aún si el caso llegare a darse a través, claro está, de una reforma al Código Disciplinario Único, Ley 734 de 2002 en la cual se tipifiquen faltas gravísimas, graves y leves como ocurre ya en los regímenes militar y policial, continuaremos teniendo tipos en blanco, normas de remisión y conceptos indeterminados, que son los fundamentos del principio de legalidad en materia sancionatoria.

Sospechamos entonces, que optar por tipificar taxativamente las 3 clases de faltas existentes, marchitaría los catálogos de deberes y prohibiciones y, definitivamente haría innecesaria la aquí propuesta figura del tipo genérico envolvente como norma universal.

Gracias.



# LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL FRENTE AL CONCEPTO *NUMERUS APERTUS*

---

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO\*

*\*Abogado de la Universidad del Atlántico con especializaciones en Derecho Laboral y Relaciones Industriales de la Universidad Externado de Colombia, y Administración Pública de la Escuela Superior de Administración Pública en convenio con la Universidad del Atlántico. En su experiencia laboral en la Rama Jurisdiccional se ha desempeñado como Magistrado del Tribunal Administrativo del Atlántico, Magistrado de la Sección Primera del Consejo de Estado, Vicepresidente del Consejo de Estado y actualmente Magistrado de la Corte Constitucional desde febrero de 2012 a la fecha; y en el Ministerio Público ocupó los cargos de Procurador Quinto Delegado ante el Consejo de Estado y Viceprocurador General de la Nación (e). Capacitador en distintos seminarios realizados por el Instituto de Estudios del Ministerio Público y conferencista invitado a diferentes actos organizados a nivel nacional.*

|    |                                                                                                                    |     |
|----|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. | Sobre los prepuestos constitucionales y legales del sistema <i>Numerus Apertus</i> desde la jurisprudencia. ....   | 122 |
| 2. | El Sistema de Numerus Apertus y su justificación en la jurisprudencia constitucional.....                          | 125 |
| 3. | El sistema <i>Numerus Apertus</i> no comporta <i>per se</i> la arbitrariedad.....                                  | 130 |
| 4. | Sin perjuicio de lo regulado en el numeral 2 de este artículo, constituye falta gravísima .....                    | 135 |
| 5. | Notas sobre la jurisprudencia de otras Altas Corporaciones a propósito del sistema de <i>Numerus Apertus</i> ..... | 136 |
| 6. | Conclusiones.....                                                                                                  | 138 |

Inicialmente resulta oportuno recordar que el concepto de *numerus apertus* corresponde a una locución latina cuya traducción más usual es “lista abierta” o “número abierto”, lo cual significaría que una estipulación jurídica, no se agota en su propia expresión sino que admite otros elementos y/o posibilidades. Así por ejemplo, en materia de derecho privado la categoría se ha empleado a propósito de la calificación de los derechos reales respecto de la cual un sector de la doctrina sostiene que no hay más derechos reales que los definidos por el ordenamiento (*numerus clausus*), por oposición otro sector plantea la posibilidad de crear, con ciertas limitaciones, de derechos reales a partir de la autonomía privada, al efecto la lista estaría abierta. En lo que sigue, la expresión deberá entenderse como descriptora de un sistema de incriminación acogido por el derecho disciplinario nacional, como parte de la dogmática que lo informa.

El análisis del concepto de *Numerus Apertus* en la jurisprudencia implica aludir previamente a unos presupuestos constitucionales y legales abordados por los fallos de la Corte. También requiere revisar lo que aquel significa, los límites que comporta la aplicación del mismo por el juzgador disciplinario y, la lectura que hacen sobre el tema las Altas Corporaciones de Justicia en su quehacer ordinario. Es de conformidad con este esquema que se desarrolla el ejercicio que sigue.

## 1. SOBRE LOS PRESUPUESTOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES DEL SISTEMA *NUMERUS APERTUS* DESDE LA JURISPRUDENCIA

El artículo 6° de la Constitución Política estableció la cláusula general de responsabilidad de los servidores públicos circunscribiéndola tanto a la vulneración como a la omisión de lo mandado en la Constitución y la Ley, también, por la extralimitación del ejercicio de sus funciones. Por su parte, el artículo 124 de la Carta, defirió al legislador la potestad no solo de determinar sino de establecer las maneras de hacer efectiva la responsabilidad de los servidores estatales. Sin embargo, dichos imperativos constitucionales deben ser complementados con lo dispuesto en otros preceptos que trazan desde la Carta el marco de la responsabilidad disciplinaria.

A propósito del concepto de *Numerus Apertus*, entendido como un sistema de imputación que asume como regla general la posibilidad de calificar a título de dolo o culpa la comisión de una infracción disciplinaria, resulta oportuno atender lo dispuesto en el inciso 4 del artículo 29 de la Carta Política Colombiana, el cual establece “la presunción de inocencia” para todas

las personas hasta tanto no se las haya declarado judicialmente culpables. Dicho precepto, que es expresión del principio de igualdad, dado que todos los sujetos se estiman inocentes, siempre y cuando no exista condena judicial que desvirtúe la referida suposición; pone de presente la necesidad de evidenciar por parte del fallador el elemento subjetivo de la conducta en el derecho sancionador.

La Ley disciplinaria se hizo eco de los mandatos constitucionales referidos y el artículo 13 de la Ley 734 de 2002, al referirse a la culpabilidad en el ámbito disciplinario, proscribió toda forma de responsabilidad objetiva. Consecuentemente, el legislador ordinario estimó que la sanción tenía lugar solo en los eventos en los que el actuar del disciplinado estuviese guiado por el dolo o motivado por la culpa.

La Corte Constitucional mediante sentencia C-155 de 2002 M. P.: Clara Inés Vargas Hernández, declaró exequible el precepto legal incorporado en el citado artículo 13 del Estatuto Disciplinario. En aquella ocasión, el texto legal estaba incorporado en el artículo 14 de la derogada Ley 200 de 1995 y, fue censurado al estimarse por el demandante que el legislador había omitido “consignar elementos consustanciales” del principio de culpabilidad como la especificación de las conductas imputables a título de culpa. Se argüía en esa oportunidad que el Código Disciplinario Único carecía de un dispositivo como el consagrado en el Código Penal, el cual permitía saber desde un principio sobre el carácter general o excepcional de las conductas culposas y su condigna sanción, con lo cual, quedaba a disposición del juzgador disciplinario correspondiente la posibilidad de definir la modalidad de culpa con la cual se formularían los cargos del caso. El reparo, en términos generales, apuntaba a advertir que se contraía la posibilidad de defensa hasta la precitada formulación de cargos, momento en el que se especificaba si el acto reprochable endilgado se entendía como doloso o culposo, dejando en la incertidumbre al disciplinado en la etapa previa a la mencionada enunciación del cargo o acusación.

El trasfondo del cuestionamiento a la posibilidad, conferida al juzgador, de calificar de dolosa o culposa una conducta, estribaba en la desconfianza a la falibilidad del funcionario encargado de confeccionar el pliego de cargos. En últimas, se denunciaba un déficit en el principio de legalidad en lo que a la culpabilidad se refiere.

Desde la sentencia C- 244 de 1996 M. P.: Carlos Gaviria Díaz, la Corte Constitucional había perfilado la diferencia en el contenido y el alcance entre los preceptos del ordenamiento disciplinario y el ordenamiento penal. Dijo el Tribunal Constitucional, en esa oportunidad:

*“(...) En efecto, en cada uno de esos procesos se evalúa la conducta del implicado frente a unas normas de contenido y alcance propios. En el proceso disciplinario contra servidores estatales se juzga el comportamiento de éstos frente a normas administrativas de carácter ético destinadas a proteger la eficiencia, eficacia y moralidad de la administración pública; en el proceso penal las normas buscan preservar bienes sociales más amplios”*

Reiterando el presupuesto jurisprudencial inmediatamente citado, la Corte en la mencionada C-155 de 2002 expresó las ideas más significativas sobre el sistema *Numerus Apertus*, para ello trazó varios presupuestos que explican y justifican constitucionalmente la percepción del Tribunal Constitucional sobre el punto. En la decisión se afirmó que el fundamento de la función disciplinaria se soportaba básicamente en dos pilares, de un lado, la relación de subordinación existente entre el servidor público y la Administración, la cual implica la existencia de deberes a cumplir, prohibiciones a respetar, omisiones y extralimitaciones reprochadas por el ordenamiento jurídico. De otro lado, el carácter imperativo de los principios que orientan la función administrativa, estipulados en el artículo 209 de la Carta, cuales son, la igualdad, la moralidad, la eficacia, la economía, la celeridad, la imparcialidad y la publicidad.

Sobre tales bases, y recordando lo sentado en el fallo C- 341 de 1996 M. P.: Antonio Barrera Carbonell, la Corte precisó que los servidores públicos se constituían en el órgano a través del cual se materializaban finalidades capitales para el Estado Social de Derecho. Dicho de otra manera, el *telos* de la fórmula política trasciende la esfera del deber ser y alcanza el mundo del ser con el cumplimiento que los funcionarios hacen de los deberes establecidos en el ordenamiento jurídico. No sobra anotar que la realización efectiva de los derechos y garantías es una de las características esenciales y definitorias del Estado Social de Derecho, la cual, tiene expresión en el artículo segundo del Texto Superior.

A estas alturas, se puede establecer como premisa del razonamiento en la jurisprudencia constitucional, a propósito de la culpabilidad en materia disciplinaria que, el cumplimiento de los deberes por parte de los servidores públicos resulta indispensable para el logro de los cometidos estatales. No se pierda de vista que es en relación con tales deberes que se determina la responsabilidad disciplinaria.

Para consolidar el argumento, la Corte recordó que el *telos* de la actividad disciplinaria, en términos del cumplimiento de la gestión pública, había sido también vertido por el legislador en una disposición de la Ley 200 de 1995. Hoy, tal enunciado legislativo se encuentra estipulado en el artículo 16 de la Ley 734 de 2002, cuyo tenor literal reza:

*“Artículo 16. Función de la sanción disciplinaria. La sanción disciplinaria tiene función preventiva y correctiva, para garantizar la efectividad de los principios y fines previstos en la Constitución, la ley y los tratados internacionales, que se deben observar en el ejercicio de la función pública.”*

Como se puede apreciar, el texto legal vigente continúa vinculando la disciplinabilidad del servidor público al cumplimiento de los fines de la gestión pública, pero, también lo ha hecho a los principios de la misma. Con lo cual, se preserva aún en la Ley el motivo de este control invocado por la Corte en la decisión que se pronunciara sobre el concepto de *Numerus Apertus*.

## 2. EL SISTEMA DE *NUMERUS APERTUS* Y SU JUSTIFICACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Establecidos los supuestos normativos y jurisprudenciales necesarios para la comprensión del concepto en estudio, corresponde ahora revisar su significado y los motivos por los cuales ha sido avalado en los fallos de la Corte Constitucional.

En la citada sentencia C-155 de 2002 M. P.: Clara Inés Vargas Hernández, el Tribunal Constitucional precisó que el sistema *Numerus Apertus* consiste en:

*“(...) un sistema amplio y genérico de incriminación (...) en virtud del cual no se señalan específicamente cuales comportamientos requieren para su tipificación ser cometidos con culpa -como sí lo hace la ley penal-, de modo que en principio a toda modalidad dolosa de una falta disciplinaria le corresponderá una de carácter culposo, salvo que sea imposible admitir que el hecho se cometió culposamente como cuando en el tipo se utilizan expresiones tales como “a sabiendas”, “de mala fe”, “con la intención de” etc(...)” (negritas fuera de texto)*

Como se puede observar, se trata de un sistema que rige la culpabilidad en materia disciplinaria y cuya especificidad más importante, es la posibilidad de incriminación a título de culpa de cualquier tipo disciplinario susceptible de ser imputado a título de dolo. No sobra anotar que la doctrina ha indicado que en materia de faltas gravísimas nuestro sistema de derecho disciplinario ha optado por el sistema *numerus clausus*, en tanto que el *numerus apertus* opera para las faltas graves y leves<sup>97</sup>.

97 Yate Chinome D., *Tendencias y proyecciones de la ley disciplinaria al amparo de los principios rectores*, Instituto de Estudios del Ministerio Público, Procuraduría General de la Nación, Bogotá, 2008, pp. 61-62.

El sistema de *numerus apertus* desde una perspectiva del derecho penal resultaba un tanto extraña, pues, en este último campo el sistema en términos de culpabilidad es el de *Numerus Clausus*, según el cual, los tipos penales imputables en la modalidad de culpa, están expresamente consagrados en la normatividad, de tal modo que aquello que el legislador no contempló como tipo susceptible de culpa, solo es imputable a título de dolo. Una razón de esta concepción del sistema de culpabilidad, en el ámbito del derecho penal, es la intención de reducir al máximo lo que se pudiese constituir en arbitrariedad por parte del juzgador al momento de atribuir conductas delictivas, implicando un grave riesgo para bienes tan importantes como la libertad personal, el patrimonio, los derechos políticos, el derecho a la intimidad, siendo estos los que están en juego en el proceso penal. La valoración de un comportamiento, varía para efectos de la sanción, si ese actuar se endilga como doloso o culposo. Las conductas dolosas implican castigos más severos, en tanto las culposas suelen acarrear penas menos gravosas.

El derecho disciplinario, es derecho sancionatorio y por mandato constitucional al proceso disciplinario, le resultan aplicables los contenidos del debido proceso penal en lo que la jurisprudencia ha denominado la “transportabilidad”, pero, a pesar de pertenecer al mismo género (derecho sancionatorio) se trata de ordenamientos de diferente especie. Por ello, resulta constitucionalmente admisible que el sistema de culpabilidad sea disímil. En tal sentido, temprana la jurisprudencia de la Corte sostuvo:

*“(...) La no total aplicabilidad de las garantías del derecho penal al campo administrativo obedece a que mientras en el primero se protege el orden social en abstracto y su ejercicio persigue fines retributivos, preventivos y resocializadores, la potestad sancionatoria de la administración se orienta más a la propia protección de su organización y funcionamiento, lo cual en ocasiones justifica la aplicación restringida de estas garantías –quedando a salvo su núcleo esencial– en función de la importancia del interés público amenazado o desconocido.”* (Sentencia T-146 de 1993)

Y más específicamente agregaba posteriormente:

*“(la) especificidad en lo que tiene que ver con el derecho disciplinario ha sido objeto de consideración por esta Corporación en numerosas ocasiones<sup>98</sup>, en*

98 Al respecto ver la Síntesis efectuada en la Sentencia C- 181/02 M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra S.P.V.I. de los Magistrados Jaime Córdoba Triviño, Eduardo Montealegre Lynett y Álvaro Tafur Galvis. Ver igualmente entre otras las sentencias C-708/99 M. P.: Álvaro Tafur

*las que se ha referido particularmente a tres aspectos que, (...) son (i) la imposibilidad de transportar integralmente los principios del derecho penal al derecho disciplinario, (ii) el incumplimiento de los deberes funcionales como fundamento de la responsabilidad disciplinaria y (iii) la vigencia en el derecho disciplinario del sistema de sanción de las faltas disciplinarias denominado de los números abiertos, o numerus apertus, por oposición al sistema de números cerrados o clausus del derecho penal.” (Sentencia C-948 de 2002 M. P.: Álvaro Tafur Galvis) (Negrillas fuera de texto)*

Como se observa, tanto la finalidad de la gestión pública como los bienes que involucra la sanción disciplinaria, explican la imposibilidad de la “transportabilidad absoluta” de las garantías penales al ámbito disciplinario. Por ende, al considerar el sistema de culpabilidad en el campo del derecho disciplinario, resulta entendible la asunción de una comprensión de la culpa diferente a la que se estima como más garantista en el entorno del derecho penal.

Es preciso en este aspecto desentrañar la pertinencia de la diferencia entre los fines del derecho disciplinario y los fines del derecho penal. Al respecto, la Corte ha señalado:

*“(...) los objetivos perseguidos por la ley disciplinaria son claramente distintos a los que pretende el régimen penal. De acuerdo con el artículo 17 de la Ley 200 de 1995, la ley disciplinaria tiene como finalidad específica la prevención y buena marcha de la gestión pública, así como la garantía del cumplimiento de los fines y funciones del Estado en relación con las conductas de los servidores públicos que los afecten o pongan en peligro. El derecho penal, por su parte, no establece prohibiciones ni formula mandatos, aunque la regla secundaria que subyace a la norma penal los presupone. La norma penal castiga a quien en el mundo fáctico ha incurrido en la conducta descrita en el tipo, pero no contiene preceptos deónticos, preventivos o cautelares que persigan el funcionamiento pacífico de la dinámica de la sociedad a la cual se aplican. El derecho disciplinario, en cambio, sí lo hace.” (Sentencia C- 181 de 2002 M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra) (negrillas fuera de texto)*

Se observa con claridad que lo que configura la actividad del servidor público es un conjunto de deberes que, si hemos de recordar al administrativista de la

---

Galvis, C-155/02 M. P.: Clara Inés Vargas Hernández y C-373/02 M. P.: Jaime Córdoba Triviño S.P.V. de los Magistrados Rodrigo Escobar Gil y Eduardo Montealegre Lynett.



Escuela del Derecho de Viena, Adolf Merkl, es un conjunto de deberes especiales, los cuales se rigen por un ordenamiento jurídico distinto del conjunto de deberes asignados a quienes no tienen la condición de funcionario. Así pues, la existencia de deberes implica un cuidado y diligencia tales que no solo resultan inaceptablemente desatendidos a título de dolo, sino que también la culpa, en cualquiera de sus específicas modalidades, pueden suponer su incumplimiento.

El exigir el dolo como regla general y, la culpa como forma excepcional del componente subjetivo de la conducta disciplinable, como sucede en materia penal, conduce a la insostenible aspiración de pretender que el legislador contemple el universo de deberes del servidor público y, elija entre el mismo aquellos que considere requieren de diligencia, pericia, prudencia y acatamiento de reglamentos, para que solo estos sean objeto de sanción por transgresión culposa. El asunto, no solo tiene que ver con el riesgo que comportaría esa laxitud en la gestión pública, sino que presenta un obstáculo nada despreciable en la regulación del tema, pues, el universo de deberes de los servidores públicos no solo supone una especialidad, sino que, representa un impredecible número de funciones en cabeza de quien ostenta la condición de funcionario.

Aspirar a que el legislador advirtiese lo específicamente reprochable disciplinariamente a título de culpa, implicaría que el principio mayoritario, debería atender y evaluar cada deber consagrado para los servidores públicos en la Ley y en la multiplicidad de disposiciones de carácter administrativo que incorporan las actividades a cumplir por cada uno de los vinculados a las labores públicas; lo cual resulta prácticamente inviable. Adicionalmente, se correría el riesgo de dejar sin el control disciplinario aquellos deberes que por razón de la variación de las necesidades de la Administración, se van sustituyendo y/o cualificando, los cuales por razones obvias, el legislador, no pudo tener en cuenta al momento de determinar el tipo disciplinario.

Como se observa, se trata de lo que la doctrina en el ámbito del derecho disciplinario denomina la existencia de tipos abiertos, concepción en materia de tipicidad de conductas que, para el caso colombiano resulta complementario del sistema de culpabilidad. Sobre la necesidad de esta forma de tipicidad en el marco del derecho disciplinario, dijo la Corte en sentencia de tutela:

*“Con respecto a la **precisión**, se reconoce que en el Derecho disciplinario son admisibles las faltas que consagren “tipos abiertos” o “conceptos jurídicos indeterminados”. Esta configuración, con las limitaciones necesarias<sup>99</sup>, se ha*

99 Vid. sentencias C-010 de 2000, C-567 de 2000, C-373 de 2002, C-350 de 2009.

*estimado admisible por parte del juez constitucional, bajo el supuesto de que con ellos, entre otras, es posible actualizar y configurar las conductas típicas a partir de la interpretación sistémica de diferentes normas jurídicas que se imponen a los servidores públicos o a los miembros de una profesión. Ello, a fin de que pueda cumplirse con “la prevención y buena marcha de la gestión pública, así como la garantía del cumplimiento de los fines y funciones del Estado”<sup>100</sup>, o de que el ejercicio de las actividades profesionales se someta a las reglas que la ordenan, asumiendo las responsabilidades que las mismas comporten frente a la comunidad y a los fines del Estado<sup>101</sup>.” (Sentencia T-167 de 2010 M. P.: Juan Carlos Henao Pérez)*

Como conclusión parcial de la justificación tanto doctrinal como legislativa y, avalada por la jurisprudencia, se puede repetir lo sentado por la Corte Constitucional en un aparte de la mencionada sentencia C- 181 de 2002

*“(…) De lo cual se deduce que lo que genera el reproche de la administración al agente estatal o al particular que ejerce función pública no es propiamente la voluntad de lesionar los intereses protegidos de la función pública sino los comportamientos que impliquen cumplimiento incompleto o defectuoso de los deberes de cuidado y eficiencia que se le encomiendan.(…)”*

Puede pues aseverarse que, el elemento subjetivo de la conducta disciplinaria tiene identidad propia y, ello da cuenta del diverso tratamiento legislativo del asunto, así como de la inviabilidad de aplicar sin más el mandato contenido en el artículo 29 de la Carta que hace extensivas las garantías del derecho penal al derecho disciplinario.

Adicionalmente y como prueba de esa condición distinta en lo que a nuestro tema interesa, cual es el elemento subjetivo del tipo disciplinario, la doctrina especializada ha ido especificando las formas de culpa y el concepto de dolo en el campo disciplinario. Así la denominada por el legislador *culpa gravísima*, tiene su origen en la ignorancia supina, la desatención elemental y la violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento. Por su parte se incurre en *culpa*

100 Decía al respecto la sentencia C-404 de 2001: “Así, la tipicidad en las infracciones disciplinarias se determina por la lectura sistemática de la norma que establece la función, la orden o la prohibición y aquella otra que de manera genérica prescribe que el incumplimiento de tales funciones, órdenes o prohibiciones constituye una infracción disciplinaria”.

101 Vid. sentencias: T-579 de 1994; C-373 de 2002; C-098 de 2003, C-570 de 2004; C-431 de 2004.

*grave* cuando el acto reprochable es producto de “la inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común le imprime a sus actuaciones”<sup>102</sup>. Se advierte pues la diferencia con las formas tradicionales de culpa

En lo que atañe al dolo, en materia disciplinaria se configura a partir “(d)el conocimiento y/o el saber de lo ilícito de la conducta” y “el conocimiento de las circunstancias fácticas de la conducta”<sup>103</sup>, lo cual no quiere decir que los ingredientes tradicionales del dolo en el derecho penal (voluntad y representación) no estén presentes, lo que acontece es que no son determinantes al momento de predicar el dolo respecto de un actuar.

### 3. EL SISTEMA *NUMERUS APERTUS* NO COMPORTA *PER SE* LA ARBITRARIEDAD

Una de las inquietudes que se observa en las argumentaciones que ponen en tela de juicio el sistema *Numerus Apertus*, es aquella que lo entiende como propicio para la arbitrariedad. Previamente cabe anotar que esta última situación no solo está proscrita del derecho administrativo, sino, en términos generales, de la concepción del poder en el Estado Social de Derecho. Al respecto, es del caso recordar el peso del principio de legalidad como elemento estructural del Estado de Derecho, conservado y acentuado en el Estado Social de Derecho como el que nos rige.

Con estas observaciones preliminares se hace necesario revisar la jurisprudencia en lo concerniente al tópico en estudio, lo cual es factible puesto que frecuentemente entre los argumentos esgrimidos por ciudadanos en la acción pública de inconstitucionalidad o en sede de tutela, se encuentra el cuestionamiento antes anotado. Ha dicho la Corte sobre la potestad para definir la forma de culpabilidad en el entorno disciplinario lo siguiente:

*“(...) teniendo en cuenta que como mediante la ley disciplinaria se pretende la buena marcha de la administración pública asegurando que los servidores del Estado cumplan fielmente con sus deberes oficiales, para lo cual se tipifican las conductas constitutivas de falta disciplinaria en tipos abiertos que suponen un amplio margen de valoración y apreciación en cabeza del fallador el legislador en ejercicio de su facultad de configuración también*

102 Yate Chinome D., *Tendencias y proyecciones de la ley disciplinaria al amparo de los principios rectores*, Instituto de Estudios del Ministerio Público, Procuraduría General de la Nación, Bogotá, 2008, pp.133-134.

103 *Ibíd*em p. 140

*ha adoptado un sistema amplio y genérico de incriminación que ha sido denominado “**numerus apertus**” (C-155 de de 2002 M. P.: Clara Inés Vargas Hernández) (negrilla fuera de texto)*

En otra decisión en materia de tutela se indicó lo siguiente:

*“(...) ante la aplicación del sistema de incriminación de **numerus apertus**, no es la ley, sino la autoridad disciplinaria la que establece si la conducta reprochable fue cometida con dolo o culpa, lo cual tiene una incidencia definitiva sobre el examen de la gravedad de la falta” (T-319A de 12 M. P.: Vargas Silva) (negrilla fuera de texto)*

Como se advierte, el hecho de deferirle al juzgador disciplinario la estimación de la culpabilidad en términos de dolo o culpa, es el motivo central de la inconformidad, pues, se entiende que en manos de la autoridad tal poder se presta para eventuales manejos lesivos de los derechos de los interesados, sin ninguna clase de control, dado que es la misma ley la que confiere al juez disciplinario tal margen de actuación.

El tema no le resulta ajeno al Juez Constitucional y, son diversos los motivos por los cuales el fallador Constitucional ha desestimado la supuesta arbitrariedad derivada de la incorporación del sistema *numerus apertus* al derecho disciplinario nacional.

Una primera razón que permite descartar la arbitrariedad en la calificación de una conducta como dolosa o culposa, tiene que ver con la imprescindible presencia de los derechos fundamentales del sujeto investigado en el proceso disciplinario. Ha señalado la Corte:

*“La sujeción que debe el derecho disciplinario a la Constitución implica que además de garantizar los fines del Estado Social de Derecho, **debe reconocer los derechos fundamentales que rigen nuestro ordenamiento jurídico**, siendo la culpabilidad uno de ellos según lo consagrado en el artículo 29 Superior (...) (C-155 de de 2002) (negrilla fuera de texto)*

Por definición, el mismo sistema *numerus apertus*, conlleva un reconocimiento del derecho a la presunción de inocencia, pues, la atribución de responsabilidad disciplinaria implica la imputación a título de dolo o culpa, estando por ende, proscrita toda forma de responsabilidad objetiva. Esto es, en la misma concepción del sistema de definición de la culpabilidad en el actuar

disciplinable de los servidores públicos, aparece la exigencia del elemento subjetivo para la imposición de sanciones. En tal sentido, la Corte Constitucional en reiteradas ocasiones ha sentado:

*“(...) únicamente hay lugar a declarar esta forma de responsabilidad cuando se haya acreditado que el agente obró con culpa, en cualquiera de sus grados; en otros términos, la culpabilidad es supuesto ineludible de la responsabilidad disciplinaria (...)”* (T-1093 de 2004) (negrilla fuera de texto)

Además de la presunción de inocencia, se tienen otros derechos que limitan la potestad del fallador al momento de calificar un acto disciplinable como doloso o culposo. Entre esos derechos merece especial mención el derecho a aportar y controvertir las pruebas allegadas en contra del sujeto disciplinado. La relevancia de este derecho se observa cuando la jurisprudencia ha entendido que las probanzas son límite y criterio al momento de definir si una conducta disciplinable es dolosa o culposa. Dicho de otra forma, el margen valorativo del juez disciplinario no puede desconocer el valor de los elementos probatorios que obran en el expediente. De tal modo que, el desconocimiento de las pruebas al momento de decidir si un acto de un servidor público es doloso o culposo, implicaría la conculcación de un derecho fundamental.

En un caso, en el cual unos servidores públicos (diputados) fueron censurados por votar para el cargo de Contralor Departamental por un funcionario incurso en una inhabilidad, siendo por ello sancionados a título de dolo por la Procuraduría, la Corte estimó que *“(...) existían pruebas suficientes para concluir que había existido dolo en la actuación de los Diputados, en detalle y con el sustento probatorio específico del caso(...)”* (Sentencia T- 1093 de 2004 M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa) (negrilla fuera de texto).

Este criterio, que supone la prueba del dolo o culpa y correlativamente el derecho y allegar y controvertir las pruebas, también se ha puesto de presente en las actuaciones disciplinarias adelantadas por el Consejo Superior de la Judicatura, cuya jurisprudencia ha establecido:

*“(...) en tanto la flexibilidad de los tipos abiertos que caracteriza el derecho disciplinario, en tanto el legislador expresamente no lo haya cerrado, implica que el dolo o la culpa se deducen por lo demostrado en el proceso(...)”* (negrilla fuera de texto).

Y a propósito del caso concreto manifestó:

*“(...)No se trata de una interpretación peligrosista de presunción de dolo, en tanto es sabido que para hablar de ese instituto técnico jurídico en materia de culpabilidad como elemento subjetivo de la conducta, debe demostrarse más no presumirse,(...)” (Sentencia de Julio 19 de 2011 Radicado 050011102000200601429 - 01 M. P.: María Mercedes López Mora) (negrilla fuera de texto).*

Con todo, hay situaciones en las cuales las particulares condiciones del sujeto disciplinado permiten poner en evidencia una actitud dolosa, tal acontece cuando un funcionario judicial desconoce la realidad procesal y la normatividad existente para adoptar decisiones que resultan lesivas para la administración de justicia. Ejemplo de esta situación es el caso resuelto en el fallo inmediatamente referido, cuando un funcionario de la rama judicial, concedió indebidamente un beneficio a una persona que *“venía siendo investigado por comportamientos constitutivos de graves violaciones a los derechos humanos”*. Dijo el Consejo Superior en ese asunto:

*“(...) realidades como ser conocedor el disciplinado de vieja data del sistema judicial, en tanto se vinculó en cargos menores por los años 1977 según su versión libre, e ingresado como Fiscal Seccional desde el año 2002, para luego ser designado Fiscal Especializado a partir de febrero de 2005, le hacen conocedor como el que más del medio y del régimen que regula cada caso de su competencia.*

*Como servidor público de tantos años atrás, es conocedor de esas especiales reglas de sujeción que le atan con el deber funcional, conocimiento que le obligaba actuar de otra manera para no incurrir en falta disciplinaria ni controvertir el orden jurídico.”*

A estas alturas, se puede avanzar una conclusión preliminar según la cual en los casos concretos, eventualmente se presentan violaciones a los derechos fundamentales del disciplinado en la aplicación del sistema de *Numerus Apertus*, pero, también los derechos del investigado se constituyen en límite del referido modo de establecer la culpabilidad disciplinaria en el ordenamiento colombiano.

Así como los derechos constitucionales fundamentales, no son absolutos, tampoco lo es la aplicación del sistema *Numerus Apertus* y, en cada caso concreto se debe evaluar la tensión valorativa que surja en aras de decidir lo que corresponda.

La Corte ha sugerido otros límites a la facultad del juzgador disciplinario al momento de calificar una conducta, dolosa o culposa. En este sentido, se ha dicho en sentencia de constitucionalidad ya citada:

*“(...)el sistema de numerus apertus supone igualmente que el fallador es quien debe establecer cuáles tipos disciplinarios admiten la modalidad culposa partiendo de la estructura del tipo, del bien tutelado o del significado de la prohibición (...)”*(Sentencia C-155 de 2002 M. P.: Clara Inés Vargas Hernández).

A modo de ejemplo, se puede decir que hay tipos disciplinarios cuya estructura o lo que significa una prohibición, difícilmente permiten predicar la comisión del acto de manera culposa, tal sería el caso de deberes en el sentido de no consumir en el sitio de trabajo sustancias estupefacientes o bebidas espirituosas, actividades que por definición, comportan un acto intencional del implicado. Igual acontecería con la prohibición de ejecutar actos violentos, contra los compañeros de tareas laborales.

De manera genérica la jurisprudencia constitucional ha dicho sobre los tipos que no permiten la calificación a título de culpa:

*“(...) es el intérprete quien del sentido general de la prohibición concluye qué tipos disciplinarios admiten la modalidad culposa, en la medida en que estos permitan tal estructura de imputación, al no excluirla por contener elementos especiales que impliquen un conocimiento efectivo de la situación, o una especial tendencia o que sean tipos que sirvan de medio para infringir otra disposición o buscar fines desconocedores de la orientación de la función pública de administrar justicia, casos en los cuales sólo es posible la admisión de la modalidad dolosa, que es el criterio general de imputación subjetiva.”* (Sentencia C-181 de 2002)

De lo dicho, se puede colegir que la actividad interpretativa de quien califica una conducta disciplinable, no es libre, pues, está sujeta a diversos cotos que el mismo ordenamiento y la naturaleza de los hechos le imponen.

*Contrario sensu*; hay ocasiones en las cuales teniendo en cuenta contenidos superiores, el reconocimiento de tipos disciplinarios se pueden configurar de manera culposa, siendo difícilmente aceptable una potestad legislativa que pretenda excluir dicha forma de culpabilidad del ordenamiento. Una interesante muestra de esta situación se presentó cuando la jurisprudencia constitucional

debió definir la constitucionalidad de las disposiciones que sancionan disciplinariamente las conductas que tipifican el genocidio. En ese caso un ingrediente normativo era la presencia de la intención en la comisión del acto reprochable, reza el precepto que motivo el aludido pronunciamiento:

#### 4. SIN PERJUICIO DE LO REGULADO EN EL NUMERAL 2 DE ESTE ARTÍCULO, CONSTITUYE FALTA GRAVÍSIMA:

- a) *La conducta que con intención de destruir total o parcialmente a un grupo étnico, social o religioso* (se subraya lo demandado)

En esta circunstancia la Corte se decantó por la exequibilidad del texto legislativo, pero consignó el siguiente apartado en el fallo:

*“(...)es posible admitir que, en casos excepcionalísimos, la comisión del genocidio podría darse a título de imprudencia, pero únicamente en relación con jefes y superiores encargados de proveer seguridad a un determinado grupo social, tal como lo dispone el artículo 28 del Estatuto de la Corte Penal Internacional”<sup>104</sup>*

Es evidente que a pesar de lo dispuesto por el legislador, se tienen casos en los cuales, la modalidad culposa permitiría predicar responsabilidad, quedando por resolver si resulta constitucionalmente aceptable excluir esta posibilidad por parte del legislador.

104 El artículo 28 del Estatuto de la Corte Penal Internacional señala esta excepción, de aplicación restrictiva, en los siguientes términos: “Art. 28. RESPONSABILIDAD DE LOS JEFES Y OTROS SUPERIORES. Además de otras causales de responsabilidad penal de conformidad con el presente Estatuto por crímenes de la competencia de la Corte:

A) El jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido control apropiado sobre esas fuerzas cuando: i) Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y ii) no hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento”.



## 5. NOTAS SOBRE LA JURISPRUDENCIA DE OTRAS ALTAS CORPORACIONES A PROPÓSITO DEL SISTEMA DE *NUMERUS APERTUS*

Si bien es cierto, el grueso de los pronunciamientos referidos en esta disertación han tenido como referente principal decisiones del Tribunal Constitucional en sede de tutela y en sede de constitucionalidad, no se puede ignorar que dada sus atribuciones legales y constitucionales, otras Altas Corporaciones de Justicia se han pronunciado a propósito del sistema en examen. De una parte el Consejo Superior de la Judicatura en sede disciplinaria y como órgano de cierre, se ha referido al asunto. Por su lado el Consejo de Estado como máximo juez contencioso, también ha tenido ocasión de proferir providencias en las que se alude a lo que aquí interesa. Esas decisiones, resultan importantes en la medida en que se trata de verdaderos precedentes en sentido vertical.

Las decisiones del Consejo Superior de la Judicatura inciden de manera importante en el quehacer disciplinario en el ámbito de la conducta de los servidores de la rama judicial. Por su parte, lo sentado por el Consejo de Estado como máximo juez de lo contencioso signa la actividad de la Administración como juez disciplinario.

Por lo que concierne al Consejo Superior de la Judicatura, cabe anotar que su concepción de *Numerus Apertus*, no riñe con los lineamientos trazados por el Tribunal Constitucional, lo cual se comprueba con la sola cita de lo esbozado por dicha Corporación en sentencia de 16 de diciembre de 1992 con ponencia del entonces Magistrado Edgardo José Maya Villazón:

“(...) en materia de tipos disciplinarios no opera una norma semejante a la contenida en el artículo 39 del Código Penal, que implica un sistema de *numerus clausus* o cerrados, en materia de tipos penales culposos, pues aquí más bien opera un sistema de *numerus apertus* o abiertos, donde por lo general los tipos disciplinarios son dolosos, admitiéndose la modalidad culposa solo cuando por la estructura y naturaleza de los mismos sean susceptibles de realizarse con culpa o cuando expresamente así se consagre...”

Se observa sí que el desarrollo de la idea es aún incipiente, pero, en decisiones más recientes se han acogido los razonamientos del Tribunal Constitucional. Así por ejemplo, en las sentencias de junio 22 de 2011 M. P.: Julia Emma Garzón de Gómez, julio 19 de 2011 M. P.: María Mercedes López Mora y, julio 13 de 2011 M. P.: María Mercedes López Mora, se ha reconocido y apli-

cado en el régimen disciplinario de los funcionarios de la Administración de justicia, el sistema de *Numerus Apertus*.

En lo atinente a las decisiones del Consejo de Estado, se puede afirmar algo similar, pues, el Alto Tribunal Contencioso Administrativo, también ha atendido la presencia del sistema de culpabilidad en estudio. Citando profusamente decisiones de la Corte Constitucional, y tras sentar la proscripción de la responsabilidad objetiva en la esfera de nuestro ordenamiento disciplinario ha manifestado recientemente:

*(...) Si la razón de ser de la falta disciplinaria es la infracción de unos deberes, para que se configure violación por su incumplimiento, el servidor público infractor sólo puede ser sancionado si ha procedido dolosa o culposamente, pues como ya se dijo, el principio de la culpabilidad tiene aplicación no sólo para las conductas de carácter delictivo sino también en las demás expresiones del derecho sancionatorio, entre ellas el derecho disciplinario de los servidores públicos, toda vez que “el derecho disciplinario es una modalidad de derecho sancionatorio, por lo cual los principios de derecho penal se aplican mutatis mutandi en este campo pues la particular consagración de garantías sustanciales y procesales a favor de la persona investigada se realiza en aras del respeto de los derechos fundamentales del individuo en comento, y para controlar la potestad sancionadora del Estado (...) (Sentencia de mayo 2 de 2013 M. P.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Sección segunda, subsección A).*

Aunque, en ocasión anterior y a efecto de precisar las diferencias entre el derecho penal y el derecho disciplinario había señalado:

*“(...) - Tipicidad: Disciplinario: la regla general es que se soporta en un sistema denominado de los números abiertos o numerus apertus. Penal: se apoya en un método de números cerrados o clausus.*

*“(...)En materia disciplinaria es reconocido que la regla general sancionatoria es la culpa, cuyo sistema como ya se dijo, se ha denominado de los números abiertos o numerus apertus, contrarii sensu a aquel de números cerrados o clausus del derecho penal. Y es que aquí vale la pena recordar que la transportabilidad de los principios del derecho penal no es plena, sino que admite excepciones y atenuaciones, tal y como lo ha sostenido la Corte*

*Constitucional en diferentes fallos (...)*” (Sentencia de septiembre 26 de 2012 M. P.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Sección segunda, subsección A).

## 6. CONCLUSIONES

Como corolario de lo presentado, se pueden sintéticamente anotar las siguientes conclusiones:

1. En materia disciplinaria no sólo es constitucionalmente admisible, sino necesario, el sistema de culpabilidad *Numerus Apertus*.
2. Las razones de la diferencia con el sistema penal *Numerus Clausus* tienen que ver con las distintas finalidades a las que sirven el derecho penal y el derecho disciplinario. Por el mismo motivo no es viable sin más la “transportabilidad de los principios del derecho penal al derecho disciplinario.
3. El sistema *Numerus Apertus* no comporta por sí mismo la arbitrariedad por parte del juzgador disciplinario en la calificación de la conducta como dolosa o culposa. Existen límites y exigencias de orden normativo y fáctico que la autoridad disciplinaria debe atender al momento de considerar una conducta como dolosa o culposa.
4. En la apreciación y aplicación del sistema *Numerus Apertus*, las Altas Corporaciones de Justicia cuyas competencias les suponen la oportunidad de considerar el asunto, coinciden con lo razonado en la jurisprudencia constitucional.



# EL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO EN URUGUAY

---

RUBÉN FLORES DAPKEVICIUS\*

*\*Doctor en derecho y ciencias sociales por la Universidad  
Mayor de la República; Profesor de grado y postgrado de Derecho  
Constitucional y Administrativo de la Universidad Mayor de la  
República. Tratadista. Correo electrónico : rflores@montevideo.com.uy,  
Twitter: @RFLORESDAPKEVIC*

|                                                                                     |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Resumen .....                                                                       | 142 |
| 1. Concepto. ....                                                                   | 142 |
| 2. Tipos .....                                                                      | 142 |
| 3. Denuncias e informaciones de urgencia.....                                       | 143 |
| 4. Investigación administrativa .....                                               | 144 |
| 5. Sumario administrativo.....                                                      | 150 |
| 6. Funcionarios sometidos al poder judicial penal.....                              | 159 |
| 7. Funcionarios condenados por el poder judicial pena.....                          | 162 |
| 8. Aplicación de sanciones sin necesidad de instruir<br>sumario administrativo..... | 163 |
| 9. Procedimiento disciplinario abreviado .....                                      | 163 |
| 10. Conclusiones.....                                                               | 164 |
| Bibliografía Sumaria.....                                                           | 171 |

## RESUMEN

El Procedimiento Disciplinario es una garantía fundamental en el Estado de Derecho. Se materializa en una serie de actos y tareas que tienden a determinar la existencia de faltas de servicio e incumplimientos de parte de los funcionarios públicos. También resulta fundamental para que los empleados estatales no sean perseguidos con arbitrariedad por los jefes.

Esta garantía no existe, en plenitud, en el Derecho Laboral y se relaciona, especialmente, con el Derecho Penal, aunque no pertenece a esa rama sancionatoria del Derecho.

Este estudio presenta el sistema uruguayo. Tratándose, en general, de derecho extranjero para el atento lector, se han obviado discusiones de detalle que sólo serían apropiadas, en ciertas circunstancias, para los lectores nacionales.

Se agradece, muy especialmente, la invitación realizada por el Dr. Carlos Humberto García Orrego para escribir estas líneas

## 1. CONCEPTO

El procedimiento disciplinario regula el ejercicio de los poderes disciplinarios de la Administración respecto a sus agentes. Existe con el fin de conservar el buen orden en el desarrollo de la función pública y se desarrolla de oficio.

Es un procedimiento administrativo especial, esto es, no común.

Podemos definir el procedimiento disciplinario como el conjunto de trámites y formalidades que debe observar la Administración en el ejercicio de sus poderes disciplinarios<sup>105</sup>.

## 2. TIPOS

Dentro del género, “Procedimiento Disciplinario”, existen, en Uruguay, diversas “especies” de procedimientos, que se definirán oportunamente, y que ontológicamente existen en virtud del motivo, la determinación o no de un sujeto, las características de éste y aun si está sometido al fuero penal. Así, en nuestro Derecho se desarrollan los siguientes procedimientos:

105 Flores Dapkevicius, Rubén: El procedimiento disciplinario, Amalio Fernández, Mdeo. 2009, 3ª edición ampliada.

A) Investigación administrativa. B) Sumario administrativo general. C) Sumario por inasistencias. D) Sumario de funcionarios sometidos al fuero penal. E) Sumario de funcionarios condenados por el fuero penal. F) Abandono del cargo. G) Sumario por ineptitud física o mental. H) Procedimiento de acoso sexual I) Estos procedimientos pueden ser precedidos por denuncias e informaciones de urgencia J) El nuevo estatuto del funcionario del Poder Ejecutivo, aprobado recientemente, agregó el procedimiento disciplinario abreviado

### 3. DENUNCIAS E INFORMACIONES DE URGENCIA

La obligación de denunciar las irregularidades se encuentra impuesta al funcionario de acuerdo al art. 175 del Decreto 500/91<sup>106</sup>. La disposición prescribe, asimismo, el deber del receptor de recibir y dar trámite de las que se le formulen comunicándolas de inmediato a sus superiores.

El art. 177, en concordancia con lo dispuesto por el art. 177 del Código Penal, tipifica como falta grave no efectuar la denuncia administrativa y policial o judicial. La denuncia podrá ser escrita o verbal y, en este caso, se labrará un acta firmada por el funcionario actuante, y el denunciante, que deberá contener los datos requeridos por el art. 179 siempre del Decreto 500/91.

Asimismo, ante una posible irregularidad, puede proceder la información de urgencia. Consiste en un procedimiento que tiene por finalidad individualizar y sancionar a los posibles autores de la misma

La denuncia con la información de urgencia deberá sustanciarse en un plazo de 72 horas. Cumplida la misma se dará vista al funcionario quien podrá solicitar diligenciamiento de prueba, etc.

En este estado se remite al análisis efectuado infra, respecto del denominado procedimiento disciplinario abreviado, teniendo presente que respecto de las faltas que puedan motivar sanciones de hasta diez días, en el Poder Ejecutivo, corresponde este procedimiento.

106 En Uruguay, el procedimiento disciplinario se regula, en la Administración Central (Poder Ejecutivo), en el referido decreto. A ello debemos agregar los principios y normas fundamentales contenidas, especialmente, en la Constitución de la República y en la ley 19121.



## 4. INVESTIGACIÓN ADMINISTRATIVA

### a. Concepto

La investigación administrativa es el procedimiento tendiente a determinar o comprobar la existencia de actos o hechos irregulares o ilícitos, dentro del servicio o que lo afecten directamente aún siendo extraños a él, y a la individualización de los responsables .

Por lo expuesto los elementos caracterizantes de la investigación administrativa son:

- a) La determinación o comprobación de actos o hechos irregulares acaecidos dentro o fuera del servicio, pero que lo afecten directamente.
- b) Individualizar a los responsables.

### b. Procedimiento

Los procedimientos administrativos se instruyen. La instrucción es el conjunto de actos necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos, según el objeto preciso del procedimiento de que se trate (licitación pública, evaluación de funcionarios, etc), en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución .

- **Iniciación**

Acaecido el supuesto de hecho, la investigación administrativa se inicia mediante resolución fundada del Jefe de la respectiva Unidad Ejecutora, art. 185 del Decreto 500/91.

El acto deberá : ordenar su instrucción y designar al funcionario instructor.

- **Notificaciones**

El instructor sumariante se notificará de su designación y notificará al jefe de la oficina dónde se realizará el procedimiento, art. 191 del Decreto 500/91<sup>107</sup>.

La notificación del instructor importa porque a partir de ese momento tiene un plazo de 60 días corridos para instruir. Ese plazo podrá prorrogarse con las particularidades que se comentan a continuación<sup>108</sup>.

107 Flores Dapkevicius, Rubén: Decreto 500/91, actualizado, anotado y concordado, Amalio Fernández, Mdeo. 2013, 5ª edición . El decreto 500/91 regula el Procedimiento Administrativo Común, el Disciplinario y el recursivo.

108 Se recuerda que el Decreto 500/91 supone la existencia de procedimientos que demoran más

- Instrucción

El plazo de la instrucción, como ya adelantáramos es de 60 días corridos prorrogables, art. 212<sup>109</sup>. El art. 212, en su redacción actual dice: “Todo sumario e investigación administrativa deberá terminarse en el plazo de sesenta días corridos, contados desde aquél en que el funcionario instructor haya sido notificado de la resolución que lo ordena. En casos extraordinarios o circunstancias imprevistas, previa solicitud del funcionario instructor, el jerarca respectivo podrá prorrogar dicho plazo por un máximo de 60 días, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo siguiente

Cualquier prórroga que supere el límite señalado precedentemente, será de exclusiva responsabilidad del jerarca que la hubiere concedido.

Vencida ésta, el sumariado podrá pedir la clausura de la instrucción del sumario, debiendo en tal caso la administración proceder de conformidad con los artículos 215 y siguientes hasta la culminación del procedimiento. La clausura de la instrucción no será de aplicación en el caso de funcionarios sometidos a la justicia penal (artículo 227 y siguientes de este Decreto)”.

Destacamos que la remisión a los arts. 215 y siguientes incluye, obvia y elementalmente, al art. 220 permitiéndose, por tanto, una ampliación o revisión de la instrucción administrativa luego de la clausura administrativa de la misma. Ello puede entenderse, en el derecho administrativo, dónde se persigue la verdad material, aunque estemos tratando una clausura; la defectuosa regulación del instituto puede imponer la solución.

La norma consagra la posibilidad de la prórroga, por el jerarca respectivo, quien “podrá prorrogar dicho plazo (de instrucción de sesenta días) por un máximo de 60 días”. Eso es lo que dice la norma. Luego agrega: “Cualquier prórroga que supere”. Ello autoriza la concesión de prórrogas por un plazo mayor. De concederse estas prórrogas son responsabilidad del concedente.

La clausura (caducidad) de la instrucción se puede solicitar “vencida esta” prórroga que se comentó precedentemente. Por lo expuesto, es incierto cuándo podrá solicitarse, porque es incierto el plazo por el que pueden concederse prórrogas<sup>110</sup>.

---

de 180 días, al regularse el máximo de la suspensión preventiva.

El Estatuto del funcionario (ley 19121), al establecer la clausura de los procedimientos por el transcurso de dos años (más sus suspensiones), admite que los sumarios administrativos pueden exceder dicho plazo.

109 Sin embargo, el propio reglamento entiende que puede existir procedimientos que se prolonguen más de seis meses, al establecerse el máximo de la suspensión preventiva. Debe observarse, siempre, la realidad.

110 También es incierto el número de prórrogas.

Por otra parte la clausura de la instrucción no se aplica a los funcionarios sometidos al Poder Judicial Penal. Ello nos conduce al debatido tema de qué se entiende por “sometidos”, hecho que el legislador administrativo debió conocer.

La caducidad (clausura) de la instrucción no procedería en las investigaciones administrativas<sup>111</sup>, más allá de la salvedad en beneficio de la Administración, de la posible ampliación o revisión del procedimiento, por la remisión realizada a los arts. 215 y siguientes. El tema se destaca, porque si bien la norma habla de “sumariado”, y “sumario”, pueden existir investigaciones administrativas que oculten reales sumarios.

Compete al superior inmediato del instructor, y a los abogados que tengan que dictaminar en el procedimiento, fiscalizar el cumplimiento de los plazos. El incumplimiento del instructor, o de los funcionarios que tengan el deber de fiscalizar, constituye falta administrativa. Tal norma ha decaído en su aplicación. Ello es así porque resulta, en los hechos, prácticamente imposible cumplir los plazos, establecidos con extremo optimismo, por el legislador reglamentario<sup>112</sup>.

Corresponde al instructor la dirección del procedimiento y no podrá desprenderse del expediente, en esta etapa, por motivo alguno. Por ello el procedimiento sigue siendo reservado para todos los funcionarios, art. 174 del Decreto 500/91<sup>113</sup>.

Lo expuesto no olvida el nuevo estatuto del funcionario que regula especialmente la situación del sumariado y su abogado patrocinante, art. 71 *in fine*.

- Pruebas

“Los hechos relevantes para la decisión del procedimiento podrán acreditarse por cualquier medio lícito de prueba (fotografías, fotocopias, croquis, cintas magnetofónicas, así como todo otro medio hábil que provea la técnica)”, art. 195 del D. 500/91<sup>114</sup>.

La disposición determina que todo tipo de prueba que la técnica cree podrá utilizarse y, por ello, la enumeración que efectúa no es taxativa. Por lo expuesto, puede recurrirse a la prueba por oficios (art. 31 y 210), documental

111 Inclusive por un problema de legitimación activa.

112 Hemos observado decir, en el ejercicio, por ejemplo, que los plazos en las investigaciones administrativas, son relativos.

113 Tener presente que diversas Administraciones públicas estatales han declarado el carácter reservado de todos los procedimientos disciplinarios, arts. 8, 9, 16 y 33 de la ley 18381. Así el Ministerio del Interior en asunto N° 7535/2012, resolución del 20/7/12. La Dirección Nacional de Aduanas procedió según Resolución de 31/7/12. La OSE entendió la situación en la RD 1046/12. Asimismo el MEF resolvió el asunto el 31/7/12.

114 Flores Dapkevicius, Rubén: Decreto 500/91, actualizado, anotado y concordado, Amalio Fernández, Mdeo. 2013, 5ª edición.

(art. 209), inspecciones, testimonial, etc.. Asimismo, y de acuerdo al art. 233 del reglamento, pueden aplicarse en vía de integración las reglas del Derecho Procesal Penal o Civil, esto es el Código del Proceso Penal y el Código General del Proceso.

Todas las diligencias se instrumentarán en forma de actas, art. 194, y el instructor sólo puede delegar, bajo su responsabilidad, las diligencias legisladas en el art. 197 inc. 2.

Interesa detenernos en algunos medios probatorios a los que el reglamento presta mayor atención. La prueba testimonial será recabada personalmente por el instructor que tomará las declaraciones de las personas indagadas en los antecedentes o que puedan estar implicados en los hechos investigados.

Podrá solicitarse la declaración por pliego cerrado a los testigos que se encuentren en lugar distante (art. 204); a los funcionarios mencionados en el art. 163 del C.G.P.<sup>115</sup>, y a los que el instructor, excepcionalmente, estime conveniente de acuerdo al art. 197, siempre del Decreto 500/91

Los funcionarios que citados en forma<sup>116</sup> no se presenten a declarar, incurrir en falta administrativa. Si el declarante estuviera impedido por justa causa, el instructor adoptará las providencias que estime necesarias para recabar su testimonio, según el art. 206 del Decreto 500/91, “en la forma que estime más conveniente”<sup>117</sup>.

Las citaciones para declarar las hará el instructor, o las oficinas públicas respectivas, sin perjuicio de la potestad de efectuarlas por la policía ante la negativa contumaz del citado o si se ignora su domicilio, art. 198. El contenido de las mismas ( se determinará día hora y lugar donde se efectuará el interrogatorio), se expresa en el art. 199.

Las declaraciones serán tomadas a cada testigo por separado, por el instructor en persona. Los interrogados no pueden ser asistidos por letrado.

Las preguntas se deben hacer en forma concisa y objetiva y no podrán ser sugestivas, tendenciosas o capciosas. Se prohíbe la lectura de apuntes salvo que el instructor lo permita en el caso de que el interrogatorio refiera a fechas o cifras, art. 201.

Los careos podrán disponerse con el fin de explicar las contradicciones que pudieren surgir de los testimonios de los citados<sup>118</sup>.

115 Es el Código General del Proceso Civil.

116 Recordar el domicilio que obra en el legajo y, eventualmente, el especialmente constituido.

117 La disposición lo habilita, entonces, a constituirse en el lugar.

118 En la diligencia se leerá las declaraciones de los careados y se llamará la atención sobre las discrepancias pudiendo el instructor efectuar las repreguntas que estime del caso, art. 208.

La solicitud de informes procede por separado, individualmente, a cada testigo o informante. Se viola la reserva si se solicita datos a un conjunto de personas y, las mismas, se encuentran enteradas (por ejemplo porque se les envió el mismo correo electrónico), de la diligencia<sup>119</sup>.

La valoración de la prueba debe realizarse de acuerdo a las normas que rigen la materia, especialmente, en sede procesal.

Es la Administración la que debe probar fehacientemente la comisión de faltas administrativas. Por tanto no es lícito imputar, sin prueba inexcusable, para que el disciplinado deba demostrar su inocencia

- Informe Final

Una vez que el instructor considere suficientemente instruido el procedimiento deberá efectuar un informe circunstanciado de las diligencias realizadas, los hechos probados y - en su caso- la individualización de los responsables estableciendo sus conclusiones. También, cuando lo estime oportuno, aconsejará las medidas tendientes a evitar que las irregularidades se repitan.

La etapa indagatoria se considerará concluida cuando el funcionario actuante lo determine, porque se agotaron todas las medidas necesarias para esclarecer los hechos o, individualizó a los responsables y, si venció el plazo de instrucción<sup>120</sup>.

Creemos que el tema no es menor porque desde ese momento comienza a transcurrir los 10 días para elaborar el informe de que se trata.

El art. 215 no expresa si los 10 días son corridos y, por ello, deben entenderse hábiles de acuerdo a lo dispuesto en el art. 113 del Decreto 500/91 .

Corresponde tener presente que, en cualquier momento de la investigación, el instructor deberá darla por finalizada si individualizó a los responsables. En ese caso, solicitará que la autoridad competente decrete el sumario y se adopten las medidas a que refiere el art. 187<sup>121</sup>. Las actuaciones cumplidas en la investigación se incorporan al sumario, el que se continuará sustanciando en

119 Ello acontece cuando se solicita información a una oficina diversa a la investigada. Elementalmente más grave es la violación si se trata de personas que integran los cuadros de la oficina propiamente investigada. No procede enviar una solicitud de información con copia (del contenido) al jerarca del solicitado.

120 Se recuerda que debe interrogarse a todos los funcionarios que se vinculen al tema investigado; de no hacerlo debe fundarse correctamente la solución. De no ser así corresponde la ampliación de la investigación.

121 Si se concede vista, en la investigación, es claro que debe diligenciarse la prueba que se ofrezca, salvo que sea impertinente, etc. Esa es una de las principales motivaciones de la misma, salvo, algún motivo que no corresponde adjetivar en este momento.

los mismos autos, art. 184. Lo expuesto es así si existe semiplena prueba. En el supuesto de plena prueba se puede ir derechamente a la vista de los cargos imputados.

En efecto, si la individualización ocurriese “al finalizar la instrucción sera suficiente dar cumplimiento a lo dispuesto por los arts. 215 a 223”.

Las hipótesis mencionada acontece cuando se produce la transformación de la investigación en sumario<sup>122</sup>.

Estimamos fundamental subrayar que el jerarca siempre debe adoptar las medidas del art. 187, si la falta es grave, procediendo a la suspensión preventiva, del ahora sumariado, por inexistencia de plena prueba en la primera hipótesis analizada. No podemos olvidar el plazo de vista y que el expediente debe ser informado por la Asesoría Letrada y, eventualmente, por la Fiscalía de Gobierno y la Comisión Nacional del Servicio Civil. También puede resultar necesaria la venia del Senado o de la Comisión Permanente. Por lo expuesto, la resolución final del nuevo sumario puede demorarse en exceso.

- Informe Letrado

El art. 216 del D. 500/91 determina, que en la investigación administrativa pura y simple, luego del informe final del instructor, el expediente pasa a informe letrado que deberá expedirse dentro de los 20 días hábiles prorrogables por otros 10, art. 218.

El asesor fiscalizará el cumplimiento de los plazos de instrucción bajo responsabilidad de incurrir en falta y sugerirá al jerarca las medidas a adoptar, incluida la ampliación o revisión del procedimiento disciplinario de que se trata.

- Resolución

Si de la investigación no surgen responsables, el jerarca competente resolverá disponiendo el archivo de las actuaciones. Si ello no aconteciere deberá decretar el sumario tramitándose el expediente de acuerdo a lo recientemente expuesto, considerándose, por ende, la transformación según exista plena o semiplena prueba<sup>123</sup>.

122 Flores Dapkevicius, Rubén: Decreto 500/91, actualizado, anotado y concordado, Amalio Fernández, Mdeo. 2013, 5ª edición.

123 Si de la investigación surge un responsable con plena prueba de la falta, corriéndose vista, se puede sancionar directamente. Sin embargo, si existe una imputación con semi plena prueba debe decretarse, necesariamente, el sumario administrativo. Es la transformación de la investigación en sumario. Ver. Sent. 20/06 del TCA.

Si de la investigación surge un responsable con plena prueba de la falta, corriéndose vista, se puede sancionar directamente. Sin embargo, si existe una imputación con semi plena prueba debe decretarse, necesariamente, el sumario administrativo. Es la transformación de la investigación en sumario.

- Ampliación o Revisión de la Investigación

De acuerdo al inc. 2 del art. 220 puede disponerse la ampliación o revisión de la investigación administrativa. La ampliación procede si se entiende que la instrucción fue insuficiente y, la revisión, si se observaran eventuales vicios en la misma. Ambas medidas pueden ser solicitadas por los asesores o el jerarca del servicio. La decisión al respecto la dictará el jerarca respectivo que en el mismo acto designará al instructor. Este deberá cumplir su cometido de acuerdo al D. 500/91 en un plazo no mayor de 30 días hábiles.

Como no se establece expresamente la posibilidad de su prórroga la misma no es posible, de principio<sup>124</sup>, por la *ratio legis* que emana de todas las disposiciones que tienden a agilizar el trámite, en lo pertinente, y de acuerdo al propio proceso y a los derechos de los imputados cuando de sumario administrativo se trata. Sin embargo debe estarse a la realidad, en ciertos supuestos.

De la ampliación o revisión deberá efectuarse un nuevo informe circunstanciado y deberá recabarse la opinión letrada correspondiente, derivando el procedimiento de acuerdo a lo que de ellas resulte.

## 5. SUMARIO ADMINISTRATIVO

### A. Concepto

Sumario administrativo es el procedimiento tendiente a determinar o comprobar la responsabilidad de los funcionarios imputados de la comisión de falta administrativa y a su esclarecimiento.

De la definición ensayada podemos extraer los elementos tipificantes del sumario administrativo, a saber:

- Su fin es determinar o comprobar;
- La culpabilidad de los funcionarios;
- Ya imputados de la comisión de falta administrativa,

124 Salvo, por ejemplo, en el supuesto que se deba esperar pruebas que demoran en su diligenciamiento.

- La motivación del acto debe hacer referencia, de principio, a los hechos. No corresponde insinuar, como regla general, tipificación que será efectuada por el sumariante y letrado correspondiente. Téngase presente que si se cita al soporte del órgano que tomó la decisión esta circunstancia puede ser, en algún caso, de trascendencia. También importa a los efectos de respetar la autonomía técnica del instructor. El acto debe ser motivado, pero no puede, en principio, tipificar la falta, porque en ese caso existiría prejuzgamiento, condena, etc., de acuerdo a la forma en que se realice, art. 3. del Decreto 500/91
- En el Poder Ejecutivo debe considerarse la existencia del procedimiento disciplinario abreviado, tema que se analiza *infra*.

## B. Procedimiento

- Iniciación

Acaecido el supuesto de hecho tipificante, el sumario administrativo se inicia mediante resolución, motivada del jerarca de la respectiva unidad ejecutora, art. 185. La resolución deberá:

- ordenar la instrucción
- designar instructor
- ordenar la comunicación al Registro de Funcionarios Públicos (Registro de Sumarios) en la órbita de la O.N.S.C., D. 302/94, art. 13.
- disponer la suspensión preventiva del funcionario, si el hecho que motiva el procedimiento se considera falta grave y por no más de seis meses, con retención de medios sueldos (arts. 187), o de todo el salario, art. 229 del Decreto 500/91.

En los demás casos, de principio la suspensión no es preceptiva, art. 187 inc. 1 y 2. Cumplidos los seis meses, el superior inmediato del sumariado lo comunicará al jerarca que deberá disponer el cese de la suspensión y retención de haberes, sin perjuicio de continuarse con los procedimientos, art. 188 del Dec. 500/91 <sup>125</sup>.

El sumariante puede suspender preventivamente a los disciplinados cuando, a su juicio, exista semiplena prueba de su complicidad o intención dolosa, siempre que las irregularidades se consideren falta grave, art. 192. El instruc-

125 En este caso el procedimiento demora más de 180 días. Además podría demorar más de dos años si se tiene presente la clausura del mismo. Tal circunstancias dan un golpe fuerte a la optimista norma que establece que los procedimientos disciplinarios deben instruirse en 60 días.



tor no puede disponer esta medida, que importa retención del medio sueldo contra, los Directores Generales o Jefes de Oficinas. Decidida la suspensión preventiva por el sumariante la debe comunicar inmediatamente al Ministro para que éste la ratifique o rectifique.

Cuando el trámite del sumario esté suficientemente avanzado o, la naturaleza de las irregularidades lo permitan, el instructor podrá solicitar al Ministro que los sumariados sean reintegrados a sus funciones<sup>126</sup>.

El sumario administrativo, motivado en delitos vinculados al ejercicio de la función pública, tiene algunas importantes particularidades que son dignas de destaque y cuya legalidad y conveniencia podría ser opinable. Surgen del art. 7 del Decreto 486/02,<sup>127</sup>:

Subrayamos, nuevamente, que la suspensión preventiva y la privación del salario no son sanciones. Sin embargo, no corresponde, de principio, la devolución de haberes retenidos, al todavía disciplinado, cuando se cumplen los seis meses de suspensión preventiva y es reintegrado. Ello surge, claramente, de la naturaleza cautelar del instituto<sup>128</sup>.

La resolución ilegítima que disponga un sumario administrativo que agravie al disciplinado -en su honor, patrimonio o derecho - aunque no sea dispuesta conjuntamente con suspensión preventiva, es impugnabile en vía administrativa y jurisdiccional, por ser un acto separable del procedimiento en su conjunto.

- Notificaciones

Se procede de igual forma que en las investigaciones administrativas, esto es, se notifica el instructor. Desde esa fecha comienza a correr el plazo que posee para instruir el sumario. Asimismo, se notifica al Jefe de la Oficina del sumariado y a este.

Corresponde la comunicación a la Oficina de Personal y a la Oficina contable si existe suspensión preventiva con retención de sueldos.

Compete al instructor la dirección del procedimiento y no podrá desprenderse del expediente, en esta etapa, por motivo alguno. Ello importa por lo dispuesto en el art. 174 del Decreto 500/91, vigente, y que ordena la reserva, especialmente, para el jerarca del servicio.

126 Ello es así porque la finalidad principal de la suspensión preventiva es evitar que el sumariado perturbe el normal desarrollo del procedimiento y, por ello, el suspendido no puede ingresar a las oficinas del servicio sin autorización expresa del jerarca o del sumariante.

127 Flores Dapkevicius, Rubén: Decreto 500/91 anotado y concordado, Amalio Fernández Mdeo. 2013, 5ta edición actualizada y ampliada.

128 Por ejemplo el art. 222 del Decreto 500/91 dice que no corresponde, en ningún caso, la devolución, si el procedimiento, que no concluyó, finaliza, posteriormente en destitución.

- Instrucción

En virtud de no poseer elementos esenciales que la diferencien de lo estudiado en la investigación administrativa, nos remitimos al apartado respectivo <sup>129</sup>.

Lo expuesto debe entenderse sin perjuicio de la caducidad (clausura) de la instrucción, art. 212 del Decreto 500/91 <sup>130</sup>. Esta se produce luego de los sesenta días y prórrogas correspondientes. El legitimado activo es el sumariado, en el sumario, sin perjuicio de lo expuesto supra cuando analizamos la investigación administrativa. Ello es así porque el Decreto 420/07 no modificó el art. 220 del Decreto 500/91. La confusa redacción y regulación de la caducidad de la instrucción hace resurgir el principio de verdad material <sup>131</sup>.

Corresponde la agregación del legajo del disciplinado <sup>132</sup>.

Compete al instructor la dirección del procedimiento y no podrá desprenderse del expediente, en esta etapa, por motivo alguno. Por ello el procedimiento sigue siendo reservado, art. 174 del Decreto 500/91. El instituto se aplica, especialmente, al jerarca. Debe tenerse presente que diversas Administraciones públicas estatales han declarado el carácter reservado de todos los procedimientos disciplinarios, arts. 8, 9, 16 y 33 de la Ley 18381. Así el Ministerio del Interior en asunto N° 7535/2012, Resolución del 20/7/12. La Dirección Nacional de Aduanas procedió según Resolución de 31/7/12. La OSE entendió la situación en la RD 1046/12. Asimismo el MEF resolvió el asunto el 31/7/12.

Respecto del instruido el nuevo estatuto del funcionario del Poder Ejecutivo estableció que, a su respecto, el procedimiento no es reservado para él, y su patrocinante.

- Prueba

Sin perjuicio de lo ya expuesto en sede de investigación administrativa, corresponde detenerse en la prueba testimonial. Las citaciones para declarar las hará el instructor o las oficinas públicas respectivas, sin perjuicio de la potestad

129 Sánchez Aguilar, Manuel: Derecho Administrativo Sustantivo y Procesal, cit. pág. 146.

130 Flores Dapkevicius, Rubén: Decreto 500/91, actualizado, anotado y concordado, Amalio Fernández, Mdeo. 2013, 5ta edición.

131 Debe observarse la realidad, sin perjuicio de la legitimación del instruido.

132 El Art. 214 del Decreto 500/91 dice “El instructor deberá agregar copia autenticada de la foja de servicios de cada uno de los funcionarios implicados en la información, con las anotaciones al día de sus faltas al servicio y demás circunstancias registradas por la oficina a que pertenezcan. El instructor pedirá el documento referido en el presente artículo por oficio directamente a quien corresponda”. El pedido debe ser directo.

de efectuarlas por la policía ante la negativa contumaz del citado o si se ignora su domicilio, art. 198<sup>133</sup>.

Resulta sumamente importante destacar que el disciplinado puede declarar asistido por su abogado (art. 201 inc. 3) a los fines y con las facultades previstas en el art. 72. La disposición permite al letrado impugnar las preguntas sugestivas, tendenciosas o capciosas y lo habilita a efectuar repreguntas, pudiendo solicitar las rectificaciones que considere necesarias en las actas para conservar la fidelidad y exactitud de la declaración. Sin perjuicio de las facultades otorgadas al abogado del disciplinado cuando éste declare, el instructor es el que dirige el procedimiento y puede rechazar las preguntas que juzgue inconvenientes, innecesarias así como dar por terminado el interrogatorio.

El patrocinante también puede concurrir a los careos en que intervenga el imputado, art. 208. Se destaca que solamente el sumariado puede ser asistido por abogado.

El art. 71 del Decreto 500/91 dice: “...En el ámbito del procedimiento disciplinario, la admisión o rechazo de una prueba, será competencia del Instructor actuante y los recursos administrativos que se interpongan contra la resolución denegatoria, que se tramitarán por cuerda separada, no afectarán el curso del sumario en trámite”.

Se recuerda que es la Administración la que debe probar, fehacientemente, la existencia de falta administrativa.

No es lícito imputar, con prueba parcial, para que el imputado diligencie la prueba de su inocencia

- Informe Final

No presenta grandes diferencias con el que se realiza en la investigación administrativa. El plazo para elaborar el informe es de 10 días hábiles en virtud de lo legislado en el art. 113. Será circunstanciado detallando las diligencias efectuadas y deberá expedirse sobre los hechos probados, su calificación y la participación que en ellos hayan tenido los imputados. Se considerarán las atenuantes y agravantes y se establecerán las conclusiones

En esta etapa los instructores no deben, necesariamente, expedirse sobre la sanción que entiendan ajustada a Derecho y la práctica administrativa permite concluir que no lo hacen. Ese hecho nos parece inconveniente porque el disci-

133 Flores Dapkevicius, Rubén: Decreto 500/91, actualizado, anotado y concordado, Amalio Fernández, Mdeo. 2013, 5ª edición.

plinado toma vista de un informe del cual solo puede presumir qué sanción le será aplicada y, por ello, propugnamos la modificación del art. 215.

- Vista

Del informe del instructor se otorgará vista al sumariado por un plazo que no será inferior a 10 días hábiles<sup>134</sup>. La vista se debe notificar personalmente, art. 91.

Se destaca, enfáticamente, que, en todo caso, corresponde la vista de las actuaciones, aún, en el supuesto de que el sumariante aconseje el archivo de las mismas. Lo expuesto es así, porque el jerarca no está obligado por ese informe, ni por el que, oportunamente, pueda efectuar el letrado de acuerdo al art. 218 del Decreto 500/91.

El expediente no podrá ser extraído de la Oficina, salvo en casos “muy excepcionales apreciados por las autoridades que conocen en él, debiendo... solicitarse por escrito por los interesados con firma letrada y bajo la responsabilidad de éste quien deberá dejar recibo en forma” art. 217.

En esta etapa procedimental el disciplinado articulará su defensa pudiendo presentar todos los medios probatorios admitidos por el Derecho y actuará de acuerdo a los arts. 71 y 72. Asimismo podrá solicitar la ampliación o revisión del sumario.

Corresponde tener presente lo dispuesto en el art. 216, inciso final, que dice: “Si dentro del término de vista se ofreciere prueba, el instructor se pronunciará de acuerdo a lo dispuesto por el inciso tercero del artículo 71, debiendo proceder a su diligenciamiento toda vez que dicha prueba fuera aceptada, contando para ello con el plazo previsto en el artículo 220 del presente decreto”.

- Informe Letrado

Una vez que vence el término para presentar descargos, con la agregación de los mismos o con la constancia de su no presentación, el expediente pasa a la Asesoría Letrada para su informe.

El asesor deberá informar dentro del plazo de 20 días prorrogable por otros 10 días hábiles más a juicio del jerarca, art. 218 y 113. En el informe se fiscalizará el cumplimiento de los plazos, la regularidad de la instrucción y se expedirá sobre el fondo del asunto aconsejando la sanción a imponerse.

Del informe de que se trata no debe, necesariamente, concederse vista. Por ello, si el instructor no aconsejó sanción, el sumariado sólo podrá contradecir

134 Art. 66 de la Carta y normas infravalentes concordantes.

la medida en sede recursiva, no pudiendo, de principio, agregar prueba, salvo hechos nuevos o prueba habida recientemente.

- Ampliación y Revisión Sumarial: Art. 220

No presenta mayores diferencias con lo ya estudiado en sede de investigación administrativa. Sólo debemos decir que el disciplinado tiene legitimación para solicitar la medida en el momento que presente descargos.

De la ampliación o revisión sumarial deberá efectuarse un nuevo informe circunstanciado. Se dará nueva vista al sumariado para que presente sus conclusiones respecto a las diligencias practicadas. El sumariado no podrá solicitar el diligenciamiento de nuevas pruebas porque su oportunidad procesal precluyó cuando venció el plazo de la primera vista. La única excepción admisible podría resultar de hechos nuevos o de prueba recientemente obtenida.

Nuevamente se debe pasar el expediente para informe letrado correspondiendo recabar los informes preceptivos o facultativos señalados en el apartado que sigue.

- Intervención de la Fiscalía de Gobierno y de la Comisión Nacional del Servicio Civil

Efectuado el informe letrado pertinente puede resultar necesario la intervención de esos órganos consultivos.

Es preceptiva la intervención de la Fiscalía de Gobierno cuando el instructor sea el Jefe de la Asesoría Letrada, art. 218 *in fine*.

Asimismo, es preceptiva la intervención de la Comisión Nacional del Servicio Civil, en último término, es decir, luego del dictamen fiscal, si la sanción aconsejada es la destitución, Ley 15757, art. 7 lit. c, art. 219 del D. 500/91.

Fuera de las hipótesis descritas, el jerarca podrá solicitar la intervención de esos órganos como diligencia para mejor resolver.

Los dictámenes de la Fiscalía y de la Comisión del Servicio Civil, no son vinculantes porque el jerarca respectivo podrá apartarse de ellos mediante acto fundado<sup>135</sup>.

- Venia del Senado o de la Comisión Permanente

De acuerdo al art. 168 Nral. 10 de la Constitución compete al Poder Ejecutivo, jerarca, destituir a los empleados de su sistema por las causales de ine-

135 La sentencia N° 332/98 del TCA entendió que no recabar estas opiniones no es causal de nulidad. Actualmente el órgano rectificó el camino según la sentencia N° 312/02.

titud, omisión o delito necesitando para ello venia de la Cámara de Senadores o, en su receso, de la Comisión Permanente. La venia solo corresponde cuando se trate de funcionarios presupuestados de la Administración Central, inc. 2<sup>do</sup> del art. 60 de la Carta<sup>136</sup>.

No corresponde solicitarla cuando la Constitución los declara amovibles, o si la ley los califica de igual modo. En efecto, la Carta establece la amovilidad de los empleados militares y policiales, autorizando a la ley la extensión del régimen, art. 168 nral. 14.

Tampoco corresponde solicitar la venia respecto a los funcionarios de carácter político o de particular confianza y los contratados.

Retomando el análisis, el Senado o la Comisión Permanente en su caso tienen un plazo de 90 días para expedirse y, si no lo hicieren, el Poder Ejecutivo podrá prescindir de la venia solicitada a los efectos de la destitución.

El autor destaca que la inamovilidad (obtenida con grandes sacrificios humanos y materiales), es, simplemente, entonces, la necesaria venia, aún ficta. Su eliminación podría permitir que un cambio del partido, o sector político del Gobierno de turno, no ponga freno a la siempre posible persecución de los servidores públicos, legítimamente ingresados a su función, simplemente porque no comulguen con su idea. Esa fue la idea, siempre vigente, que motivó su consagración<sup>137</sup>.

La forma más gruesa, para eliminar este derecho, consistió en no presupuestar a los funcionarios que continuaban, sine die, en situación de contratados con todos los perjuicios que ello genera para un respeto integral de su carrera administrativa, y derecho de permanencia en el cargo, cuando así correspondiere por su idoneidad. Esa medida, además, permite que determinados cargos se transformen en cargos “de confianza”, del administrador de turno<sup>138</sup>.

- Clausura de los Procedimientos

El estatuto del funcionario del Poder Ejecutivo estableció, nuevamente, la clausura del procedimiento si la Administración no se pronuncia sobre el fondo del asunto en el plazo de dos años, contados a partir de la resolución que dispuso la instrucción del sumario, art. 78 de la ley 19121<sup>139</sup>.

136 Flores Dapkevicius, Rubén: Constitución de 1967, nota al art. 60; AMF editores, Mdeo 2010, 2da edición ampliada.

137 La República, en variadas ocasiones, ha sabido vivir el hostigamiento político. La situación no se descarta con el desarrollo del tiempo.

138 El nombramiento de “interinos” puede hacer pesar esa condición a determinadas personas.

139 Refiere claramente al sumario administrativo. Ello es así por el fundamento del instituto.

El cómputo del referido plazo se suspende:

- A) Por un término máximo de sesenta días, durante la tramitación de la ampliación o revisión sumarial<sup>140</sup>.
- B) Por un plazo máximo de treinta días en cada caso, para recabar los dictámenes de la Fiscalía de Gobierno competente y de la Comisión Nacional del Servicio Civil cuando corresponda.
- C) Por un plazo máximo de noventa días durante el cual la Cámara de Senadores tiene a su consideración el pedido de venia constitucional para la destitución.

El instituto no resulta aplicable en el caso de funcionarios sometidos a la Justicia Penal. Nuevamente debe hacerse las mismas consideraciones, que efectuéramos oportunamente, respecto del concepto “sometido”<sup>141</sup>.

De acuerdo a lo expuesto los procedimientos disciplinarios pueden demorar más de dos años; ello lo dice el propio legislador.

Por ello nos preguntamos por qué se continúa estableciendo el plazo de 60 días para instruir si se sabe, de comienzo, que tal eventualidad, seguramente, no podrá cumplirse.

- Etapa Decisoria

Efectuados todos los trámites descritos, corresponde que el jerarca dicte el acto principal que decida el fondo del asunto.

El art. 44 del Decreto 30/03 dispuso: “En el ejercicio de la potestad disciplinaria, los organismos cuyos funcionarios se encuentran alcanzados por este decreto podrán recabar la opinión de la Junta Asesora en Materia Económico Financiera del Estado, en cuyo caso, para apartarse del dictamen que ésta emita, deberá procederse en forma fundada”.

La resolución podrá exonerar de culpa al imputado o declararla y establecer la sanción que razonablemente a la falta corresponda<sup>142</sup>.

También puede declarar la caducidad del procedimiento

Asimismo, en el acto se resolverá, de corresponder, sobre la devolución o no de los sueldos retenidos en el supuesto de suspensión preventiva. Si el su-

140 De allí se deduce que la ampliación o revisión sumarial podría demorar un término mayor.

141 Flores Dapkevicius, Rubén: Derecho Penal Administrativo, El procedimiento disciplinario, Amalio Fernández, Mdeo. 2009, 3ra edición actualizada y ampliada.

142 Bielsa, Rafael: La Función Pública, pág 170, Depalma, Bs. As., 1960. Refiere a las que deben considerarse dos causas de exención de responsabilidad: el error justificable y el estado de necesidad.

mario termina con la destitución no se devolverá, “en ningún caso” los medios sueldos retenidos, art. 222.

De acuerdo al art. 221 se debe comunicar la resolución al Registro de Sumarios Administrativos y, también corresponde efectuar las comunicaciones internas del caso.

- Notificación

El acto principal debe notificarse personalmente a quienes corresponda mediante el procedimiento establecido en los arts. 91 y siguientes del Decreto 500/91, en lo que fuera aplicable, art. 221 inc. 1.

- Recursos Administrativos y Acción de Nulidad

El legitimado activo agraviado por el acto podrá alzarse contra el mismo mediante los recursos administrativos correspondientes y ocurrir al Tribunal de lo Contencioso Administrativo (desde ahora T.C.A.) de acuerdo a las normas constitucionales, legales y reglamentarias a las que nos remitimos<sup>143</sup>.

El art. 219 del Decreto 500/91 dice: “...En caso de impugnación de la resolución que dispone la destitución del funcionario, deberá oírse en primer término a la Asesoría Letrada del Organismo, debiendo remitirse posteriormente el expediente en vista al Fiscal de Gobierno de Turno, quien dispondrá de los plazos referidos en el artículo anterior para expedirse”.

## 6. FUNCIONARIOS SOMETIDOS AL PODER JUDICIAL PENAL

### A. Concepto

El nuevo estatuto del funcionario del Poder Ejecutivo establece que la responsabilidad disciplinaria será apreciada y sancionada independientemente de la responsabilidad civil o penal, sin perjuicio de lo dispuesto, especialmente, cuando define delito, art. 76 de la ley 19121.

Según el art. 231 del D. 500/91 “Las disposiciones que anteceden no obstan al necesario ejercicio de la competencia administrativa independiente (más técnico es autónoma) de la judicial, para instruir sumarios y disponer las cesantías que correspondan sin esperar fallos judiciales, en los casos claros de conducta

143 Flores Dapkevicius, Rubén: La acción de nulidad y responsabilidad del Estado, Carlos Álvarez, editor, Mdeo. 2008.



incompatible con la calidad de funcionarios públicos...” Por ello no existe total independencia.

El Decreto 30/03 estableció una norma muy similar, en su art. 39, que en realidad no agrega nada relevante.

En síntesis corresponde decir:

- a) El principio general es la autonomía de los procedimientos administrativo y penal. Debemos recordar que la prueba en sede administrativa puede trasladarse a la penal, y viceversa.
- b) Sin perjuicio de ello, a veces, la sentencia penal puede determinar el actuar de la Administración. Por ejemplo si existe condena por delitos contra la Administración Pública.
- c) Si la conducta del agente no ha sido tipificada penalmente, pero constituye una falta administrativa, el hecho es pasible de sanción disciplinaria.
- d) La Administración puede sancionar o exonerar de culpa “sin esperar fallos judiciales en los casos claros” comprobados en el procedimiento sumarial.
- e) El procesamiento por delito puede motivar la destitución, si existe probado en el procedimiento disciplinario, que el funcionario perdió idoneidad moral para el ejercicio del cargo. En caso de dudas resulta conveniente esperar la dilucidación en el fuero penal. La circunstancia acontece, especialmente, en los delitos ajenos a la función pública.
- f) Por lo expuesto, cuando el funcionario se encuentre sometido al fuero penal, se deberá observar cada caso concreto, teniendo presente que la Administración no puede esperar fallos del Poder Judicial que demoren en exceso.

## B. Desarrollo

La simultaneidad de un procedimiento penal y otro disciplinario puede tener origen en la denuncia penal o policial efectuada por el jerarca administrativo o, por la comunicación de aquellos a éste.

Cuando el Poder Ejecutivo toma conocimiento del sometimiento de un funcionario al fuero penal, debe apreciar las circunstancias del caso y dictar las medidas que a su juicio correspondan. Así, podrá disponer que el procesado sin prisión continúe en su cargo o que pase transitoriamente a desempeñar otras tareas. También podrá suspenderle preventivamente con retención total o parcial de sueldo, entendiéndose que el no desempeño de las funciones, aparezca, por lo menos, la retención de la mitad de los haberes.

Si por sentencia se declara que no hubo lugar a los procedimientos deberá restituirse lo retenido.

En el supuesto de que el funcionario sea procesado con prisión se podrá retener hasta la totalidad del salario

### **C. Delitos contra la Administración o sus Funcionarios<sup>144</sup>**

En este apartado veremos, independientemente de la existencia o inexistencia de condena, la relación existente entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Disciplinario, en el supuesto de delitos contra la Administración o sus funcionarios<sup>145</sup>.

El bien jurídico tutelado en estos supuestos es, por una parte el interés público y, por otra, el funcionamiento normal y prestigio del Estado, en sentido amplio, frente a la sociedad, incluido el de sus agentes, que representa, y ante quién debe rendir examen.

El sumario administrativo por delitos vinculados al ejercicio de la función pública tiene algunas importantes particularidades que son dignas de destaque y que surgen, en primer lugar, del Decreto 486/02, entre otras:

- 1) La separación del cargo se decreta con retención total de haberes.
- 2) No rige el límite máximo de seis meses de suspensión preventiva.

En general el delito contra la Administración Pública, cometido por un funcionario público, especialmente donde desarrolla funciones, debe motivar la destitución. Ello es así porque, más allá del propio delito, viola sus deberes funcionales. Si el funcionario público comete un delito contra otra Administración, lo realiza fuera de la función pero, de todas formas, viola la confianza de su empleador, en sentido amplio, art. 82 in fine de la ley 19121.

### **D. Delitos ajenos a la Administración**

La solución general la encontramos, por ejemplo, en la Sent. 952/99 del Tribunal de lo Contencioso Administrativo (TCA) que falló diciendo: “Se promueve anulación de(...), mediante la cual se destituye de su cargo en la Dirección General (...) por la causal de “Delito”. El hecho de que la Administración

144 Maggiore, Giuseppe: Derecho Penal Vol. III, pág. 127 y siguientes, Temis, Bogotá 1989.

145 Bustos Ramírez, Juan y Valenzuela Bejas, Manual: Derecho Penal Latinoamericano Comparado, Tomo III, Depalma 1983 nos ilustran con los Códigos Penales vigentes de acuerdo al título y el Código Penal Alemán.

haya dispuesto la destitución por la causal de delito, antes de que recayera la sentencia de condena en la causa penal...” no invalida el acto resistido”.

La destitución solo puede efectuarse si se comprueba falta administrativa, suficientemente motivadora de la decisión o, si por las circunstancias de los hechos, queda probado que el funcionario perdió idoneidad para el ejercicio del cargo. En todo caso debe observarse las alteratorias del tipo ; es decir que la condena por delito no motiva, automáticamente, la destitución. En el derecho sancionatorio, de principio, siempre, debe observarse las atenuantes y agravantes. La condena de un funcionario por receptación es igual para todos pero, en la valoración administrativa de la conducta debe considerarse, por ejemplo, la antigüedad en el Organismo, sus antecedentes funcionales, cuál es la opinión que respecto de él se tiene por sus superiores, etc.

## 7. FUNCIONARIOS CONDENADOS POR EL FUERO PENAL

Sin perjuicio de haber adelantado algunas conclusiones en los apartados precedentes respecto a los delitos contra la Administración y ajenos a ésta, corresponde ingresar al estudio concreto de los funcionarios condenados penalmente. Se analizará la inhabilitación y la suspensión, porque, toda condena por cualquier delito, debería, de principio, motivar la destitución, si existe desprestigio del Estado, sin perjuicio de lo señalado en el numeral que precede<sup>146</sup>.

Así, la pena de:

- a) Inhabilitación para el desempeño de un cargo público, impuesta como principal o accesoria a la de penitenciaría, produce la extinción de la relación funcional, art. 75 y 76 del Código Penal. En este supuesto es necesario dictar un acto que, motivado en la decisión judicial, declare la cesantía del condenado. La Administración, constatado el motivo, debe actuar en consecuencia, art. 14 del Decreto de 14/2/51 y estatuto del funcionario del Poder Ejecutivo, art. 87 de la ley 19121.
- b) Suspensión impuesta como principal o como pena accesoria a la de prisión, no produce, la pérdida de una cualidad esencial para ser funcionario público.

Sin embargo, la condena por delito podría motivar el acto destitutorio porque se afecta la imagen de la Administración, art. 78 del Cod. Penal y art. 20

<sup>146</sup> Flores Dapkevicius, Ruben: El procedimiento disciplinario, Amalio Fernández, Mdeo. 2009, 3ra edición. Es decir que siempre, en principio, debe observarse las atenuantes aunque, la situación de un delito contra la función pública, es diverso a cuándo es ajeno al funcionamiento del aparato del Estado.

del D. S/N de 14/3/907 que dispone que la condena a una pena mayor de 6 meses de prisión es causa de destitución.

La condena debe ser apreciada, como se dijo, de conformidad con el tipo y las circunstancias alteratorias del mismo (atenuantes y agravantes), administrativas y penales. Por otra parte debe observarse si nos encontramos frente a delitos contra la Administración o ajenos a la misma.

## **8. APLICACIÓN DE SANCIONES SIN NECESIDAD DE INSTRUIR SUMARIO ADMINISTRATIVO**

---

El tema se encuentra regulado en el Decreto-Ley 10388, art. 18 y en el D. 500/91 art. 171. Se aplica, en este momento, en el ámbito del Poder Ejecutivo, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 75 de la ley 19121. La situación en la descentralización puede ser diversa.

Para que se aplicara una sanción, sin instruir un sumario administrativo, se necesitaba en el Poder Ejecutivo :

- a) Falta administrativa evidente y notoria. Por ejemplo llegadas tarde al servicio.
- b) Que se conozca fehacientemente al funcionario que incurrió en responsabilidad.
- c) Que se dé la oportunidad de articular defensa con anterioridad a la imposición de la medida disciplinaria.
- d) Por ello, es necesaria la documentación de las actuaciones en expediente. La sent 379/97 del TCA dijo: “Cuando la falta imputada al funcionario sea evidente y no haya dudas sobre su responsabilidad, documentando el hecho en “expediente e información”, la Administración puede aplicar sanciones disciplinarias sin necesidad de sumario”.
- e) Si el funcionario controvierte los hechos siempre es prudente, más allá de la propia legalidad, disponer el sumario correspondiente. Ello es así en beneficio del instruido, inocente hasta que se demuestre lo contrario, y de la propia Administración.
- f. Respecto de los funcionarios del Poder Ejecutivo corresponde observar el procedimiento disciplinario abreviado.

## **9. PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO ABREVIADO**

---

El nuevo estatuto del funcionario del Poder Ejecutivo nos aporta la novedad de este procedimiento, art. 75 de la ley 19121.

El mismo se aplica respecto de las sanciones de observación y amonestación con anotación en el legajo.

El procedimiento habilita, simplemente a conceder derechamente vista al imputado, quien podrá presentar sus descargos. Esos descargos pueden solicitar el diligenciamiento de probanzas lo que lleva a la aplicación del art. 71 del Decreto 500/91, especialmente. Asimismo, el instruido podría solicitar el diligenciamiento de un sumario.

En todo caso el adoptar el procedimiento de que se trata es una facultad del jerarca.

En el supuesto de faltas que puedan dar mérito a suspensiones de hasta diez días, el jerarca de la unidad ejecutora “dispondrá”<sup>147</sup> una investigación de urgencia, la que deberá sustanciarse en un plazo de setenta y dos horas. Cumplida la misma se dará vista al funcionario lo que motiva la posible solicitud de prueba, etc<sup>148</sup>.

El régimen se cierra, según el estatuto, teniendo presente que las sanciones de suspensión mayor a diez días, y la destitución, sólo pueden imponerse previo sumario administrativo.

Existen otras hipótesis a destacar:

- Así el procedimiento por ineptitud se tramita según lo ordena el art. 45 de la Ley 18719 que modificó el art. 12 de la Ley 16104. Debe considerarse la regulación que realiza la Ley 19121, en su art. 15
- La situación de los contratados que ya fuera analizada; no se requiere sumario
- Por otra parte debe considerarse el Decreto 500/91 y la transformación de la investigación en sumario, o la sanción directa luego de la vista, si existe plena prueba. Esta última hipótesis definitivamente, en principio, no parece aconsejable, según la nueva normativa aplicable en el Poder Ejecutivo sistema.

## 10. CONCLUSIONES

1. El Procedimiento Disciplinario Administrativo es la secuencia de tareas técnicas y actos, instrumentales, destinado a conservar el orden y correcto funcionamiento de la Administración.

<sup>147</sup> En este caso no existe opción.

<sup>148</sup> La elección de un procedimiento según la calificación, prima facie, de la sanción, puede complicarse cuándo estas se agravan o se prueban nuevas infracciones.

2. Se desarrolla de oficio, e implica regular el ejercicio de los poderes disciplinarios de la Administración Pública respecto a sus agentes y servidores públicos.
3. Su fin consiste en conservar el buen orden en el desarrollo de la función pública.
4. Procede cuando existan irregularidades que violen los deberes funcionales y mientras exista relación funcional.
5. Debe considerarse establecer el tiempo necesario para cada acto, y procedimiento, según diversas variantes como la complejidad, el tipo investigado, etc.
6. De acuerdo a lo expuesto precedentemente propugnamos modificar el art. 212 del Decreto 500/91, entre otros.
7. Como todo procedimiento es una secuencia de actos y hechos materiales.
8. Existe diversos procedimientos disciplinarios administrativos. Los más importantes son la Investigación y el Sumario Administrativo General.
9. El sistema de regímenes diversos, de acuerdo al sistema orgánico de que se trate, crea la falta de unidad del Derecho disciplinario que podría ser parcialmente eliminada mediante ley nacional<sup>149</sup>.
10. La ley que se propone, respetando la autonomía y especialización de las Personas Públicas Estatales, podría regular los aspectos generales del procedimiento de acuerdo a los arts. 64 y 204 de la Carta. De esta manera lograríamos una mayor coherencia eliminando diferencias que no tienen motivo en la especialización.
11. Podría establecerse un órgano con competencia nacional, que no pertenezca a ningún Poder del Estado, para desarrollar el procedimiento disciplinario, a semejanza de lo que acontece en el derecho disciplinario alemán, colombiano o venezolano.
12. Si la solución que se propicia en el numeral que precede no resulta viable, por falta de voluntad política, como solución parcial, podría establecerse la hipótesis del denominado derecho disciplinario preferente, externo, esto es con fuero de atracción.
13. De no existir regulación clara y precisa aplicable a un tema concreto en el Derecho Disciplinario, se estima que la añeja y desarrollada rama del Derecho Sancionatorio por naturaleza puede aplicarse, en lo pertinen-

149 Es claro que el derecho disciplinario del Poder Ejecutivo es diverso, por ejemplo, del aplicable en la Universidad de la República. Se deja a salvo, por ejemplo, el debido proceso, art. 66 de la Carta, etc.

te, en el Derecho Penal Administrativo teniendo presente los principios propios de esta rama del Derecho Público.

14. La obligación de denunciar las irregularidades está impuesta al funcionario de acuerdo a lo tipificado en el Código Penal, sin perjuicio de lo establecido en el estatuto que se comenta, ley 19121.
15. La investigación administrativa es el procedimiento tendiente a determinar o comprobar la existencia de actos o hechos irregulares o ilícitos, dentro del servicio o que lo afecten directamente aún siendo extraños a él, y a la individualización de los responsables .
16. El sumario administrativo es el procedimiento tendiente a determinar o comprobar la responsabilidad de los funcionarios imputados de la comisión de falta administrativa y a su esclarecimiento.
17. Acaecido el motivo, la investigación, o el sumario administrativo se inician mediante resolución fundada del Jefe de la respectiva Unidad Ejecutora.
18. El acto cabeza de procedimiento debe: ordenar su instrucción, designar al funcionario instructor y si es un sumario, obvia y elementalmente, disponerlo respecto a determinada persona con o sin suspensión preventiva y, asimismo, con o sin retención de salario.
19. El instructor se notificará de su designación y notificará al jefe de la oficina donde se realice el procedimiento, art. 191 del Decreto 500/91. De existir sumariado se notifica a éste el acto cabeza con las particularidades señaladas precedentemente.
20. El art. 174 del Decreto 500/91 hace excepción al principio general de publicidad del procedimiento administrativo estableciendo, el carácter reservado del procedimiento disciplinario, hasta la etapa de vista de las actuaciones dónde se reestablece el principio de publicidad. La disposición refiere a todo funcionario, incluido el jefe, y su finalidad es no permitir que se altere la prueba y que el instructor pueda ejercer su función de acuerdo a su autonomía técnica, sin indiscreciones o intromisiones indebidas.
21. En el expediente electrónico, en general, existen autorizaciones y permisos, en cada secuencia procedimental, de acuerdo al grado jerárquico del servidor público y del tema al que refiere.
22. Debe tenerse presente que diversas Administraciones públicas estatales han declarado el carácter reservado de todos los procedimientos disciplinarios, arts. 8, 9, 16 y 33 de la Ley 18381. del 20/7/12.

23. Respecto del sumariado, y su patrocinante, en el Poder Ejecutivo, rige el principio de publicidad. Por tanto, los mismos, tienen acceso al expediente, en todo momento.
24. El plazo de instrucción es de 60 días corridos, prorrogables, según surge de la normativa reglamentaria.
25. Sin embargo, el propio reglamento entiende que puede existir procedimientos que se prolonguen más de seis meses, al establecerse el máximo de la suspensión preventiva.
26. El Estatuto del funcionario, al establecer la clausura de los procedimientos por el transcurso de dos años (más sus suspensiones), admite que los sumarios administrativos pueden exceder dicho plazo.
27. Por tanto, establecer el plazo de instrucción en 60 días, en múltiples casos, resulta ser, simplemente, una declaración extremadamente optimista.
28. Debe observarse, siempre, la realidad.
29. El incumplimiento del instructor o de los funcionarios que tengan el deber de fiscalizar el cumplimiento de los plazos constituye falta administrativa. Tal norma ha decaído en su aplicación. Ello es así porque resulta, en los hechos, prácticamente imposible cumplir los plazos, establecidos con extremo optimismo, por el legislador reglamentario, según se observa en las conclusiones que preceden .
30. Los hechos relevantes para la decisión del procedimiento podrán acreditarse por cualquier medio lícito de prueba.
31. La valoración de la prueba debe realizarse de acuerdo a las normas que rigen la materia, especialmente, en sede procesal.
32. Todas las diligencias se instrumentarán en forma de actas, art. 194, y el instructor solo puede delegar, bajo su responsabilidad, las diligencias legisladas en el art. 197 inc. 2.
33. La prueba testimonial será recabada personalmente por el instructor que tomará las declaraciones de las personas indagadas en los antecedentes o que puedan estar implicados en los hechos investigados.
34. Podrá solicitarse la declaración por pliego cerrado a los testigos que se encuentren en lugar distante, a los funcionarios mencionados en el art. 163 del C.G.P.; y a los que el instructor, excepcionalmente, estime conveniente de acuerdo al art. 197 del Decreto 500/91, en lo pertinente.
35. Los funcionarios que citados en forma no se presenten a declarar, incurrir en falta administrativa, salvo justa causa.



36. Las declaraciones serán tomadas a cada testigo por separado, por el instructor en persona. Los interrogados no pueden ser asistidos por letrado.
37. Los careos podrán disponerse con el fin de explicar las contradicciones que pudieren surgir de los testimonios de los citados .
38. Una vez que el instructor considere suficientemente instruido el procedimiento deberá efectuar un informe circunstanciado de las diligencias realizadas, los hechos probados y - en su caso- la individualización de los responsables estableciendo sus conclusiones.
39. De existir sumariado el procedimiento es diverso al señalado en el numeral que precede se realiza el informe y se concede vista del mismo para que el disciplinado pueda ejercer su derecho de defensa.
40. En esa etapa del sumario el disciplinado puede presentar escrito de descargos solicitando prueba, ampliación o revisión sumarial
41. El sumariado puede solicitar la clausura de la instrucción en ciertas hipótesis, teniendo presente la defectuosa regulación del instituto y la aplicación del principio de verdad material<sup>150</sup>.
42. Asimismo, según el nuevo estatuto del funcionario, debe observarse la posible clausura del procedimiento, art. 78.
43. El Estatuto del funcionario, al establecer la clausura de los procedimientos por el transcurso de dos años (más sus suspensiones), admite que los sumarios administrativos pueden exceder dicho plazo.
44. Cumplidas las etapas que preceden, tanto en el sumario como en la investigación administrativa, corresponde el informe de letrado.
45. El asesor debe fiscalizar el cumplimiento de los plazos de instrucción bajo responsabilidad de incurrir en falta y sugerirá al jerarca las medidas a adoptar.
46. Si de la investigación no surgen responsables, el jerarca competente resolverá disponiendo el archivo de las actuaciones. Si ello no aconteciere deberá decretar el sumario tramitándose el expediente de acuerdo a lo recientemente expuesto. También se puede sancionar si, de la investigación, surge plena prueba, previa vista y respeto estricto del derecho de defensa.
47. En el supuesto de sumario administrativo corresponde imponer la sanción o archivar el expediente, salvo, que se resuelva esperar el fallo

150 Flores Dapkevicius, Rubén: El procedimiento disciplinario, Amalio Fernández, Mdeo. 2009, 3ra edición ampliada.

- judicial de existir procedimiento penal concomitante. También puede decidirse la clausura del procedimiento.
48. El jerarca puede disponer la ampliación o revisión de la investigación administrativa.
  49. La ampliación procede si se entiende que la instrucción fue insuficiente y, la revisión, si se observaran eventuales vicios en la misma.
  50. Efectuado el informe letrado pertinente puede resultar necesario la intervención de la Fiscalía de Gobierno, en ciertos casos.
  51. Asimismo, es preceptiva la intervención de la Comisión Nacional del Servicio Civil, en último término, es decir, luego del dictamen fiscal, si la sanción aconsejada es la destitución.
  52. De acuerdo al art. 168 Nral. 10 de la Constitución de la República compete al Poder Ejecutivo, jerarca, destituir a los empleados de su sistema por las causales de ineptitud, omisión o delito necesitando para ello venia de la Cámara de Senadores o, en su receso, de la Comisión Permanente.
  53. La venia senatorial sólo corresponde cuando se trate de funcionarios presupuestados de la Administración Central, inc. 2do del art. 60 de la Carta.
  54. El legitimado activo sancionado, y presuntamente agraviado por el acto, podrá alzarse contra el mismo mediante los recursos administrativos correspondientes y ocurrir al T.C.A., en sede contencioso administrativa.
  55. La simultaneidad de un procedimiento penal y otro disciplinario puede tener origen en la denuncia penal o policial efectuada por el jerarca administrativo o, por la comunicación de aquellos a éste.
  56. Respecto a los funcionarios sometidos a un proceso judicial penal corresponde decir que, el principio general, determina la autonomía de los procedimientos administrativo y penal.
  57. El bien jurídico tutelado por los delitos contra la función pública son por una parte el interés público y, por otra, el funcionamiento normal y el prestigio del Estado.
  58. Respecto de los delitos ajenos a la función pública son, precisamente, ajenos al servicio al público. Por ello debe evaluarse la existencia de condena y el desprestigio del Estado.
  59. Para que se aplique una sanción sin instruir un sumario administrativo se necesita:

- a) Falta administrativa evidente y notoria. b) Que se conozca fehacientemente al funcionario que incurrió en responsabilidad. c) Que se dé la oportunidad de articular defensa con anterioridad a la imposición de la medida disciplinaria. d) Por ello, es necesaria la documentación de las actuaciones en un expediente.
- 60. El estatuto del funcionario del Poder Ejecutivo determinó el procedimiento disciplinario abreviado, art. 75 de la ley 19121.
- 61. Propugnamos la modificación del art. 215 del Decreto 500/91 debiéndose establecer que el instructor deba aconsejar la sanción.
- 62. El disciplinado debe concurrir a las citaciones que le realiza el instructor, pero no está obligado a declarar, a su favor, o en su contra. Ese hecho no es falta independiente.
- 63. En el derecho disciplinario rige, plenamente, el principio de no autoincriminación coactiva.
- 64. Recuérdesse: es el sujeto activo quien debe probar la culpabilidad, Sent 569/01 del TCA.
- 65. No existe norma alguna que permita considerar que quien miente en un sumario administrativo, cuando reviste calidad de imputado o sumariado, pueda incurrir en falta punible, cuando para defenderse legítimamente contra una determinada imputación, afirma lo falso o bien oculta lo verdadero.
- 66. Se entiende que puede proceder, como sucede en el derecho comparado, establecer plazos diferentes para la instrucción de los procedimientos disciplinarios según determinadas variantes que en la realidad suceden .
- 67. Deben establecerse normas claras respecto al acoso moral en el ejercicio de la función pública. En ese sentido, se dictó, oportunamente, la Ley 18561.
- 68. Respecto de los funcionarios contratados el estatuto establece que constatada una falta se le dará vista para que efectúe sus descargos y previa evaluación de éstos, de los antecedentes y de la perturbación ocasionada al servicio, el jerarca aplicará la sanción correspondiente, de conformidad con el debido proceso, sin que sea necesaria la instrucción de un sumario administrativo. Lo expuesto no olvida que el derecho de defensa permite, elementalmente, el diligenciamiento de probanzas, consideración de atenuantes, etc, art. 98 de la Ley 19121.
- 69. La gravedad de las faltas así como la reiteración de las mismas puede configurar la rescisión del contrato.

## BIBLIOGRAFÍA SUMARIA

---

DIÉZ PICAZO, Luis. Sistema de derechos fundamentales, Civitas, Estaña, 2003

DROMI, Roberto. El Derecho Público en la Hipernormatividad, Hispania, Buenos Aires, 2005.

FLORES DAPKEVICIUS, Rubén. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, La Ley, Mdeo. 2010.

FLORES DAPKEVICIUS, Rubén. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, La ley, Mdeo. 2010.

FLORES DAPKEVICIUS, Rubén. Tratado de Derecho Constitucional, Tomo I, La ley, Mdeo. 2010.

FLORES DAPKEVICIUS, Rubén. Tratado de Derecho Constitucional, Tomo II, La ley, Mdeo. 2010.

FLORES - DAPKEVICIUS, Rubén. Derecho Penal Administrativo, el procedimiento disciplinario, Amalio Fernández, Mdeo. 2009, 3ª edición actualizada y ampliada.

FLORES - DAPKEVICIUS, Rubén. Constitución de la República Oriental del Uruguay, anotada y concordada, Amalio Fernández, Mdeo. 2010, 2ª edición.

FLORES - DAPKEVICIUS, Rubén: Amparo, Hábeas Corpus y Hábeas Data, B de F, Buenos Aires, 2011, 3ª edición

FRAGA PITTALUGA, Luis. La incompetencia en el Derecho Administrativo, Ed. Torino, Caracas, 2000.

FROSINI, Vittorio. La protección de la intimidad, Derecho y Tecnología informática, Bogotá, 1990.

FROSINI, Vittorio. "Informática y Derecho", Temis, 1988.

GIMENO SENDRA, Vicente y GARBERI LLOBREGAT, José. Los procesos de amparo, Colex, Madrid, 1994.

GUIBORG, Ricardo. "Manual de Informática Jurídica", Astrea, 1996.

HAURIOU, Maurice, Derecho Público Constitucional, Editorial Reus, España, 1927.

HAURIOU, Maurice. Précis de Droit Administratif, et de Droit Public, Recueil Sirey Francia, 1921.

LOSANO, Mario. "Curso de Informática Jurídica", Tecnos, 1987.

MAYO, Marie. Informática jurídica, Editorial Jurídica, Chile, 1991.

NINO, Carlos. Fundamentos de Derecho Constitucional, Astrea, Bs. As. 1992.

NÚÑEZ PONCE, Julio. Derecho Informático, Marsol, Perú, 1996.

OTERO, Jorge. Aspectos procesales del recurso de protección. Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1989.

QUIROGA LAVIE, Humberto. Manual de Derecho Constitucional, Bs. As. 1996.

SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos. Manual de Derecho Constitucional. Kapelusz, Buenos Aires, 1946.

SAYAGUÉS LASO, Enrique. La Licitación Pública, obra actualizada por los Profs. Rubén Flores Dapkevicius y Daniel H. Martins, B de F. Bs. As. 2005.

VEGA, Pedro de. La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente, Tecnos, Madrid, 1999.

Punta del Este, diciembre de 2013

rflores@montevideo.com.uy @RFLORESDAPKEVIC



# VISIÓN DE LA ACADEMIA FRENTE AL CONCEPTO DE *NUMERUS APERTUS*

---

JAIME MEJÍA OSSMAN\*

*Doctor en Derecho y Ciencias Políticas; Especialista en Derecho Disciplinario; Especializado en Derecho Penal, Criminología, Criminalística y Derecho Probatorio, Magíster en Derecho Público Militar; candidato a Doctor en Derecho de la Universidad Santo Tomás; conferencista en derecho disciplinario; Miembro Honorario del Colegio de Expertos en Derecho Disciplinario, exdirector de la Especialización en Derecho Sancionatorio de la Universidad Militar Nueva Granada; Miembro de la Mesa para el Acompañamiento de la Reforma de la Justicia Penal Militar hasta el año 2009; Director del Equipo para la Reforma del Reglamento del Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares de Colombia; Coautor de los Módulos en Derecho Internacional Humanitario vs Falta Disciplinaria y Tratamiento de los Principios del Derecho Internacional Humanitario con relación a las faltas descritas en el Código Disciplinario Único (Vicepresidencia de la República); Autor de más de 20 Obras en Derecho Disciplinario del Servidor Público y de las Fuerzas Militares de Colombia; Presidente del Colegio de Abogados en Derecho Disciplinario. Conjuez del Tribunal Superior de Bogotá (Sala Penal) desde 1998 hasta el año 2008, Conjuez del Consejo Superior de la Judicatura (Sala Disciplinaria) hasta el año 2009; Veedor “Ético” del Partido Conservador Colombiano hasta el mes de febrero de 2012; Procurador I Delegado para la Contratación Estatal desde el 1 de marzo de 2012 hasta el día 13 de agosto de 2013.*

*Igualmente ha ocupado distintos cargos, entre los que se destacan: Asesor del Ministro de Hacienda y Crédito Público, del Director de Impuestos y Aduanas Nacionales, del Viceministro de Justicia, del Secretario para la Seguridad del Presidente de la República; fue Director de Seguridad Aeroportuaria de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil; Director de la Especialización en Casación Penal; Director del Área Penal y Catedrático de la Universidad La Gran Colombia; Conferencista y profesor de la Escuela Superior de Guerra, de la Escuela de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario del Ejército Nacional de Colombia, así como en la mayoría de las Universidades Colombianas y entidades públicas y privadas.*

*En la actualidad se desempeña como Profesor de las Universidades Militar Nueva Granada, Santo Tomás, Gran Colombia de Armenia; del Instituto de Estudios del Ministerio Público de la Procuraduría General de la Nación y ocupa el cargo de Procurador Delegado para la Policía Nacional. El día 19 de noviembre de 2013, fue condecorado con la distinción “Mérito a la Excelencia Académica” como el mejor formador interno del Ministerio Público.*

|                                                                                     |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Introducción.....                                                                   | 176 |
| El principio de legalidad en el derecho disciplinario .....                         | 181 |
| La tipicidad en materia disciplinaria.....                                          | 185 |
| Jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre los<br><i>Numerus Apertus</i> ..... | 196 |
| Jurisprudencia de la Corte Constitucional a la tipicidad<br>disciplinaria .....     | 202 |



## INTRODUCCIÓN

Como bien lo saben los participantes del *Tercer Congreso Internacional de Derecho Disciplinario*, los *numerus apertus* fue una teoría que formaba parte de los “derechos reales” que se revivió en Colombia por parte de un *Presidente del Consejo Superior de la Judicatura* y que se aplicó en un caso jurisdiccional, mediante sentencia de diciembre 16 de 1992 y que la Corte Constitucional, corroboró mediante sentencias C-155 de 2002, C-181 de 2002, C-124 de 2003, C-853 de 2005 y C-987 de 2006, en las épocas en que su impulsor dispensaba justicia disciplinaria.

La teoría de los *numerus apertus*, según la Sentencia C-155 de marzo 5 de 2002 y de acuerdo con la ponencia de CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, por demanda que presentara CARLOS MARIO ISAZA SERRANO, expediente D-3680, significa “... que en principio a toda modalidad dolosa de una falta disciplinaria le corresponderá una de carácter culposo, salvo que sea imposible admitir que el hecho se cometió culposamente como cuando en el tipo se utilizan expresiones tales como ‘a sabiendas’, ‘de mala fe’, ‘con la intención de’ etc...”. Esto, en virtud de la misma sentencia, a quien le corresponde “establecer cuáles tipos disciplinarios admiten la modalidad culposa” le corresponde al fallador, “partiendo de la estructura del tipo, del bien tutelado o del significado de la prohibición”.

En los antecedentes *universales* se encuentra la doctrina de los *numerus apertus* como una teoría aliada para ampliar indefinida e ilimitadamente los derechos constitucionales; los medios de prueba, los derechos humanos implícitos, sistemas cautelares, intervenciones corporales en medicina legal, el aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias, el debido proceso, las diferentes manifestaciones de violencia, siempre y cuando se constate que con esos *numerus apertus* no se afectan las garantías de los ciudadanos.

Por el contrario la *doctrina internacional*, en aspectos relacionados con el *principio de legalidad*, los ha ido aislando del panorama jurídico, por considerar que con ellos se ejercita la *arbitrariedad administrativa*.

Si hacemos un ejercicio en la internet, encontramos que Colombia es el único país actualizado en *numerus apertus*, contrariando los *principios de legalidad y de tipicidad*.

En sentir de una parte de la *academia*, no existe argumento alguno para controvertir el artículo 29 de la *Constitución Política*, en cuya disposición no se patrocina que el fallador arbitrariamente aplique los *numerus apertus* en desmedro del *principio de legalidad*, toda vez que a ello no puede anteponerse

el pensamiento de su aplicación so pretexto de juzgar la diversidad de comportamientos que pugnan contra los propósitos de la *función pública* y del *régimen disciplinario*, para que la teoría permita *flexibilizar el principio de legalidad* en el sentido de admitir que no haya necesidad de que el legislador “describa” con antelación las conductas objeto de reproche disciplinario, toda vez que ese ejercicio lo puede hacer el *juez disciplinario* al transformar, motu proprio, las conductas dolosas, estas sí descritas y previstas por el legislador, en *culposas*.

A pesar de la *definición* que de los *numerus apertus* hace la *Sentencia C-155 de marzo 5 de 2002*, la Corte Constitucional, en otras decisiones, confunde los *numerus apertus* con los tipos abiertos o en blanco, circunstancia esta última que los académicos que no aceptan la teoría que se enuncia y define, si encuentran su lógica y conformidad con ellos, habida cuenta de la imposibilidad de construir un catálogo de faltas disciplinarias que contemplen todas las hipótesis funcionales de los diferentes cargos que existen dentro de la estructura del Estado. Y aceptan los tipos abiertos o en blanco, con la convicción que los mismos, para cumplir con los principios de legalidad y de tipicidad, habrán de completarse con las disposiciones que sean necesarias para edificar de manera expresa, clara y completa el comportamiento objeto de reproche disciplinario, lo cual constituye la menor rigurosidad en la construcción de la conducta disciplinaria con relación a la exigente construcción de la conducta en materia penal.

Es así como en la *Sentencia C-987 de noviembre 29 de 2006*, por demanda que presentara SANDRA MÓNICA CARDOZO ROJAS y con ponencia de NILSON PINILLA PINILLA, expediente D-6273, anotó:

“...adicionalmente, de manera precisa, la Corte ha considerado constitucionalmente aceptable el sistema de *numerus apertus* para la tipificación de las faltas disciplinarias sancionables, aun cuando este mismo sistema no sea de recibo para la tipificación de los delitos. sobre esta importante diferencia ha resaltado la Corte:

‘en relación con la precisión de la definición previa de las conductas que serán sancionadas, la Corte ha aceptado de tiempo atrás que en este ámbito es admisible que las faltas disciplinarias se consagren en ‘tipos abiertos’, ‘ante la imposibilidad del legislador de contar con un listado detallado de comportamientos donde se subsuman todas aquellas conductas que están prohibidas a las autoridades o de los actos antijurídicos de los servidores públicos’. la infracción disciplinaria implica siempre el incumplimiento o desconocimiento de un deber del servidor público; ‘la negligencia, la im-

*prudencia, la falta de cuidado y la impericia pueden ser sancionados en este campo en cuanto impliquen la vulneración de los deberes funcionales de quienes cumplen funciones públicas’.*

*en esa medida, las normas disciplinarias estructuradas en forma de tipos abiertos remiten a un complemento normativo, integrado por todas las disposiciones en las que se consagran los deberes, mandatos y prohibiciones aplicables a los servidores públicos; y es a este complemento al cual debe acudir el juez disciplinario al momento de decidir sobre la existencia de responsabilidad y la procedencia de las sanciones correspondientes. (Sentencia T-1093 de 2004. M. P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA). Este fallo remite a su vez a los planteamientos previamente hechos en las Sentencias C-948 de 2002 y C-404 de 2001 (M. P.: MARCO GERARDO MONROY CABRA). (no está subrayado en el texto original).*

*Es entonces claro para la Corte que el sistema de numerus apertus adoptado de tiempo atrás por las normas disciplinarias es válido y aceptable dentro de dicho contexto. Ello por cuanto los funcionarios públicos, al tomar posesión de sus cargos, asumen un compromiso particularmente exigente en lo que se refiere al cumplimiento de las normas aplicables y de los deberes que de manera específica asumen, en cuya observancia está interesado y comprometido el interés público. Por consiguiente, no resulta posible cuestionar la constitucionalidad de una norma como la demandada so pretexto de que, como consecuencia de la aplicación de este principio, el funcionario público no tendría certeza sobre si su mal comportamiento generará o no la inhabilidad aquí cuestionada...”.*

Igualmente en la Sentencia C-853 de agosto 17 de 2005, por demanda que presentara FERNANDO ABELLO ESPAÑA y con ponencia de JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, expediente D-5637, se dijo:

*“... El Procurador General de la Nación solicita a la Corte declarar la exequibilidad del parágrafo del artículo 55 de la Ley 105 de 1993.*

*(...)*

*Expresa que los principios del derecho penal, que ha sido el prototipo del ius puniendi, se aplican a todas las vertientes del derecho sancionador, en el cual*

*el principio de legalidad constituye un pilar fundamental para la regulación de las sanciones administrativas. Sin embargo -agrega el jefe del Ministerio Público-, tal principio no se aplica con la misma rigidez en materia penal y en materia administrativa.*

*Afirma que en el derecho disciplinario es más flexible toda vez que a pesar de que la intervención del Estado en materia de derechos fundamentales es importante, ésta no lo es de tal envergadura como sí ocurre en el derecho penal, debido a que se dirige a enderezar la conducta de los particulares cuando desconocen disposiciones que están obligados a cumplir y cuyas sanciones afectan su patrimonio económico. Por tal motivo, sostiene que en el derecho sancionador administrativo se da cabida a los numerus apertus o remisión a otras disposiciones, a efectos de configurar las faltas disciplinarias, es decir, la aplicación de tipos en blanco, remisivos y abiertos.*

(...)

## *VI. Consideraciones de la corte constitucional y fundamentos de la decisión.*

### *1. El asunto a resolver*

*Para el demandante el parágrafo del artículo 55 de la Ley 105 de 1993 desconoce los artículos 29 y 150 –numeral 10– de la Constitución por cuanto concede una potestad legislativa, disfrazada de remisión, a una autoridad administrativa. Con tal proceder, asegura que se viola el principio de legalidad.*

*Tanto los intervinientes como el Procurador General de la Nación consideran que la disposición demandada es exequible.*

(...)

*El jefe del Ministerio Público, por su parte, manifiesta que debido a que en el derecho sancionador administrativo los principios del derecho penal se aplican con mayor flexibilidad, tienen cabida los numerus apertus o remisión a otras disposiciones a efectos de configurar faltas disciplinarias. Por tal motivo, asegura que no es posible exigir en este caso una regulación legal integral y en detalle de los criterios para la imposición de las sanciones.*

*Afirma que el párrafo acusado, leído dentro del contexto normativo en que se encuentra, no es inconstitucional por cuanto el legislador estableció claramente las conductas objeto de reproche, los sujetos a quienes se les impondrán las sanciones, las clases de sanciones y el procedimiento para su imposición. ...”.*

Una vez definido el sistema de los *numerus apertus* y establecida la *confusión* que de los mismos establece la misma *Corte Constitucional*, es pertinente señalar que esta teoría se elaboró para dar cabida a la *autonomía del derecho disciplinario*, soportada en las *relaciones especiales de sujeción*, a través de las cuales la *doctrina* y la *dogmática* de algunos tratadistas introdujo la *posibilidad de morigerar, matizar, modular, flexibilizar* y de *aplicar con menor rigurosidad, grado e intensidad* los principios del *derecho penal* al *derecho disciplinario*, con desconocimiento total del *Estado social de derecho*, de la *dignidad humana* y del *debido proceso*, toda vez que como lo diremos *insistentemente* de la mano del artículo 29 de la Carta Política: “*el debido proceso se aplica a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas*”, en donde ese *debido proceso se aplica por igual* en el *derecho penal* y en el *derecho administrativo*, y dentro de él “*el disciplinario*” salvo, como lo reconocemos, cuando la ley misma impone las *limitaciones* autorizadas por el artículo 16 ídem<sup>151</sup>.

Por lo anteriormente expresado, el presente artículo pretende demostrar como una parte de la academia no está de acuerdo con su aplicación en el actual *Estado social y democrático de derecho*. En razón de ello se partirá del análisis del principio de legalidad provisto como “*rector de la ley disciplinaria*”; de la misma manera se estudiará el *principio de tipicidad* y este conjuntamente con los *principios de legalidad* y *culpabilidad* en los diferentes regímenes disciplinarios, para aterrizar con la *jurisprudencia* colombiana con relación a los principios de *legalidad* y *tipicidad*, así como la *doctrina nacional* y *extranjera*, para finalmente dejar a los estudiosos del derecho algunas *conclusiones* que permitan completar este estudio que pretende un aporte al desarrollo de nuestra disciplina disciplinaria.

151 El texto constitucional señala: “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”. (Las negrillas y las letras inclinadas fuera de texto).

## El principio de legalidad en el Derecho Disciplinario<sup>152</sup>

Como principio rector de la *ley disciplinaria*, se encuentra redactado en la Ley 734 de febrero 5 de 2002 en su artículo 4º y en las *Leyes 836 de julio 16 de 2003 y 1015 de febrero 7 de 2006* en el artículo 3º. Deriva su contenido del artículo 29, inciso 2º de la *Constitución Política*, el cual concreta la imposibilidad de juzgamiento cuando el mismo no se lleve a cabo “*conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa*”.

Es la razón por la cual los artículo 4º de la *Ley 734 de febrero 5 de 2002* y 3º de las *Leyes 836 de julio 16 de 2003 y 1015 de febrero 7 de 2006*, determinan:

*“Artículo 4º. Ley 734/02. Legalidad. El servidor público y el particular en los casos previstos en este código solo serán investigados y sancionados disciplinariamente por comportamientos que estén descritos como falta en la ley vigente al momento de su realización”*<sup>153</sup>.

*“Artículo 3º. Ley 836/03. Legalidad. Los destinatarios de este reglamento sólo serán investigados y sancionados disciplinariamente por comportamientos que estén descritos como falta en la ley vigente al momento de su realización”.*

*“Artículo 3º. Ley 1015/06. Legalidad. El personal destinatario de esta ley, será investigado y sancionado por conductas que estén descritas como faltas disciplinarias en la ley vigente al momento de su realización”.*

152 Para el correspondiente conocimiento del lector, los principios de “legalidad y tipicidad” que hoy se presentan debidamente actualizados, en esta ponencia del 3er. Congreso Internacional de Derecho Disciplinario, fueron objeto de análisis en: MEJÍA OSSMAN, JAIME. “Código Disciplinario Único – Parte General – Aplicación legal, doctrinaria y jurisprudencial – Concordancias, comentarios, jurisprudencia, conceptos -”. Editorial Ediciones Doctrina y Ley. Ed. 1ª. Santafe de Bogotá, 1999. MEJÍA OSSMAN, JAIME Y QUIÑONES RAMOS, SILVIO SAN MARTÍN. “Procedimiento Disciplinario”. Editorial Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá, 2004; MEJÍA OSSMAN, JAIME “Principios Constitucionales y legales de la ley disciplinaria para las Fuerzas Militares de Colombia”. Editorial Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá, 2006 y MEJÍA OSSMAN, JAIME “Conferencia Principios Rectores del Derecho Sancionatorio o Punitivo del Estado”. Material de estudio de la Universidad Militar Nueva Granada. Especialización en Derecho Sancionatorio. Bogotá, 2010.

153 En el pasado, el artículo 4º de la Ley 200 de julio 28 de 1995, expresaba: “Legalidad. Los servidores públicos y los particulares que transitoriamente ejerzan funciones públicas solo serán juzgados y sancionados disciplinariamente cuando por acción u omisión de funciones incurran en las faltas establecidas en la ley”.

Esta garantía de que *nadie puede ser castigado si previamente no se ha tipificado el hecho o la conducta y su sanción correspondiente* respecto de la infracción disciplinaria endilgada, encontraba respaldo en el artículo 6° del Decreto 2400 de septiembre 18 de 1968 en concordancia con el artículo 132 del Decreto 1950 de septiembre 24 de 1973<sup>154</sup>; en los artículos 15 y 16 de la Ley 13 de marzo 9 de 1984 y 9°, 44, 45, 48 y 50 del Decreto Reglamentario 482 de febrero 19 de 1985.

Con ocasión a la promulgación de la Ley 200 de julio 28 de 1995 (Código Disciplinario Único), la advertíamos en los artículos 4°, 5°, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 38, 40 y 41, y hoy por hoy con la expedición de la Ley 734 de febrero 5 de 2002 (Nuevo Código Disciplinario Único), la tenemos contemplada, entre otros, en los artículos 4°, 6°, 23, 26, 34, 35, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49 y 50.

La nueva disposición contenida en los artículos 4° de la Ley 734 y 3° de las Leyes 836 y 1015, como puede advertirse, a más de contener una redacción más técnica que la expresada en el artículo 4° de la Ley 200 de julio 28 de 1995, por cuanto en la actualidad se refiere a la investigación y a la sanción y en el pasado al juzgamiento y a la sanción de los comportamientos descritos como falta en la ley vigente al momento de su realización y que fueron cometidos por el servidor público y el particular “en los casos previstos en este código” y no a “los particulares que transitoriamente ejerzan funciones públicas”, lo cual era demasiado ambiguo, clarifica las condiciones de aplicación o reglas de juego de una manera más acertada para los destinatarios de la ley disciplinaria y los sitúa en la posibilidad de cometer faltas disciplinarias “por comportamientos que estén descritos en la ley vigente al momento de su realización” y no simplemente por “acción u omisión de funciones”, que limitaba el espacio punitivo del monopolio estatal.

El Principio de Legalidad, tiene como finalidad los efectos de intimidación, disuasión y prevención respecto de la comisión de conductas tipificadas como faltas disciplinarias, lo cual se avizora como una advertencia del Estado dirigida a todos sus servidores, para que anticipadamente o previamente conozcan las faltas por las cuales se les puede reprimir su comportamiento. Este principio es también garantía de los derechos individuales, pues los funcionarios no pueden estar sujetos a los caprichos subjetivos de superiores jerárquicos arbitrarios y de esa manera establece diques al poder disciplinario del Estado, evitando que quienes detectan la potestad disciplinaria inventen conductas disciplinarias o atribuyan sanciones a sus destinatarios, sin que las mismas se encuentren

154 También en los artículos 140 y 141.



establecidas con anterioridad en la *Constitución*, la ley, reglamento o acto administrativo.

*El principio de legalidad es entonces un límite al actuar del Estado, ya que elimina su potestad disciplinaria frente a conductas que no estén expresamente previstas como faltas por la ley vigente al momento de su comisión y prohíbe imponer sanciones no establecidas en ella.* Son reglas que brindan seguridad jurídica a los destinatarios de la ley disciplinaria, pues aísla los juicios de valor del competente disciplinante y los acerca a la imposibilidad de cometer errores.

Este principio superior, se encuentra claramente determinado en los *artículos 123 y 124 de la Constitución Política*, pues de esas disposiciones se establece que el *legislador* es quien debe regular la *responsabilidad* de los *servidores públicos* y la manera de hacerla efectiva, al igual que indican la manera como se *aplica el régimen disciplinario* a los particulares que desempeñan *funciones públicas* de manera *transitoria*<sup>155</sup>.

Por lo anterior es dable manifestar, que no es posible investigar y sancionar disciplinariamente una conducta, *si no existe una ley preexistente que la tipifique e imponga*. Es decir, no puede establecerse ninguna clase de responsabilidad disciplinaria, si la conducta objeto de investigación *no ha sido previamente tipificada como falta* por la *Carta Política*, los tratados públicos ratificados por el gobierno colombiano, la ley, las ordenanzas, los acuerdos municipales, los estatutos de la entidad, el reglamento, el manual de funciones, la orden administrativa, la directiva, o el acto administrativo respectivo<sup>156</sup>.

El *Principio de Legalidad* es un principio objetivo, consecuente con su naturaleza de *derecho sancionatorio o punitivo del Estado* y se encuentra relacionado con el principio de tipicidad, al ser presupuesto de este.

El hecho de que el *artículo 4° de la Ley 200 de julio 28 de 1995 (Código Disciplinario Único)*, cuando se encontraba vigente, hubiera señalado que los servidores públicos solo eran responsables por *acciones u omisiones*, consagraba la figura conocida como el *dogma del derecho*, cuya génesis se encuentra en nuestro derecho penal, el cual proscribe la *responsabilidad ob-*

155 Es lo que se conoce con el nombre de Reserva Legal.

156 El principio de legalidad se encuentra contenido en las siguientes máximas latinas: “*Nullum Crimen Sine Lege*”, “*Nullan Poena Sine Lege*” o “*Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege*”, que significan respectivamente: No puede haber crimen sin ley; no puede haber pena sin ley y no hay crimen y no hay pena sin ley que las describan. O para el derecho disciplinario, conforme a la interpretación sistemática que deviene del artículo 29 de la Carta Política: No puede haber conducta disciplinaria sin ley; no puede haber sanción disciplinaria sin ley y no hay conducta disciplinaria y no hay sanción sin ley que las describan.



*jetiva* y las tendencias *peligrosistas*, como el juzgar con base en *antecedentes disciplinarios* y *por posibles comportamientos hacia el futuro*. En esta forma y por mandato del artículo 18 de la Ley 200 de julio 28 de 1995 (Código Disciplinario Único), era válida la aplicación del artículo 3° del Código Penal de 1980 –*Tipicidad*–, como *principio rector* de interpretación y aplicación de la *ley disciplinaria*, cuya finalidad radicaba en que el juzgador disciplinario *solamente* adquiriera como soporte de sus determinaciones los “*hechos*” y las *omisiones* concretas. Hoy a pesar que no aparecen las expresiones “*acciones u omisiones*” en los textos de los artículo 4° de la Ley 734 de febrero 5 de 2002 (Nuevo Código Disciplinario Único) y 3° de las Leyes 836 de julio 16 de 2003 y 1015 de febrero 7 de 2006 (Reglamento del Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares y Régimen Disciplinario para la Policía Nacional), puede argumentarse que en las disposiciones señaladas, de manera tácita se encuentran condensadas esas expresiones y por consiguiente, es pertinente la aplicación del artículo 10 del Nuevo Código Penal (Ley 599 de julio 24 de 2000) –*Principio de Tipicidad*–, por remisión expresa de los artículo 21 de la Ley 734 de febrero 5 de 2002, 13 de la Ley 836 de julio 16 de 2003 y 20 de la Ley 1015 de febrero 7 de 2006.

De lo antes expresado, algunos estudios del derecho disciplinario concluyen que nadie está autorizado para *crear faltas disciplinarias en forma posterior a la realización del comportamiento por parte del destinatario de la ley disciplinaria*, pues la Carta Fundamental lo prohíbe tajantemente, *sin que se pueda admitir una sola excepción*, so pena afectar el Estado Social Constitucional<sup>157</sup> y Democrático de Derecho y la conformación de la actual legislación sancionatoria. Por ello, advierten que la *transformación de una conducta tipificada como gravísima dolosa en falta grave*, por haberse cometido con *culpa grave* o en *forma culposa*, *sin estar el comportamiento expresamente descrito, previsto o tipificado en la ley con culpa grave o culposo*, teóricamente lesiona el *principio de legalidad*, muy a pesar de la *constitucionalidad* decidida en la Sentencia C-124 de febrero 18 de 2003, que decretó la *exequibilidad* de los artículos 43 numeral 9, 44 numerales 1 y 2, 48 numeral 1, 50 inciso 3, 51 incisos 1 y 3, 55 parágrafo 1° y 61 parágrafo, con ponencia de JAIME ARAÚJO RENTERÍA, demanda D-4075, que presentara el día 20 de mayo de 2002 quien aquí escribe<sup>158</sup>. Y continuamente expresando que teóricamente lesiona el

157 Como lo llama el PhD y tratadista en derecho sancionatorio JOSÉ RORY FORERO SALCEDO.

158 Es preciso recordar que los efectos de las sentencias de constitucionalidad, en nuestro sistema jurídico, son erga omnes y por ende vinculantes tanto para la función pública como para los jueces disciplinarios al momento de interpretar y aplicar la ley. Mi ejercicio tiene como pro-

*principio de legalidad* al contrariar los artículos 29 de la Constitución Política y 4° y 23 de la Ley 734 de febrero 5 de 2002<sup>159</sup>, respectivamente, los cuales en su orden señalan:

*Artículo 29. “... Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa...”.*

*Artículo 4°. Legalidad. El servidor público y el particular en los casos previstos en este código solo serán investigados y sancionados disciplinariamente por comportamientos que estén descritos como falta en la ley vigente al momento de su realización.*

*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...”.* (las letras inclinadas y las negrillas fuera de texto).

### La tipicidad en materia disciplinaria

En el derecho disciplinario colombiano, este concepto que forma parte de la *dogmática del derecho penal*, ha encontrado respaldo en cuanto a su innegable existencia en la *jurisprudencia nacional*, como se verá más adelante, y en el derecho positivo disciplinario, cuando en el artículo 43, señala: “*criterios para determinar la gravedad o levedad de la falta*”... “*9. la realización típica de una falta objetivamente gravísima cometida con culpa grave será considerada falta grave*”<sup>160</sup>. La tipicidad, por consiguiente, es una *institución disciplinaria*

---

pósito generar inquietudes académicas tendientes a la salvaguarda de las garantías propias del Estado Constitucional, Democrático y Social de Derecho.

159 En la Ley 836 de julio 16 de 2003 lo serán los artículos 3° y 56 y en la Ley 1015 de febrero 7 de 2006 los artículos 3° y 37.

Téngase en cuenta que las normas referenciadas, para garantizar el principio de legalidad, exigen la preexistencia de las leyes que consagren descripciones o previsiones de conductas o comportamientos catalogados como faltas disciplinarias, esto es, oraciones gramaticales en que se describan los modelos de comportamientos reprochables y sancionables (oraciones en que se advierta de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales del tipo disciplinario –sujeto, objeto, verbo rector, ingredientes normativos, ingredientes subjetivos y circunstancias) y no meras hipótesis de las cuales se deriven consecuencias punitivas por haberse cometido el comportamiento en circunstancias de culpabilidad diferentes a las descritas por la ley preexistente, como parece ser la lectura permisiva que se le da a la teoría de los *numerus apertus*.

160 Las letras inclinadas, las negrillas y el subrayado fuera de texto.

que deviene del principio de *legalidad constitucional*, el cual encuentra eco en el inciso 2° del artículo 29 de la Carta Política y en los artículos 4° de la Ley 734 de febrero 5 de 2002 y 3° de las Leyes 836 de julio 16 de 2003 y 1015 de febrero 7 de 2006, al concretar el juzgamiento “conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa” o “por comportamientos que estén descritos como falta en la ley vigente al momento de su realización”.

Es decir, que el *principio de legalidad* se encarga de advertir que las *conductas disciplinarias*, para ser objeto de reproche, deben estar consagradas de *manera anticipada o preexistente en la ley*. Y el concepto de *tipicidad* se dedica a *describir*, de manera *inequívoca, expresa y clara*, esa conducta en la ley *preexistente*, de tal manera que al no *adecuarse* en esas precisas condiciones, el *comportamiento* no podría considerarse como *típico* y podría devenir en *atípico* desde las ópticas *relativa y absoluta*<sup>161</sup>.

Con el *principio de legalidad* y su derivado de *tipicidad*, el *Estado* le indica a sus *destinatarios de la ley disciplinaria*, también de manera *anticipada*, qué *ilícitos disciplinarios* serán objeto de sanción; los *describe* como si se tratara de una *oración gramatical*<sup>162</sup>, en la que aparece tácitamente el *sujeto* y el *objeto*, así como expresamente el *verbo* que determina la *acción* u *omisión* conductual; sus *ingredientes normativos*<sup>163</sup> y *subjetivos*<sup>164</sup>, así, como en algunos casos, las *circunstancias de tiempo, modo y lugar*, todo lo cual deberá incorporarse en el actuar de los *servidores públicos* o de los *particulares* que desempeñan *funciones públicas* en aras de *concretar* de manera *inequívoca, expresa y clara* la *trasgresión* a las normas disciplinarias. Aquí pues no caben *caprichos subjetivos de quienes ostenten la potestad disciplinaria, ni de los superiores jerárquicos arbitrarios, ni mucho menos de quienes fungen como comandantes de sus subalternos*. El *principio de legalidad* y el *concepto de tipicidad* ponen

161 Atipicidad relativa: cuando el comportamiento no encaja en la descripción de la falta que se endilga, pero puede resultar en otra.

Atipicidad absoluta: Cuando el comportamiento no encaja en ninguna de las descripción de faltas disciplinarias.

162 Término que gratamente recuerdo que empleaba mi Maestro ALFONSO REYES ECHAN-DÍA (Q.E.P.D.), en sus clases de Derecho Penal.

163 Expresiones que el legislador introduce en las normas conductuales disciplinarias y a las que hay que darles un significado para realizar el proceso de adecuación de la conducta en la disposición. Estos ingredientes normativos pueden encontrar su significado en la misma codificación disciplinaria o en otras.

164 Cuando la descripción objetiva del actuar del destinatario de la ley disciplinaria no basta para el proceso de adecuación dentro del tipo disciplinario y por ello es necesario conducir el comportamiento a un determinado propósito. Es la razón por la cual encontramos dentro de los diferentes tipos disciplinarios expresiones tales como: “con el ánimo”; “con la intención”; “con el propósito”; “con el fin”; “para”, etc.

frenos y contenciones al *poder disciplinario del Estado*, evitando que quienes detectan la *potestad disciplinaria* inventen conductas disciplinarias; o *atribuyan sanciones* a sus *destinatarios*, sin que las mismas se encuentren establecidas con anterioridad en la *Constitución* y en la ley. Es decir, son reglas que brindan *seguridad jurídica* a sus *destinatarios*, ya que evitan los *juicios de valor* del *juez disciplinario* y los acerca a la *búsqueda de la verdad material* y a la toma de *decisiones justas*.

Corolario de lo anotado en precedencia dicen algunos doctrinantes que no resulta viable *investigar y sancionar* disciplinariamente una *conducta típica*, si la misma no se encuentra “*descrita*” en una *ley preexistente* y si además *no coinciden* todos los elementos estructurales contenidos en la disposición con relación al comportamiento, así se tenga que *remitir* a otras *normas complementarias* para establecer *exactamente* en qué consiste la conducta. Es decir, piensan ellos que no puede establecerse ninguna clase de *responsabilidad* disciplinaria, si el comportamiento, objeto de investigación, no ha sido previamente *tipificado, previsto o descrito como falta*. De esta manera se colige que el concepto de *tipicidad* es presupuesto del *principio de legalidad* y por tal razón, para la *concreción* de la conducta en la norma, el *juez disciplinario* tendrá que recurrir a la aplicación del *artículo 10 del Código Penal (Ley 599 de julio 24 de 2000)*, por remisión expresa de los *artículo 21 de la Ley 734 de febrero 5 de 2002, 13 de la Ley 836 de julio 16 de 2003*<sup>165</sup> y *20 de la Ley 1015 de febrero 7 de 2006*<sup>166</sup>.

En efecto, el *artículo 10 de la Ley 599 de julio 24 de 2000*, señala:

“*Tipicidad. La ley penal definirá de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales del tipo penal*”<sup>167</sup>.

En los tipos de omisión también el deber tendrá que estar consagrado y delimitado claramente en la *Constitución Política* o en la ley”.

Para *corroborar* el planteamiento anterior y una vez advertido que el concepto de “*tipicidad*” guarda estrecha relación con las normas que contienen el

165 Remite al artículo 21 de la Ley 734 de febrero 5 de 2002 en donde se encuentra el Código Penal y obviamente por tratarse el Reglamento del Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares, un régimen especial, se debe consultar la Ley 1407 de agosto 17 de 2010 o Código Penal Militar, cuyo artículo 16 define la tipicidad en los mismos términos del artículo 10 de la Ley 599 de julio 24 de 2000.

166 En donde además de la remisión a la Ley 599 de julio 24 de 2000 o Código Penal, permite hacerlo al Código Penal Militar o Ley 1407 de agosto 17 de 2010.

167 Para la materia objeto de estudio léase del “tipo disciplinario”.

*principio de legalidad disciplinaria* y la definición de *falta*, tal como lo expresan los *artículos 4º, 23 de la Ley 734 de febrero 5 de 2002; 3º y 56 de la Ley 836 de julio 16 de 2003 y 3º y 37 de la Ley 1015 de febrero 7 de 2006*, es interesante transcribir sus textos legales para que no quede *duda alguna* acerca de la veracidad de la hipótesis formulada, así:

*“Artículo 4º. Ley 734/02. Legalidad. El servidor público y el particular en los casos previstos en este código solo serán investigados y sancionados disciplinariamente por comportamientos que estén descritos como falta en la ley vigente al momento de su realización”.*

*Artículo 23. Ley 734/02. 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.

*“Artículo 3º. Ley 836/03. Legalidad. Los destinatarios de este reglamento solo serán investigados y sancionados disciplinariamente por comportamientos que estén descritos como falta en la ley vigente al momento de su realización”.*

*Artículo 56. Ley 836/03. Noción. Constituye falta disciplinaria, y por lo tanto da lugar a la acción e imposición de la sanción correspondiente, la realización de cualquiera de las conductas o comportamientos previstos como tal en el presente reglamento,* que conlleve incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y atribuciones, trasgresión de 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 presente ordenamiento.

Para efectos del presente reglamento, también se deberá tener presente lo dispuesto en los artículos 34 numeral 1 y 35 numeral 1 de la Ley 734 de 2002, referentes a los deberes y prohibiciones universales de todo servidor público.

*“Artículo 3°. Ley 1015/06. Legalidad. El personal destinatario de esta ley, será investigado y sancionado por conductas que estén descritas como faltas disciplinarias en la ley vigente al momento de su realización”.*

*Artículo 37. Ley 1015/06. Otras faltas.* Además de las definidas en los artículos anteriores, *constituyen faltas disciplinarias* la violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, las prohibiciones, el abuso de los derechos o el incumplimiento de los deberes contemplados en la Constitución Política, los tratados públicos ratificados por el Gobierno colombiano, las leyes y los Actos Administrativos.

*Parágrafo.* Para efectos de determinar la gravedad o levedad de la falta, por vía de remisión, *constituye falta gravísima la que está taxativamente señalada en la ley* o aquella que constituya causal de mala conducta. *En las demás, se determinará si la falta es grave o leve con base en los siguientes criterios:*

1. El grado de culpabilidad.
2. La naturaleza esencial del servicio.
3. El grado de perturbación del servicio.
4. La jerarquía y mando en la Institución.
5. La trascendencia social de la falta o el perjuicio causado.
6. Las modalidades y circunstancias en que se cometió la falta, que se preciarán teniendo en cuenta el cuidado empleado en su preparación, el nivel de aprovechamiento de la confianza depositada en el investigado o de la que se derive de la naturaleza del cargo o función, el grado de participación en la comisión de la falta, si fue inducido por un superior a cometerla, o si la cometió en estado de ofuscación originado en circunstancias o condiciones de difícil prevención y gravedad extrema, debidamente comprobadas.
7. Los motivos determinantes del comportamiento.
8. Cuando la falta se realice con la intervención de varias personas, sean particulares o servidores públicos, y

9. *La realización típica de una falta objetivamente gravísima* cometida con culpa grave, será considerada falta grave.

(las letras inclinadas y las negrillas fuera de texto).

El concepto de “*tipicidad*” y el “*principio de legalidad*” con relación a los diferentes regímenes disciplinarios. La Ley 734 de febrero 5 de 2002 describe únicamente modelos de comportamientos calificados como faltas gravísimas, que según el artículo 43 *idem* “están taxativamente<sup>168</sup> señalados en este código”. Esas descripciones se encuentran *ubicadas* en el artículo 48 *ibidem* el cual consta de 65 *numerales* y 5 *parágrafos*. En cambio, las *conductas graves* o leves, no se encuentran *calificadas* como tales, sino que *las mismas se deducen* de los *criterios* contemplados en el mismo artículo 43 para que el *juez disciplinario*<sup>169</sup> sea quien con fundamento en los referidos *criterios* le asigne la connotación de *graves o leves* a los comportamientos señalados en el artículo 34, que contiene 40 *deberes* y en el artículo 35, que precisa de 34 *prohibiciones* más las que se encuentren contempladas en la ley. Igualmente, todas las faltas gravísimas consagradas en el artículo 48 del Código Disciplinario Único, según lo dispuesto en el numeral 9º del referido artículo 43, pueden convertirse en faltas graves cuando se cometan con culpa grave, así como todas las faltas gravísimas, según lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 44, se pueden transformar en faltas graves cuando se cometan culposamente o las faltas graves dolosas en graves culposas y las leves dolosas en leves culposas, conforme a los numerales 3º a 5º, circunstancias que algunos estudiosos académicos consideran que afectan al principio de legalidad y consecuentemente el concepto de tipicidad, toda vez que la ley disciplinaria lo que quiere es que se investigue y juzgue por *conductas previstas y descritas como falta en la ley vigente al momento de la realización* o en mejor forma, que se concrete la responsabilidad *en modelos de comportamientos preexistentes y expresamente descritos en la ley disciplinaria y no*

168 Con la teoría de los *numerus apertus* esto no sería del todo cierto, habida cuenta que a esas faltas gravísimas se le suman las faltas gravísimas con culpa grave (artículo 43-9 Ley 734/02) y las faltas gravísimas culposas (Artículo 44-2 Ley 734/02).

169 Así lo vienen llamando las Sentencias T-412 de mayo 22 de 2004. Demandante SANDRA MORA MONCALEANO, Magistrado sustanciador RODRIGO ESCOBAR GIL. Expediente T-1266441; T-1093 de noviembre 4 de 2004. Demandante GERARDO RAMÓN DE LOS RÍOS CHAVARRIAGA y otros. Magistrado ponente MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. Expediente T-791349; C-720 de agosto 23 de 2006. Demandante SANDRA VARGAS LEAÑO. Magistrada ponente CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ. Expediente D-5968 y C-987 de noviembre 29 de 2006. Demandante SANDRA MÓNICA CARDOZO ROJAS. Magistrado ponente NILSON PINILLA PINILLA. Expediente D-6273.



*con base en fórmulas que no prevén, ni describen o tipifican conductas disciplinarias, sino que las transforman de gravísimas a graves; de graves dolosas a graves culposas y leves dolosas a leves culposas y por ende la responsabilidad se degrada de destitución a suspensión con inhabilidad especial y sin inhabilidad y de multa a amonestación escrita*, lo que para ellos no concuerda con el respeto al *principio de legalidad* y con el *concepto de tipicidad*.

En la Ley 836 de julio 16 de 2003, a favor del *concepto de tipicidad* y del *principio de legalidad* se describen por separado las conductas calificadas como *gravísimas, graves y leves* (artículos 58, 59 y 60), pero en el numeral 4° del artículo 61, para efecto de las sanciones, se prevé la remisión a “*las inhabilidades general y especial en los términos de los artículos 44, 45 y 46 de la Ley 734*”, lo que en principio autoriza, en cumplimiento del numeral 2° del artículo 44 de la Ley 734 de febrero 5 de 2002, la transformación de las *conductas gravísimas* en *faltas graves* por comportamientos realizados *culposamente*, generando por consiguiente la suspensión y la inhabilidad especial hasta por noventa días sin derecho a remuneración en el ejercicio del cargo, conforme lo determina el numeral 2° del artículo 62. La inhabilidad especial a la luz de lo contemplado en el numeral 2° del artículo 45 de la Ley 734 de febrero 5 de 2002 significa “la imposibilidad de ejercer la función pública, en cualquier cargo distinto de aquel, por el término señalado en el fallo”. No debe olvidarse que conforme a las prescripciones del artículo 46 del Código Disciplinario Único, la inhabilidad especial “no podrá ser inferior a treinta días” y “cuando el disciplinado haya cesado en sus funciones para el momento de la ejecutoria del fallo o durante la ejecución del mismo, cuando no fuere posible ejecutar la sanción se convertirá el término de suspensión o el que faltare, según el caso, en salarios de acuerdo al monto de lo devengado para el momento de la comisión de la falta, sin perjuicio de la inhabilidad especial”. Algunos estudiosos académicos conforme a lo analizado en precedencia con la Ley 734 de febrero 5 de 2002, consideran que esas “transformaciones” afectan el principio de legalidad y consecuentemente el concepto de tipicidad, toda vez que la ley disciplinaria militar lo que quiere es que se investigue y juzgue por *conductas previstas y descritas como falta en la ley vigente al momento de la realización* o en mejor forma, que se concrete la responsabilidad *en modelos de comportamientos preexistentes y expresamente previstos y descritos en la ley disciplinaria “como tal” y no con base en fórmulas que no prevén, ni describen o tipifican conductas disciplinarias, sino que las transforman de gravísimas a graves y por ende la responsabilidad se degrada de destitución a suspensión* en el ejercicio de funciones, lo que para ellos y al igual que lo que ocurre en la Ley 734 de febrero



5 de 2002, no concuerda con el respeto al principio de legalidad y con el concepto de tipicidad.

En la *Ley 1015 de febrero 7 de 2006*, de la misma manera que en la *Ley 836 de julio 16 de 2003*, a favor del *concepto de tipicidad* y del *principio de legalidad se describen por separado las conductas* calificadas como *gravísimas, graves y leves* (artículos 34, 35 y 36), pero en el *numeral 2° del artículo 39*, para efecto de las *clases de sanciones y sus límites*, se permite la transformación de las *conductas gravísimas en faltas graves* por comportamientos realizados con culpa grave, generando por consiguiente la suspensión y la inhabilidad especial entre seis y doce meses sin derecho a remuneración en el ejercicio del cargo. La inhabilidad especial a la luz de lo contemplado en el numeral 2° del artículo 38 del Régimen Disciplinario para la Policía Nacional “*implica la imposibilidad de ejercer funciones públicas en cualquier cargo, por el término señalado en el fallo*”. Tampoco debe olvidarse que conforme a las orientaciones del párrafo 2° del artículo 42 “*cuando el disciplinado haya cesado en sus funciones para el momento de la ejecutoria del fallo o durante la ejecución del mismo, y no fuere posible ejecutar la sanción se convertirá el término de suspensión o el que faltare, según el caso, en salarios de acuerdo al monto de lo devengado para el momento de la comisión de la falta, sin perjuicio de la inhabilidad especial*”. De igual manera en este régimen disciplinario se permite la transformación de las *faltas graves dolosas en graves con culpa gravísima* y en *graves con culpa grave*, lo mismo que las *faltas leves dolosas en leves culposas*, circunstancias que algunos estudiosos de esta compleja disciplina, al igual que lo analizado dentro de las *Leyes 734 de febrero 5 de 2002 y 836 de julio 16 de 2003*, consideran que afecta el principio de legalidad y consecuentemente el concepto de tipicidad, toda vez que la ley disciplinaria policial lo que quiere es que se investigue y juzgue por *conductas previstas y descritas como falta en la ley vigente al momento de la realización* o en mejor forma, que se concrete la responsabilidad *en modelos de comportamientos preexistentes y expresamente previstos y descritos en la ley disciplinaria y no con base en fórmulas que no prevén, ni describen o tipifican conductas disciplinarias*, sino que las *transforman de gravísimas a graves; de graves dolosas en graves con culpa gravísima y en graves con culpa grave, y leves dolosas en leves culposas*, y por ende la *responsabilidad se degrada de destitución a suspensión y de multa a amonestación escrita*, lo que para ellos tampoco concuerda con el respeto al *principio de legalidad* y con el *concepto de tipicidad*. Lo mismo ocurre cuando en razón del *principio de especialidad* contenido en el *artículo 21 del Régimen Disciplinario para la Policía Nacional*, se tengan que aplicar las faltas de los “*demás*

*servidores públicos*” que sean procedentes, las cuales para efectos prácticos se encuentran contempladas en el *Decreto 2150 de diciembre 5 de 1995* y según mandato contenido en su *artículo 151* se sancionarán como *faltas gravísimas*, así como en las *Leyes 734 de febrero 5 de 2002* y *836 de julio 16 de 2003*, toda vez que en ambas codificaciones existen clasificación de faltas para “*servidores públicos*”. Al aplicarse en la Policía Nacional las faltas “*por vía de remisión*”, señala el párrafo del artículo 37, que “*para efectos de determinar la gravedad o levedad de la falta..., constituye falta gravísima la que está taxativamente señalada en la ley o aquella que constituya causal de mala conducta. En las demás, se determinará si la falta es grave o leve con base en los siguientes criterios... 9. La realización típica de una falta objetivamente gravísima cometida con culpa grave, será falta grave*”<sup>170</sup>, lo que obviamente precisa la aplicación de la teoría de los *numerus apertus*, la cual, como se ha expresado es rechazada por algunos académicos.

En la *Ley 1123 de enero 22 de 2007*, Código Disciplinario del Abogado, es muy posible que la academia se formule reparos mucho más serios que en las codificaciones especiales de los servidores públicos, habida cuenta que *allí solamente se describen conductas que cada una de ellas pueden ser objeto de censura, multa, suspensión o exclusión* del ejercicio de la profesión, conforme a los artículos 40 a 44, atendiendo los *criterios de graduación* establecidos en el artículo 45. Es decir no existe “*clasificación de las faltas*” como sí ocurre en las demás codificaciones sancionatorias. Y más inquietudes aún podrán surgir, toda vez que uno de los argumentos para que operen los *numerus apertus* en las *Leyes 734 de febrero 5 de 2002*, *836 de julio 16 de 2003* y *1015 de febrero 7 de 2006* es que estas codificaciones son netamente administrativas que producen decisiones del mismo género y el Código Disciplinario del Abogado, por el contrario, genera decisiones jurisdiccionales, es decir son verdaderas sentencias conforme se afirma en la jurisprudencia, lo que impide la aplicación de la teoría de los *numerus apertus*<sup>171</sup>, ya que ese tema en la legislación penal se

170 Los estudiosos del tema en principio entendieron que *cuando por vía de remisión* se tuviere que acudir a los *catálogos de faltas de los demás servidores públicos* que fueren procedentes, no *había lugar a aplicar la teoría de los numerus apertus con relación a las faltas gravísimas*, ya que ellas como lo señala el párrafo del artículo 37 son las que *deben estar taxativamente señaladas en la ley a la que se remite*, pero esta posición la contradice el *numeral 9º de ese mismo párrafo* cuando sostiene todo lo contrario al señalar que: “*la realización típica de una falta objetivamente gravísima cometida con culpa grave, será considerada falta grave*”.

171 Y como lo veremos posteriormente, también es la razón para reconocer bienes jurídicamente tutelados y aplicar la teoría de la antijuridicidad material, aspectos éstos que, según algunos doctrinantes son desechados en el Código Disciplinario Único, en el Reglamento

orienta a través de los *numerus clausus*. Sin embargo en la Ley 1123 de enero 22 de 2007 se aplica esta teoría por los jueces jurisdiccionales, muy a pesar del contenido de los artículos 3º y 17, que a la letra dicen:

*“Artículo 3º. Legalidad. El abogado solo será investigado y sancionado disciplinariamente por comportamientos que estén descritos como falta en la ley vigente al momento de su realización y conforme a las reglas fijadas en este código o las normas que lo modifiquen”.*

*“Artículo 17. La falta disciplinaria. Constituye falta disciplinaria y da lugar a imposición de sanción la comisión de cualquiera de las conductas previstas como tales en el presente código”.*

Se recuerda que en el Código Penal o Ley 599 de julio 24 de 2000, en el que sus decisiones son de naturaleza jurisdiccional, allí, por consiguiente, no se aplica la teoría de los *numeros apertus* sino la de los *numerus clausus*, por mandato expreso del artículo 21, en el cual se indica que *solo los comportamientos preterintencionales o culposos son punibles, en los casos expresamente señalados por la ley*.

El concepto de “tipicidad” y el “principio de culpabilidad” ante la creación por parte del juez disciplinario de conductas culposas. En los renglones anteriores quedó muy claro que el concepto de tipicidad está referido a la definición legal, inequívoca, expresa y clara de las características básicas estructurales de un comportamiento que afecta los principios, fines y funciones del Estado, así la misma se integre con varias normas que leídas en conjunto concluyan de manera inequívoca, expresa y clara en qué consiste la conducta que merece reproche administrativo. Cuando el artículo 44, numeral 2º de la Ley 734 de febrero 5 de 2002, prevé la sanción de suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial para las faltas “gravísimas culposas”, está aceptando que las faltas gravísimas dolosas contempladas en el artículo 48 *idem*, pueden ser transformadas en “culposas”, así como las de los numerales 3º y 5º del mismo artículo 44 *ibidem*, que permiten la transformación de las faltas graves dolosas y leves dolosas en “faltas graves culposas y leves culposas”, todo lo cual indica que esas disposiciones no están describiendo modelos de comportamiento que reflejen la tipicidad disciplinaria, sino que, de acuerdo con algunos académicos y estudiosos, se están creando tipicidades culposas que no han sido dispuestas por el legislador, lo cual,

---

del Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares y en el Régimen Disciplinario para la Policía Nacional, por no ser, ninguno de ellos, portador de decisiones jurisdiccionales.

en el decir de ellos, contraría el principio de legalidad ampliamente desarrollado. Lo mismo ocurre en las Leyes 836 de julio 16 de 2003 y 1015 de febrero 7 de 2006. En la primera, como ya se dijo, su numeral 4° del artículo 61, contempla para efecto de las sanciones, la remisión a “las inhabilidades general y especial en los términos de los artículos 44, 45 y 46 de la Ley 734”, lo que en principio autoriza, en cumplimiento del numeral 2° del artículo 44 de la Ley 734 de febrero 5 de 2002, la transformación de las conductas gravísimas en faltas graves por comportamientos realizados “culposamente” y en la segunda, en su artículo 39, se permite la transformación de las faltas graves dolosas en graves con culpa gravísima y en graves con culpa grave (o lo que es lo mismo culposamente), así como las faltas leves dolosas en leves culposas. Concluyen quienes no aceptan esta transgresión al principio de legalidad, que el juez disciplinario se convierte en creador de conductas culposas que no se encuentran “previamente” descritas como falta en la ley vigente al momento de su realización.

El concepto de “tipicidad” y la teoría de los *numerus apertus*. Justificación jurisprudencial. Lo primero que debe resaltarse y que ya fue dicho al inicio de este artículo, es que en los antecedentes universales, y una vez revisado la mayoría de artículos incluidos en la internet, esta teoría estaba ligada a los derechos reales y como aliada para ampliar indefinida e ilimitadamente los derechos constitucionales, los medios de prueba, los derechos humanos implícitos, las medidas cautelares, las intervenciones corporales en medicina forense, el aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias, el debido proceso, las diferentes manifestaciones de violencia, etc., siempre y cuando se constatará que con esos *numerus apertus* no se afectaban las garantías de los ciudadanos. En terrenos diferentes al análisis anterior, la doctrina internacional, en señal de respeto por la dignidad humana, del debido proceso y, concretamente, del principio de legalidad, los ha ido desplazando del panorama jurídico social de derecho, por considerar que con ellos se ejercita la arbitrariedad administrativa. En España, incluso, con la Constitución Política de 1978, fueron desplazados del derecho penal, dónde estaban totalmente arraigados.

Del ejercicio que se tuvo a bien verificar en la internet, se concluye con gran facilidad que nuestra amada Colombia, es el único País actualizado en *numerus apertus*<sup>172</sup>, avalados, en materia disciplinaria por muchísimos doctrinantes na-

172 Esa actualización surgió con la Sentencia de diciembre 16 de 1992 del Consejo Superior de la Judicatura, en la que el Presidente de esa época, doctor EDGARDO JOSÉ MAYA VILLAZÓN, formuló la teoría de los *numerus apertus*, que hoy se aplica en el derecho disciplinario en un caso de un Juez de la República que fue sancionado porque en uno de sus procesos su secretario admitió un poder de quien no era abogado titulado.

cionales y, recientemente, por la Corte Constitucional<sup>173</sup>, lo que para algunos estudiosos, va en contravía de la Carta Política de Estado social de derecho.

### Jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre los *numerus apertus*<sup>174</sup>

1. La Corte Constitucional en Sentencia C-155 de marzo 5 de 2002; en demanda que presentara CARLOS MARIO ISAZA SERRANO y con ponencia de CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, expediente D-3680, expresó:

*Numerus Apertus (en el derecho disciplinario): “... Ahora bien, teniendo en cuenta que como mediante la ley disciplinaria se pretende la buena marcha de la administración pública asegurando que los servidores del estado cumplan fielmente con sus deberes oficiales, para lo cual se tipifican las conductas constitutivas de falta disciplinaria en tipos abiertos que suponen un amplio margen de valoración y apreciación en cabeza del fallador, el legislador en ejercicio de su facultad de configuración también ha adoptado un sistema amplio y genérico de incriminación que ha sido denominado ‘numerus apertus’, en virtud del cual no se señalan específicamente cuales comportamientos requieren para su tipificación ser cometidos con culpa -como sí lo hace la ley penal-, de modo que en principio a toda modalidad dolosa de una falta disciplinaria le corresponderá una de carácter culposo, salvo que sea imposible admitir que el hecho se cometió culposamente como cuando en el tipo se utilizan expresiones tales como ‘a sabiendas’, ‘de mala fe’, ‘con la intención de’ etc. Por tal razón, el sistema de numerus apertus supone igualmente que el fallador es quien debe establecer cuales tipos disciplinarios admiten la modalidad culposa partiendo de la estructura del tipo, del bien tutelado o del significado de la prohibición...”.*

(...)

*Lo anterior en razón a que el legislador en desarrollo de su facultad de configuración adoptó un sistema genérico de incriminación denominado numerus apertus, por considerar que el cumplimiento de los fines y funciones del Estado –que es por lo que propende la ley disciplinaria (art. 17 CDU)–, puede*

173 Ver sentencias: C-155 de 2002, C-124 de 2003, C-853 de 2005 y C-987 de 2006.

174 Tomadas de MEJÍA OSSMAN, JAIME Y MEJÍA ACOSTA, KAROLINA. “Temática Jurisprudencial del Proceso Disciplinario”. Editorial Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá, 2009, págs., 754 a 756.

verse afectado tanto por conductas dolosas como culposas, lo cual significa que las descripciones típicas admiten en principio ambas modalidades de culpabilidad, salvo en lo casos en que no sea posible estructurar la modalidad culposa. De ahí que corresponda al intérprete, a partir del sentido general de la prohibición y del valor que busca ser protegido, deducir qué tipos disciplinarios permiten ser vulnerados con cualquiera de los factores generadores de la culpa. ...”. (lo subrayado fuera de texto).

2. La Corte Constitucional, en Sentencia C-853 de agosto 17 de 2005; en demanda que presentara FERNANDO ABELLO ESPAÑA y con ponencia de JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, expidió D-5637, señaló:

*Numerus Apertus (o tipos abiertos, en blanco o remisivos): “... El Procurador General de la Nación solicita a la Corte declarar la exequibilidad del parágrafo del artículo 55 de la Ley 105 de 1993.*

(...)

*Expresa que los principios del derecho penal, que ha sido el prototipo del ius puniendi, se aplican a todas las vertientes del derecho sancionador, en el cual el principio de legalidad constituye un pilar fundamental para la regulación de las sanciones administrativas. Sin embargo –agrega el Jefe del Ministerio Público–, tal principio no se aplica con la misma rigidez en materia penal y en materia administrativa.*

*Afirma que en el derecho disciplinario es más flexible toda vez que a pesar de que la intervención del Estado en materia de derechos fundamentales es importante, ésta no lo es de tal envergadura como sí ocurre en el derecho penal, debido a que se dirige a enderezar la conducta de los particulares cuando desconocen disposiciones que están obligados a cumplir y cuyas sanciones afectan su patrimonio económico. Por tal motivo, sostiene que en el derecho sancionador administrativo se da cabida a los numerus apertus o remisión a otras disposiciones, a efectos de configurar las faltas disciplinarias, es decir, la aplicación de tipos en blanco, remisivos y abiertos.*

(...)

VI. Consideraciones de la Corte Constitucional y fundamentos de la decisión.

### 1. El asunto a resolver

*Para el demandante el párrafo del artículo 55 de la Ley 105 de 1993 desconoce los artículos 29 y 150 –numeral 10– de la Constitución por cuanto concede una potestad legislativa, disfrazada de remisión, a una autoridad administrativa. Con tal proceder, asegura que se viola el principio de legalidad.*

*Tanto los intervinientes como el Procurador General de la Nación consideran que la disposición demandada es exequible.*

(...)

*El Jefe del Ministerio Público, por su parte, manifiesta que debido a que en el derecho sancionador administrativo los principios del derecho penal se aplican con mayor flexibilidad, tienen cabida los numerus apertus o remisión a otras disposiciones a efectos de configurar faltas disciplinarias. Por tal motivo, asegura que no es posible exigir en este caso una regulación legal integral y en detalle de los criterios para la imposición de las sanciones.*

*Afirma que el párrafo acusado, leído dentro del contexto normativo en que se encuentra, no es inconstitucional por cuanto el legislador estableció claramente las conductas objeto de reproche, los sujetos a quienes se les impondrán las sanciones, las clases de sanciones y el procedimiento para su imposición.*

(...)”. (lo subrayado fuera de texto).

3. La Corte Constitucional, en Sentencia C-987 de noviembre 29 de 2006; en demanda que presentara SANDRA MÓNICA CARDOZO ROJAS y con ponencia de NILSON PINILLA PINILLA, expediente D-6273, manifestó:

*Numerus Apertus (son constitucionalmente aceptables): “...Adicionalmente, de manera precisa, la Corte ha considerado constitucionalmente aceptable el sistema de numerus apertus para la tipificación de las faltas disciplinarias sancionables, aun cuando este mismo sistema no sea de recibo para la tipificación de los delitos. Sobre esta importante diferencia ha resaltado la Corte:*



*‘En relación con la precisión de la definición previa de las conductas que serán sancionadas, la Corte ha aceptado de tiempo atrás que en este ámbito es admisible que las faltas disciplinarias se consagren en ‘tipos abiertos’, ‘ante la imposibilidad del legislador de contar con un listado detallado de comportamientos donde se subsuman todas aquellas conductas que están prohibidas a las autoridades o de los actos antijurídicos de los servidores públicos’. La infracción disciplinaria implica siempre el incumplimiento o desconocimiento de un deber del servidor público; ‘la negligencia, la imprudencia, la falta de cuidado y la impericia pueden ser sancionados en este campo en cuanto impliquen la vulneración de los deberes funcionales de quienes cumplen funciones públicas’. En esa medida, las normas disciplinarias estructuradas en forma de tipos abiertos remiten a un complemento normativo, integrado por todas las disposiciones en las que se consagran los deberes, mandatos y prohibiciones aplicables a los servidores públicos; y es a este complemento al cual debe acudir el juez disciplinario al momento de decidir sobre la existencia de responsabilidad y la procedencia de las sanciones correspondientes. (Sentencia T-1093 de 2004 (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa). Este fallo remite a su vez a los planteamientos previamente hechos en las sentencias C-948 de 2002 (ya citada) y C-404 de 2001 (M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra). (No está en negrilla en el texto original).*

*Es entonces claro para la Corte que el sistema de numerus apertus adoptado de tiempo atrás por las normas disciplinarias es válido y aceptable dentro de dicho contexto. Ello por cuanto los funcionarios públicos, al tomar posesión de sus cargos, asumen un compromiso particularmente exigente en lo que se refiere al cumplimiento de las normas aplicables y de los deberes que de manera específica asumen, en cuya observancia está interesado y comprometido el interés público. Por consiguiente, no resulta posible cuestionar la constitucionalidad de una norma como la demandada so pretexto de que, como consecuencia de la aplicación de este principio, el funcionario público no tendría certeza sobre si su mal comportamiento generará o no la inhabilidad aquí cuestionada...”.* (lo subrayado fuera de texto).

Jurisprudencia de la Corte Constitucional que “confunde” numerus apertus con tipos abiertos, en blanco o remisivos.

Sobre el particular es preciso copiar algunos apartes de la Sentencia C-853 de agosto 17 de 2005, proferida por la Corte Constitucional en demanda que



presentara FERNANDO ABELLO ESPAÑA y con ponencia de JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, expediente D-5637, en los que dijo:

*“... El Procurador General de la Nación solicita a la Corte declarar la exequibilidad del párrafo del artículo 55 de la Ley 105 de 1993.*

*(...)*

*Expresa que los principios del derecho penal, que ha sido el prototipo del ius puniendi, se aplican a todas las vertientes del derecho sancionador, en el cual el principio de legalidad constituye un pilar fundamental para la regulación de las sanciones administrativas. Sin embargo -agrega el jefe del ministerio público-, tal principio no se aplica con la misma rigidez en materia penal y en materia administrativa.*

*Afirma que en el derecho disciplinario es más flexible toda vez que a pesar de que la intervención del Estado en materia de derechos fundamentales es importante, ésta no lo es de tal envergadura como sí ocurre en el derecho penal, debido a que se dirige a enderezar la conducta de los particulares cuando desconocen disposiciones que están obligados a cumplir y cuyas sanciones afectan su patrimonio económico. Por tal motivo, sostiene que en el derecho sancionador administrativo se da cabida a los *numerus apertus* o remisión a otras disposiciones, a efectos de configurar las faltas disciplinarias, es decir, la aplicación de tipos en blanco, remisivos y abiertos.*

*Vi. Consideraciones de la Corte Constitucional y fundamentos de la decisión.*

#### *1. El asunto a resolver*

*Para el demandante el párrafo del artículo 55 de la Ley 105 de 1993 desconoce los artículos 29 y 150 -numeral 10- de la Constitución por cuanto concede una potestad legislativa, disfrazada de remisión, a una autoridad administrativa. Con tal proceder, asegura que se viola el principio de legalidad.*

*Tanto los intervinientes como el Procurador General de la Nación consideran que la disposición demandada es exequible.*

*(...)*

*El jefe del Ministerio Público, por su parte, manifiesta que debido a que en el derecho sancionador administrativo los principios del derecho penal se aplican con mayor flexibilidad, tienen cabida los numerus apertus o remisión a otras disposiciones a efectos de configurar faltas disciplinarias. Por tal motivo, asegura que no es posible exigir en este caso una regulación legal integral y en detalle de los criterios para la imposición de las sanciones.*

*Afirma que el párrafo acusado, leído dentro del contexto normativo en que se encuentra, no es inconstitucional por cuanto el legislador estableció claramente las conductas objeto de reproche, los sujetos a quienes se les impondrán las sanciones, las clases de sanciones y el procedimiento para su imposición.*

(...)" (lo subrayado fuera de texto).

**Doctrina nacional y extranjera sobre el principio de tipicidad en materia disciplinaria.**

ALEJANDRO NIETO GARCÍA:

*"Las infracciones y las sanciones no solo tienen que estar previstas con anterioridad al momento de producirse la conducta enjuiciable, sino que han de estar previstas con un grado de precisión tal que priven al operador jurídico de cualquier veleidad creativa analógica o simplemente desviadora de la letra de la ley"*

CARLOS GAVIRIA DÍAZ:

*"La persona debe saber de manera correcta e inequívoca que es lo que prohíbe la ley para poder regular su conducta y asumir la calidad de destinatario de la misma si es que realmente la infringe"*

JAIME MEJÍA OSSMAN:

*"Los artículos demandados, con relación a los numerus apertus, permiten que el competente disciplinario legisle, señale y transporte de cualquier manera, comportamientos que no están descritos como falta en la ley disciplinaria vigente al momento de su realización".*

CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU:

*Dice que la tipicidad en materia disciplinaria es diferente a la tipicidad penal, habida cuenta que en el derecho penal, la conducta punible recorre la descripción típica (se ajusta o adecua a ella), mientras que en el derecho disciplinario la contraría. Indica que la lógica de la infracción a la norma disciplinaria opera en forma inversa a como sucede en el derecho penal, ya que en derecho penal, se puede hacer lo que no esté prohibido; en cambio en derecho disciplinario, sólo se puede hacer lo que está permitido y mandado. Argumenta que en materia disciplinaria no es posible la descripción exhaustiva de la conducta y por ello es amplia la utilización de tipos abiertos.*

MARCO GERARDO MONROY CABRA:

*“La aplicabilidad del principio de tipicidad en el campo disciplinario ha sido reconocida en reiteradas oportunidades por la corte; así, por ejemplo, en la sentencia C-404/01 se señaló que: ‘dentro de los principios que rigen el derecho disciplinario está sin duda el de tipicidad, que exige que la conducta del servidor público que la ley erige como falta sea previamente definida por el legislador, así como la sanción correspondiente’.*

### ***Jurisprudencia de la Corte Constitucional con relación a la tipicidad disciplinaria***

**- FALTAS DISCIPLINARIAS (DEBEN ESTAR DESCRITAS EN NORMA PREVIA):** *“...La Corte, en varias oportunidades ha reconocido que la tipicidad es un principio rector en materia disciplinaria. Así, en la sentencia C-417/93 (M. P.: José Gregorio Hernández Galindo) expresó la Corte:*

*‘Las faltas disciplinarias son definidas anticipadamente y por vía general en la legislación y corresponden a descripciones abstractas de comportamientos que, sean o no delitos, enturbian, entorpecen o desvirtúan la buena marcha de la función pública en cualquiera de sus formas, lo que hace que las mismas disposiciones que las consagran estatuyan, también con carácter previo, los correctivos y sanciones aplicables a quienes incurran en aquellas. Según las voces del artículo 124 de la Constitución, “la ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva’.*

*En la sentencia C-280/95 (M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO), expresó:*

*‘... No solo las faltas disciplinarias deben estar descritas en norma previa sino que además, la sanción debe estar predeterminada. Debe haber pues certidumbre normativa previa sobre la sanción a ser impuesta’*

Los criterios antes expuestos aparecen reiterados en la sentencia C-310/97 (M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ) en la cual se dijo:

*‘...el derecho disciplinario es una modalidad de derecho sancionatorio, por lo cual los principios del derecho penal se aplican, mutatis mutandi en este campo, pues la particular consagración de garantías sustanciales y procesales a favor de la persona investigada se realiza en aras del respeto de los derechos fundamentales del individuo en comento, y para controlar la potestad sancionadora del Estado’.*

*‘También ha dicho que ‘uno de los principios esenciales en materia sancionatoria es el de la tipicidad, según el cual las faltas disciplinarias no sólo deben estar descritas en norma previa sino que, además, la sanción debe estar predeterminada’. Dicho principio está consagrado en nuestra Constitución como parte integrante del debido proceso, pues al tenor del artículo 29 de la Constitución, ‘nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa’. ...’.* (Corte Constitucional, Sentencia C-769 de diciembre 10 de 1998. Demandante: CARLOS FERNANDO MUÑOZ CASTRILLÓN. Magistrado ponente: ANTONIO BARRERA CARBONELL. Expediente D-2086). (lo subrayado fuera de texto)<sup>175</sup>.

**TIPICIDAD (COMO PRINCIPIO ESENCIAL DEL DERECHO DISCIPLINARIO):** “... Uno de los principios esenciales en este campo es el de la tipicidad, según el cual no sólo las faltas disciplinarias deben estar descritas en norma previa sino que, además, la sanción debe estar predeterminada. Debe haber pues certidumbre normativa previa sobre la sanción a ser impuesta pues, como esta Corporación ya lo había señalado, las normas que consagran las faltas deben estatuir ‘también con carácter previo, los correctivos y sanciones aplicables a quienes incurran en aquellas’ (Sentencia C-417/93.

175 MEJÍA OSSMAN, JAIME Y MEJÍA ACOSTA, KAROLINA, ob., cit., págs., 459 a 460.

M. P.: José Gregorio Hernández Galindo. Consideración de la Corte N° 3). Ahora bien, uno de los actores acusa la locución ‘o en su defecto, a una mayor entidad’ del artículo 22 del CDU, 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...”. (Corte Constitucional, Sentencia C-280 de junio 25 de 1996. Demandantes: ANDRÉS DE ZUBIRÍA SAMPER Y CARLOS FERNANDO MUÑOZ CASTRILLÓN. Magistrado ponente: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO. Expedientes D-1067 y D-1076).

*“... De esta forma, el sometimiento a dicho principio permite desarrollar otro igual de necesario en el campo procesal del derecho sancionatorio disciplinario, como es el de la tipicidad, ‘... según el cual no sólo las faltas disciplinarias deben estar descritas en norma previa sino que, además, la sanción debe estar predeterminada. Debe haber pues certidumbre normativa previa sobre la sanción a ser impuesta...’ (Sentencia C-280/96, M. P.: Dr. Alejandro Martínez Caballero) (Subraya fuera del texto). ...”.* (Corte Constitucional, Sentencia C-187 de mayo 6 de 1998. Demandante: ROBERTO BORNA-CELLI GUERRERO. Magistrado ponente: HERNANDO HERRERA VERGARA. Expediente D-1849). (lo subrayado fuera de texto).

*“...La Corte, en varias oportunidades ha reconocido que la tipicidad es también un principio rector en materia disciplinaria. Así, en la sentencia C-417/93 expresó la Corte:*

*‘Las faltas disciplinarias son definidas anticipadamente y por vía general en la legislación y corresponden a descripciones abstractas de comportamientos que, sean o no delitos, enturbian, entorpecen o desvirtúan la buena marcha de la función pública en cualquiera de sus formas, lo que hace que las mismas disposiciones que las consagran estatuyan, también con carácter previo, los correctivos y sanciones aplicables a quienes incurran en aquellas. Según las voces del artículo 124 de la Constitución, ‘la ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva’. (Corte Constitucional, Sentencia C-417/93, M. P.: José Gregorio Hernández Galindo. Ver también las sentencias C-280/95, MP: Alejandro Martínez Caballero).*

Estos criterios aparecen reiterados en la sentencia C-310/97 (Corte Constitucional, Sentencia C-310/97, M. P.: Carlos Gaviria Díaz.) en la cual se anotó:

*‘También ha dicho que ‘uno de los principios esenciales en materia sancionatoria es el de la tipicidad, según el cual las faltas disciplinarias no sólo deben estar descritas en norma previa sino que, además, la sanción debe estar predeterminada’. Dicho principio está consagrado en nuestra Constitución como parte integrante del debido proceso, pues al tenor del artículo 29 de la Constitución, ‘nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa’.*

(...)

No obstante, esta Corporación también ha señalado que como quiera que el ejercicio de la función pública también comprende deberes y prohibiciones generales, el legislador puede señalar como faltas disciplinarias el incumplimiento de tales deberes y no incurre en violaciones al principio de legalidad cuando esa descripción general contiene los elementos normativos que permiten su concreción.

*‘a. No es fácil establecer de manera precisa, cuándo una norma deja de contener entre sus prescripciones los ingredientes normativos requeridos para producir la certeza en lo relativo a la definición de la conducta; pero lo que si es claro es que se proscriben las definiciones de una generalidad, vaguedad e indeterminación que no ofrecen la necesaria certeza requerida para hacer exigible las consecuencias sancionatorias que se derivan de la conducta descrita y que le otorgan un amplio poder discrecional a la autoridad encargada de aplicar la respectiva norma.*

(...) (lo subrayado fuera de texto).

(Corte Constitucional, Sentencia C-653 de junio 20 de 2001. Demandantes: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS Y JUAN CARLOS HINCAPIÉ MEJÍA. Magistrado ponente: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. Expediente D-3313)<sup>176</sup>.

**TIPICIDAD (CÓMO SE REGULA EN EL DERECHO DISCIPLINARIO):**  
 “... Así en el derecho disciplinario la regla general es que la tipicidad de sus infracciones se regula ‘por la lectura sistemática de la norma que establece la

176 MEJÍA OSSMAN, JAIME Y MEJÍA ACOSTA, KAROLINA, ob., cit., págs., 1287 a 1288.

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'. Esa posibilidad de entrar a definir la tipicidad de la conducta por medio de normas complementarias, comporta un método legislativo conocido por la doctrina y la jurisprudencia como el de las normas o tipos en blanco, que como se dijo, consiste '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' (Sentencia C-404 de 2001, M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra).

Frente a tipos en blanco, ha considerado la Corte que se ajustan al principio de tipicidad y son admisibles constitucionalmente, en los casos en que el correspondiente reenvío normativo permita al operador jurídico establecer y determinar inequívocamente el alcance de la conducta reprochable y de la sanción correspondiente (Ver entre otras las Sentencias C-127/93 y C-599/99. M.P. Alejandro Martínez Caballero, C-796/04 M. P.: Rodrigo Escobar Gil).

Concretamente en cuanto a la remisión que se haga a determinadas disposiciones ha dicho la Corte (Ver sentencia C-343/06 M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa S.V. Jaime Araújo Rentería) que deben estar presentes en la disposición acusada los contenidos mínimos que le permiten al intérprete y ejecutor de la norma identificar un determinado cuerpo normativo sin que haya lugar a ambigüedades ni a indeterminaciones al respecto (Sentencia C-710 de 2001. M. P.: Jaime Córdoba Triviño).

Además, es necesario que las normas a las que se remite contengan, en efecto, los elementos que permiten definir con precisión y claridad la conducta sancionada. ...". (Corte Constitucional, Sentencia C-507 de julio 6 de 2006. Demandante: MIGUEL ARCÁNGEL VILLALOBOS CHAVARRO. Magistrado ponente: ÁLVARO TAFUR GALVIS. Expediente D-6063). (lo subrayado fuera de texto)<sup>177</sup>.

**TIPICIDAD (CUMPLE LA FUNCIÓN DE GARANTIZAR LA LIBERTAD Y SEGURIDAD INDIVIDUALES):** "...De esta manera la tipicidad cumple

177 MEJÍA OSSMAN, JAIME Y MEJÍA ACOSTA, KAROLINA, ob., cit., pág., 1289.

con la función de garantizar, por un lado, la libertad y seguridad individuales al establecer en forma anticipada, clara e inequívoca qué comportamientos son sancionados, y de otro, proteger la seguridad jurídica". (Sentencia C-769/98, M. P.: DR. Antonio Barrera Carbonell.)...". (Corte Constitucional, Sentencia C-708 de septiembre 22 de 1999. Demandante: JORGE LUIS PABÓN APICELLA. Magistrado sustanciador: ÁLVARO TAFUR GALVIS. Expediente D-2329). (lo subrayado fuera de texto)<sup>178</sup>.

**PRINCIPIO DE TIPICIDAD (ELEMENTOS):** "... Para que se pueda predicar el cumplimiento del contenido del principio de tipicidad, se habrán de reunir tres elementos, a saber:

(i). Que la conducta sancionable esté descrita de manera específica y precisa, bien porque la misma esté determinada en el mismo cuerpo normativo o sea determinable (lo subrayado fuera de texto). (Sobre este punto en particular, la Corte ha afirmado que 'debido a que el derecho administrativo sancionador tiene adicionalmente más controles para evitar la mera liberalidad de quien impone la sanción, como por ejemplo las acciones contencioso administrativas, y dado que la sanción prevista no afecta la libertad personal de los procesados, la Corte ha aceptado que en el derecho administrativo sancionatorio, y dada la flexibilidad admitida respecto del principio de legalidad, la forma típica pueda tener un carácter determinable. Posibilidad que no significa la concesión de una facultad omnímoda al operador jurídico, para que en cada situación establezca las hipótesis fácticas del caso particular. Por ello, la Corte ha sido cuidadosa en precisar, que si bien es posible la existencia de una forma típica determinable, es imprescindible que la legislación o el mismo ordenamiento jurídico, establezcan criterios objetivos que permitan razonablemente concretar la hipótesis normativa, como ha sido reiterado con insistencia' (Subraya por fuera del texto original). Sentencia C-406 de 2004. M. P.: Clara Inés Vargas Hernández, A.V.: Álvaro Tafur Galvis, A.V.: Manuel José Cepeda Espinosa, S.P.V.: Jaime Araújo Rentería) a partir de la aplicación de otras normas jurídicas;

(ii) *Que exista una sanción cuyo contenido material esté definido en la ley;*

(iii) *Que exista correlación entre la conducta y la sanción;*

178 MEJÍA OSSMAN, JAIME Y MEJÍA ACOSTA, KAROLINA, ob., cit., págs., 1290.



(...)”.

(Corte Constitucional, Sentencia C-507 de julio 6 de 2006. Demandante: MIGUEL ARCÁNGEL VILLALOBOS CHAVARRO. Magistrado ponente: ÁLVARO TAFUR GALVIS. Expediente D-6063)<sup>179</sup>.

**TIPICIDAD (EN EL DERECHO DISCIPLINARIO):** “...la Corte ha dicho: ... ‘Dentro de los principios que rigen el derecho disciplinario, está sin duda el de la tipicidad, que exige que la conducta del servidor público que la ley erige como falta sea previamente definida por el legislador, así como la sanción correspondiente. En efecto, la Corte en reiterada jurisprudencia ha establecido que los principios del derecho penal general se aplican mutatis mutandi al derecho administrativo disciplinario, toda vez que los mismos son garantía de los derechos fundamentales de la persona investigada (Cf. Corte Constitucional Sentencias T-438/92, C-195/93, C-708 de 1999, C - 280 de 1996 entre otras, y Corte Suprema de Justicia. Sentencia No. 17 del 7 de marzo de 1985. MP Manuel Gaona Cruz).

*‘No obstante, dicho principio de tipicidad no tiene en el derecho disciplinario la misma connotación que presenta en el derecho penal, en donde resulta ser más riguroso. La razón de ser de esta diferencia, se encuentra en la naturaleza misma de las normas penales y las disciplinarias. En las primeras, la conducta reprimida usualmente es autónoma. En el derecho disciplinario, por el contrario, por regla general los tipos no son autónomos, sino que remiten a otras disposiciones en donde está consignada una orden o una prohibición. Esta diferencia ha sido comentada por la doctrina especializada en los siguientes términos:*

*‘Las normas penales no prohíben ni ordenan nada, sino que se limitan a advertir que determinadas conductas llevan aparejada una pena. Los tipos sancionadores administrativos, por el contrario, no son autónomos sino que se remiten a otra norma en la que se formula una orden o prohibición cuyo incumplimiento supone cabalmente la infracción. Estas normas sustantivas constituyen, por ende, un pretipo, que condiciona y predetermina el tipo de la infracción. Y por ello si se quisiera ser riguroso, la descripción literal de un tipo infractor habría de consistir en la reproducción de la orden o prohibi-*

179 MEJÍA OSSMAN, JAIME Y MEJÍA ACOSTA, KAROLINA, ob., cit., págs., 1006 a 1007.

*ción del pretipo con la advertencia añadida de la sanción que lleva aparejada su incumplimiento, es decir una reproducción de textos en doble tipografía'* (Nieto García, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. Editorial Tecnos. Madrid, 1994. P. 298. Citado por Jaime Ossa Arbeláez en Derecho Administrativo Sancionador, Ed. Legis Bogotá, 2000).

*'Por lo tanto 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' (Cf. Ossa Arbeláez, Jaime Derecho Administrativo Sancionador Ed. Legis Bogotá 2000 pág. 273). 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 (Cf. Sentencias C-127 de 1993 y C-599 de 1999. M. P.: Alejandro Martínez Caballero)."* (Sentencia C- 404 de 2001, M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra). (Negrillas fuera del original). ...". (lo subrayado fuera de texto).

(Corte Constitucional, Sentencia C-431 de mayo 6 de 2004. Demandante: MARCELA PATRICIA JIMÉNEZ ARANGO. Magistrado ponente: MARCO GERARDO MONROY CABRA. Expediente D-4857)<sup>180</sup>.

**TIPICIDAD (EN MATERIA DISCIPLINARIA):** "...La Corte, en varias oportunidades ha reconocido que la tipicidad es un principio rector en materia disciplinaria. Así, en la sentencia C-417/93 (M. P.: José Gregorio Hernández Galindo) expresó la Corte:

(...)

180 MEJÍA OSSMAN, JAIME Y MEJÍA ACOSTA, KAROLINA, ob., cit., págs., 1290 a 1291.

En la sentencia C-280/95 (M. P.: Alejandro Martínez Caballero), expresó:

*‘... No solo las faltas disciplinarias deben estar descritas en norma previa sino que además, la sanción debe estar predeterminada. Debe haber pues certidumbre normativa previa sobre la sanción a ser impuesta’*

Los criterios antes expuestos aparecen reiterados en la sentencia C-310/97 (M. P.: Carlos Gaviria Díaz) en la cual se dijo:

*‘...el derecho disciplinario es una modalidad de derecho sancionatorio, por lo cual los principios del derecho penal se aplican, mutatis mutandi en este campo, pues la particular consagración de garantías sustanciales y procesales a favor de la persona investigada se realiza en aras del respeto de los derechos fundamentales del individuo en comento, y para controlar la potestad sancionadora del Estado’.*

*‘También ha dicho que ‘uno de los principios esenciales en materia sancionatoria es el de la tipicidad, según el cual las faltas disciplinarias no sólo deben estar descritas en norma previa sino que, además, la sanción debe estar predeterminada’. Dicho principio está consagrado en nuestra Constitución como parte integrante del debido proceso, pues al tenor del artículo 29 de la Constitución, ‘nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa’. ...’.* (Corte Constitucional, Sentencia C-769 de diciembre 10 de 1998. Demandante: CARLOS FERNANDO MUÑOZ CASTRILLÓN. Magistrado ponente: ANTONIO BARRERA CARBONELL. Expediente D-2086). (lo subrayado fuera de texto)<sup>181</sup>.

#### **PRINCIPIO DE TIPICIDAD (EN MATERIAS DISCIPLINARIA Y PENAL):**

“... Acerca del principio de tipicidad en materia disciplinaria la Corte ha explicado:

*‘Adicional a los principios de legalidad y reserva de ley, en el derecho administrativo sancionador, y en concreto, en el derecho disciplinario, de igual manera resulta exigible el principio de tipicidad. De conformidad con esta garantía del debido proceso disciplinario, en materia administrativa, la norma creadora de las infracciones y de las sanciones, debe describir clara, expresa*

181 MEJÍA OSSMAN, JAIME Y MEJÍA ACOSTA, KAROLINA, ob., cit., págs., 1291 a 1292.

e inequívocamente las conductas que pueden ser sancionadas y el contenido material de las infracciones, así como la correlación entre unas y otras.

En esta medida, la Corte ha admitido que mediante el principio de tipicidad ‘se desarrolla el principio fundamental ‘nullum crimen, nulla poena sine lege’, es decir, la abstracta descripción que tipifica el legislador con su correspondiente sanción, debe ser de tal claridad que permita que su destinatario conozca exactamente la conducta punitiva; en principio se debe evitar pues la indeterminación para no caer en una decisión subjetiva y arbitraria (Sentencia C-530 de 2003. M. P.: Eduardo Montealegre Lynett). (lo subrayado fuera de texto).

En todo caso, como previamente se dijo, aunque el principio de tipicidad forme parte de las garantías estructurales del debido proceso en los procedimientos disciplinarios, no es demandable en dicho campo el mismo grado de rigurosidad que se exige en materia penal. En efecto, como ya se señaló, la naturaleza de las conductas reprimidas, los bienes jurídicos involucrados, la teleología de las facultades sancionatorias, los sujetos disciplinables y los efectos jurídicos que se producen frente a la comunidad, hacen que la tipicidad en materia disciplinaria admita -en principio- cierta flexibilidad (Corte Constitucional, sentencia C-818 de 2005. M. P.: Rodrigo Escobar Gil. Aclaración de voto del magistrado Jaime Araújo Rentería. (Se subraya).

En la misma providencia la Corte concluyó:

‘(...) para la Corte no cabe duda alguna que en el ámbito disciplinario los principios de legalidad y tipicidad actúan con menor rigurosidad que en el derecho penal delictivo, pues se admiten bajo determinadas condiciones el uso de tipos abiertos y de conceptos jurídicos indeterminados, a la vez que se le atribuye al juzgador disciplinario una mayor amplitud para adelantar el proceso de adecuación típica de las conductas reprochables. Sin embargo, en aras de preservar el principio de reserva de ley, esta Corporación ha sostenido que es para el legislador un imperativo constitucional fijar en la ley disciplinaria, como mínimo, (i) los presupuestos básicos de la conducta típica que será sancionada, (ii) las remisiones normativas o los elementos determinables cuando se haya previsto un tipo en blanco o un concepto jurídico indeterminado, (iii) los criterios por medio de los cuales se puede precisar con claridad y exactitud la conducta, (iv) las sanciones y las pautas mínimas que permitan su imposición y (v) los procedimientos que se adelanten para garantizar

*que su establecimiento se hará conforme a las exigencias mínimas del debido proceso’ (Corte Constitucional, sentencia C-818 de 2005. M. P.: Rodrigo Escobar Gil. Aclaración de voto del magistrado Jaime Araújo Rentería). (lo subrayado fuera de texto).*

(...)

(Corte Constitucional, Sentencia C-720 de agosto 23 de 2006. Demandante: SANDRA VANEGAS LEAÑO. Magistrada ponente: CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ. Expediente D-5968). (lo subrayado fuera de texto)<sup>182</sup>.

**PRINCIPIO DE TIPICIDAD (EXIGE AL LEGISLADOR LA DEFINICIÓN DE LAS CONDUCTAS REPROBADAS DE MANERA CLARA, CONCRETA E INEQUÍVOCA, DE MODO QUE NO QUEDE DUDA ALGUNA SOBRE EL ACTO, EL HECHO O LA OMISIÓN A LA PROHIBICIÓN): “... Sobre el particular la Corte ha expresado:**

(...)

*Cabe recordar entonces, que el principio de legalidad está integrado a su vez por el principio de reserva legal y por el principio de tipicidad, que por supuesto guardan entre sí una estrecha relación. Por lo tanto, sólo el legislador está constitucionalmente autorizado para consagrar conductas infractoras de carácter delictivo, contravencional o correccional, establecer penas restrictivas de la libertad o sanciones de carácter administrativo o disciplinario, y fijar los procedimientos penales o administrativos que han de seguirse para efectos de su imposición. De acuerdo con el segundo, el legislador está obligado a describir la conducta o comportamiento que se considera ilegal o ilícito, en la forma más clara y precisa posible, de modo que no quede duda alguna sobre el acto, el hecho, la omisión o la prohibición que da lugar a sanción de carácter penal o disciplinario. Igualmente, debe predeterminedar la sanción indicando todos aquellos aspectos relativos a ella, esto es, la clase, el término, la cuantía, o el mínimo y el máximo dentro del cual ella puede fijarse, la autoridad competente para imponerla y el procedimiento que ha de seguirse para su imposición (Ver la Sentencia C-921 de 2001 M. P.: Jaime Araújo Rentería).’ (Sentencia C-406/04 M. P.: Clara Inés Vargas Hernández).*

182 MEJÍA OSSMAN, JAIME Y MEJÍA ACOSTA, KAROLINA, ob., cit., págs., 1015 a 1016.

Esto quiere decir que para poder, legítimamente, aplicar sanciones por parte del Estado (Al respecto debe recordarse que dichos principios se aplican de manera general en el derecho sancionador. Ver Sentencia C-708/99, M. P.: Álvaro Tafur Galvis), y como salvaguarda de la seguridad jurídica de los ciudadanos, debe respetarse dicha garantía fundamental del debido proceso, destinada a ‘proteger la libertad individual, controlar la arbitrariedad judicial y asegurar la igualdad de todas las personas ante el poder punitivo estatal’ (Ver Sentencia C-653/01 M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa). ...”.

(Corte Constitucional, Sentencia C-507 de julio 6 de 2006. Demandante: MIGUEL ARCÁNGEL VILLALOBOS CHAVARRO. Magistrado ponente: ÁLVARO TAFUR GALVIS. Expediente D-6063). (lo subrayado fuera de texto)<sup>183</sup>.

**PRINCIPIO DE TIPICIDAD (EXIGE LA DELIMITACIÓN CONCRETA DE LAS CONDUCTAS REPROCHABLES A EFECTOS DE SU SANCIÓN):** “...El principio de tipicidad exige la delimitación concreta de las conductas reprochables a efectos de su sanción. De conformidad con esta garantía del debido proceso disciplinario, la norma creadora de las infracciones y de las sanciones, debe describir clara, expresa e inequívocamente las conductas que pueden ser sancionadas, el contenido material de las infracciones, así como la correlación entre unas y otras. La abstracta descripción de la conducta que tipifica el legislador como falta disciplinaria, con su correspondiente sanción, debe ser de tal claridad que permita que su destinatario conozca exactamente la conducta punitiva; este principio proscribe la indeterminación en la tipificación de la conducta y la sanción, en razón a que ello propicia decisiones subjetivas y arbitrarias. (Sentencia C-530 de 2003. M. P.: Eduardo Montealegre Lynett).

Si bien la jurisprudencia ha admitido que en el derecho disciplinario pueda presentarse un menor grado de precisión en la descripción de las conductas sometidas a sanción, y bajo tal consideración, en algunos eventos, ha considerado admisibles los ‘tipos abiertos’ y ‘los conceptos jurídicos indeterminados’, ello solo es factible *siempre y cuando puedan tener un carácter determinable al momento de su aplicación*, de manera que sea posible concretar la hipótesis normativa (Sentencia C-818 de 2005).

183 MEJÍA OSSMAN, JAIME Y MEJÍA ACOSTA, KAROLINA, ob., cit., pág., 1017.

En el caso de los denominados tipos abiertos, la norma disciplinaria remite a un complemento *normativo* integrado por todas las disposiciones en las que se consagren deberes, mandatos y prohibiciones que resulten aplicables a los servidores públicos. De tal manera que en tales eventos, la tipicidad en las infracciones disciplinarias se determina por la lectura sistemática de la norma que establece la función, la orden o la prohibición y aquella otra que de manera genérica prescribe que el incumplimiento de tales funciones, órdenes o prohibiciones constituye una infracción disciplinaria. (Sentencia C-404 de 2001. M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra). (el subrayado fuera de texto).

En el caso de los ‘conceptos jurídicos indeterminados’, su concreción no se encuentra librada a la libre escogencia por parte del intérprete. *‘Dichos conceptos lejos de permitir a su interprete escoger libremente por una determinada opción que se considere justa y válida, se encuentran sujetos a una única solución frente al asunto planteado, pues el mismo ordenamiento jurídico a través de los distintos métodos de interpretación, le impone al mismo dicha decisión.’* (Sentencias C- 818 de 2005; C- 371 de 2002). (Se destaca).

Tal concreción, no responde a una apreciación discrecional del operador jurídico, si no que se encuadra dentro de los parámetros de valor o de experiencia que han sido incorporados al ordenamiento jurídico y de los cuales el operador jurídico no puede apartarse (Cfr. Sentencia C-371 de 2002). (el subrayado fuera de texto).

Las expresiones usadas por el legislador en el numeral 10 del artículo 34, y en el numeral 18 del artículo 35 de la Ley 1015 de 2006, que erigen en falta disciplinaria, la comisión de conducta delictuosa (gravísima), o contravencional (grave) *‘que empañe, o afecte el decoro, la dignidad, la imagen, la credibilidad, el respeto o el prestigio de la institución’, no se adecúan a ninguna de las técnicas mencionadas con antelación, en cuanto no remite a otros complementos normativos, ni responde a parámetros de valor o de la experiencia que hayan sido incorporados al ordenamiento jurídico, con algún nivel de consistencia y certidumbre. Por el contrario se trata de expresiones que admiten multiplicidad de contenidos, que dependen de las concepciones y los cánones individuales del intérprete sobre lo que para él significa ‘el decoro, la dignidad, la imagen, la credibilidad o el prestigio’ de una institución. La expresión empaña ‘Quitar la tersura, brillo o diafanidad./ Oscurecer o manchar el honor o la fama, amen- guar el mérito o la gloria de una persona o de una acción’.* (Diccionario de la

*Real Academia Española, Madrid, 1992, Tomo I , Pág. 808).* Núcleo rector de las conductas disciplinarias examinadas, describe una acción carente de idoneidad para afectar el interés jurídico de la función pública.

Estas expresiones, incorporan conceptos vagos e imprecisos, que pueden fluctuar al vaivén de las convicciones y opiniones personales del intérprete, y adicionalmente no concretan una real afectación del deber funcional como presupuesto de legitimación del injusto disciplinario. La primera objeción estructura una violación al principio de legalidad en materia sancionatoria en su dimensión de necesidad de ley previa, estricta y precisa, en tanto que la segunda objeción, configura una trasgresión al principio de lesividad o ilicitud sustancial (capacidad de afectación de la función pública) que debe orientar las conminaciones disciplinarias. Una y otra se proyectan en una violación del principio de reserva legal de las faltas disciplinarias, en tanto que la ambigüedad y la falta de precisión de las expresiones examinadas conduce a que sea el intérprete y no el legislador quien determine el contenido de la hipótesis normativa.

Las expresiones ‘*que empañe o afecte el decoro, la dignidad, la imagen, la credibilidad, el respeto y el prestigio*’ referidas a la institución policial, dado su grado de indeterminación, crean la posibilidad de que se sancionen conductas inocuas, es decir carentes de idoneidad para afectar la eficacia, eficiencia y la corrección de la función pública, y en particular los fines de la actividad policial. Así mismo despoja la falta disciplinaria de los atributos de precisión y taxatividad que la deben caracterizar. Esto refleja un desconocimiento, por parte del legislador, de los límites constitucionales contenidos en los artículos 6º, 29, y 218 de la Carta, que deben guiar el ejercicio de la potestad de configuración en materia disciplinaria, lo que conduce a su inexequibilidad y así lo declarará la Corte en la parte resolutive de esta sentencia. (lo subrayado fuera de texto).

(...)

(Corte Constitucional, Sentencia C-097 de febrero 14 de 2007. Demandante: CÉSAR AUGUSTO OSPINA MORALES. Magistrada ponente: CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ. Expediente D-6374)<sup>184</sup>.

184 MEJÍA OSSMAN, JAIME Y MEJÍA ACOSTA, KAROLINA, ob., cit., págs., 1018 a 1019.



**PRINCIPIO DE TIPICIDAD (EXIGE QUÉ PARTE DE LA DISPOSICIÓN REQUIERE COMPLETARSE CON OTROS PRECEPTOS JURÍDICOS Y SI ES POSIBLE EFECTIVAMENTE COMPLETAR LA NORMA CUESTIONADA A PARTIR DE LA LECTURA DE LAS NORMAS A LAS QUE SE REMITE):** “... De las consideraciones anteriores se desprende entonces que las normas disciplinarias tienen un complemento normativo compuesto por disposiciones que contienen prohibiciones, mandatos y deberes, al cual debe remitirse la autoridad disciplinaria para imponer las sanciones correspondientes, circunstancia que sin vulnerar los derechos de los procesados (Sobre la vigencia del sistema de tipos abiertos en el ámbito disciplinario y su respeto del debido proceso Ver, entre otras, la Sentencia C-181/02 M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra) permite una mayor adaptación del derecho disciplinario a sus objetivos (Ver Sentencia C-948/02 M. P.: Álvaro Tafur Galvis).

Así mismo cabe reiterar que como se señaló en la Sentencia C-343 de 2006 (M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa S.V. Jaime Araújo Rentería) la remisión normativa (La Corte ha dicho que el acto de remitir consiste en ‘*indicar en el texto de la ley proferida otro lugar distinto, que puede ser dentro de la misma norma u otro texto cualquiera, donde consta lo que atañe al punto tratado*’. Sentencia C-710 de 2001. M. P.: Jaime Córdoba Triviño) como técnica legislativa no es per se inconstitucional cuando se analiza desde la perspectiva del principio de tipicidad, puesto que es preciso verificar qué parte de la disposición en cuestión requiere completarse con otros preceptos jurídicos y si es posible efectivamente completar la norma cuestionada a partir de la lectura de las normas a las que se remite. (lo hasta aquí subrayado fuera de texto). Por tanto, no es posible inferir del principio de tipicidad que una remisión que el mismo legislador hace a otro contenido normativo sea de suyo inexecutable. (Sentencia C-710 de 2001. M. P.: Jaime Córdoba Triviño. En esta sentencia, la Corte declaró executable el parágrafo 3° del artículo 85 de la Ley 99 de 1993 ‘*respecto a los cargos formulados y siempre que se entienda la expresión al estatuto que lo modifique o sustituya como una facultad que a futuro solo puede ejercer el legislador*’, que dispone ‘Parágrafo 3. Para la imposición de las medidas y sanciones a que se refiere este artículo se estará al procedimiento previsto por el Decreto 1594 de 1984 o al estatuto que lo modifique o sustituya’. En el mismo sentido, la Corte en sentencia C-853 de 2005 (M. P.: Jaime Córdoba Triviño. S.V.: Alfredo Beltrán Sierra.) afirmó que ‘En efecto, en ejercicio de la cláusula general de competencia el Congreso puede acudir a la figura del reenvío de normas siempre que ella sea clara y se refiera a un

texto o textos definidos. Así mismo, para que una remisión sea ajustada a la Constitución no se requiere que ella se refiera a un texto legal en sentido estricto o formal, pues son admisibles las remisiones hechas a otra norma del orden jurídico' (subraya por fuera del texto original en palabras de la Corte).

No obstante, como en la misma sentencia se precisó, para que la remisión sea constitucional, la disposición que la efectúa ha de comprender unos contenidos mínimos que le permitan al intérprete y ejecutor de la norma identificar un determinado cuerpo normativo sin que al respecto haya lugar a ambigüedades ni a indeterminaciones (Sentencia C-710 de 2001. M. P.: Jaime Córdoba Triviño).

Además, es necesario que las normas a las que se remite contengan, en efecto, los elementos que permiten definir con precisión y claridad la conducta sancionada, de forma tal que su aplicación se realice con el respeto debido al principio de tipicidad.

Adicionalmente, a las personas no se les puede aplicar una descripción de la conducta sancionada efectuada con posterioridad a la realización de la misma, porque ello desconocería el principio de *lex praevia* (Ver Sentencia C-343/06 M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa S.V. Jaime Araújo Rentería). ...". (Corte Constitucional, Sentencia C-507 de julio 6 de 2006. Demandante: MIGUEL ARCÁNGEL VILLALOBOS CHAVARRO. Magistrado ponente: ÁLVARO TAFUR GALVIS. Expediente D-6063). (lo subrayado fuera de texto)<sup>185</sup>.

**TIPICIDAD (Y FALTAS DESCRITAS EN NORMA PREVIA):** "...También ha dicho que 'uno de los principios esenciales en materia sancionatoria es el de la tipicidad, según el cual las faltas disciplinarias no sólo deben estar descritas en norma previa sino que, además, la sanción debe estar prede-terminada'. Dicho principio está consagrado en nuestra Constitución como parte integrante del debido proceso, pues al tenor del artículo 29 de la Constitución, 'nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa...'". (Corte Constitucional, Sentencia C-310 de junio 25 de 1997. Demandante: CARLOS MARIO ISAZA SERRANO. Magistrado po-

185 MEJÍA OSSMAN, JAIME Y MEJÍA ACOSTA, KAROLINA, ob., cit., págs., 1023 a 10124.

nente: CARLOS GAVIRIA DÍAZ. Expediente D-1515). (lo subrayado fuera de texto)<sup>186</sup>.

**TIPICIDAD, ANTIJURIDICIDAD Y CULPABILIDAD (COMO PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL SE APLICAN EN EL DERECHO DISCIPLINARIO):** “...Así pues, los principios del debido proceso, legalidad, favorabilidad, presunción de inocencia, igualdad ante la ley, reconocimiento de la dignidad humana, resolución de la duda en favor del disciplinado, entre otros, se muestran como rectores del proceso disciplinario en general (Ver la Sentencia C-310/97, M. P.: Dr. Carlos Gaviria Díaz). Así mismo, dada la utilización extensiva de algunos de los elementos singulares del derecho penal sustantivo y procesal, resultan aplicables en el derecho disciplinario los principios atinentes a la tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y proporcionalidad de la sanción, con las adaptaciones convenientes a la finalidad ya señalada de este régimen. ...”. (Corte Constitucional, Sentencia C-708 de septiembre 22 de 1999. Demandante: JORGE LUIS PABÓN APICELLA. Magistrado sustanciador: ÁLVARO TAFUR GALVIS. Expediente D-2329). (lo subrayado fuera de texto)<sup>187</sup>.

**TIPICIDAD DEL DERECHO SANCIONADOR (SE APLICA AL DERECHO DISCIPLINARIO):** “... en la reciente Sentencia C-252-03, M. P. Jaime Córdoba Triviño, expuso:

‘(...)

*‘...Así, el derecho disciplinario es uno de los ámbitos del derecho sancionador del Estado cuyo ejercicio no compromete la libertad personal de los sujetos disciplinados; que tiene un espacio de aplicación restringido en cuanto tan sólo recae sobre quienes se hallan bajo el efecto vinculante de deberes especiales de sujeción; que formula una imputación que se basa en la infracción de deberes funcionales y en el que se aplican los principios que regulan el derecho sancionador como los de legalidad, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, responsabilidad, proporcionalidad y non bis in ídem, entre otros, pero, desde luego, con las matizaciones impuestas por su específica naturaleza’...*”. (Corte Constitucional, Sentencia C-014 de enero 20 de 2004. Demandante:

186 MEJÍA OSSMAN, JAIME Y MEJÍA ACOSTA, KAROLINA, ob., cit., pág., 1293.

187 MEJÍA OSSMAN, JAIME Y MEJÍA ACOSTA, KAROLINA, ob., cit., pág., 1295.

JAVIER ALEJANDRO ACEVEDO. Magistrado ponente: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO. Expediente D-4560). (lo subrayado fuera de texto)<sup>188</sup>.

**TIPICIDAD EN EL DERECHO PENAL DELICTIVO Y EN EL DERECHO SANCIONATORIO (DIFERENCIAS):** “... Al respecto la Corporación ha afirmado que las diferencias principales que se encuentran entre la tipicidad en el derecho penal delictivo y en el derecho sancionatorio disciplinario, básicamente aluden a i) la precisión con la cual deben estar definidas las conductas en las normas disciplinarias y concretamente la posibilidad de establecer tipos disciplinarios en blanco y ii) la amplitud que goza la autoridad disciplinaria para adelantar el proceso de adecuación típica de las conductas disciplinarias en los procedimientos sancionatorios (Ver Sentencia C-818/05 M. P.: Rodrigo Escobar Gil A.V. Jaime Araújo Rentería).

3.4.2.2.1 En cuanto a la primera diferencia, esta Corporación ha reconocido que en el ámbito del proceso disciplinario son admisibles las faltas disciplinarias que consagren ‘tipos abiertos’ concepto jurídico que alude a aquellas infracciones disciplinarias que ante la imposibilidad del legislador de contar con un listado detallado de comportamientos que se subsumen en las mismas, remiten a un complemento normativo, integrado por todas las disposiciones en las que se consagren deberes, mandatos y prohibiciones que resulten aplicables a los servidores públicos. Así, la tipicidad en las infracciones disciplinarias se determina por la lectura sistemática de la norma que establece la función, la orden o la prohibición y aquella otra que de manera genérica prescribe que el incumplimiento de tales funciones, órdenes o prohibiciones constituye una infracción disciplinaria (Ver Sentencia C-404 de 2001. M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra. En el mismo sentido ver sentencia C-818/05 M. P.: Rodrigo Escobar Gil A.V. Jaime Araújo Rentería).

La razón que fundamenta la admisibilidad de los ‘tipos abiertos’ en el derecho disciplinario radica en la necesidad de salvaguardar el principio de eficiencia de la función pública (C.P. art. 209). Esta Corporación ha reconocido que exigir una descripción detallada en la ley disciplinaria de todos los comportamientos susceptibles de sanción, conduciría en la práctica a tener que transcribir todo el catálogo de deberes, mandatos y prohibiciones que se imponen a los servidores públicos en las distintas normas jurídicas, traducién-

188 MEJÍA OSSMAN, JAIME Y MEJÍA ACOSTA, KAROLINA, ob., cit., pág., 1295.

dose dicha exigencia en un obstáculo para la realización coherente, ordenada y sistemática de la función disciplinaria y de las finalidades que mediante ella se pretenden, cuales son, ‘la prevención y buena marcha de la gestión pública, así como la garantía del cumplimiento de los fines y funciones del Estado’ (Sentencia C-948 de 2002. M. P.: Álvaro Tafur Galvis).

(...)

Además, es necesario que las normas a las que se remite contengan, en efecto, los elementos que permiten definir con precisión y claridad la conducta sancionada, de forma tal que su aplicación se realice con el respeto debido al principio de tipicidad.

(...)

*Aun cuando a juicio del actor, el señalamiento de esos criterios para definir sobre el nivel de lesión que puedan llegar a soportar los bienes jurídicos protegidos por la ley disciplinaria, pueda parecer amplio, el mismo no deja de ser expreso, preciso, cierto y previo ante las conductas que por comisión u omisión, constituyen infracciones disciplinarias, pues es de la competencia del legislador configurar el tipo disciplinario en forma genérica, con cierto grado de indeterminación y sin recabar en precisiones exageradas de los elementos que lo estructuran, mediante el uso de parámetros generales de las conductas dignas de desaprobación, para efectos de su encuadramiento típico.*

*Con base en lo anterior, es de anotar como peculiaridad propia del derecho disciplinario, la posibilidad de que las conductas constitutivas de faltas disciplinarias se encuadren en la forma de tipos abiertos. A diferencia de la materia penal, en donde la descripción de los hechos punibles es detallada, en la disciplinaria el fallador cuenta con un mayor margen de valoración e individualización de las faltas sancionables por la diversidad de comportamientos que pugnan contra los propósitos de la función pública y del régimen disciplinario*

(...)

De manera pues que, no todas las faltas disciplinarias afectan gravísimamente los bienes jurídicos protegidos por el régimen disciplinario;

*de ahí que, a partir de la valoración de los diversos niveles de lesión, el legislador, como resultado del ejercicio de sus facultades, apoyado en la intensidad de afectación que observe en esos bienes jurídicos por cada una de tales faltas y siguiendo la gravedad del injusto, tenga la potestad de crear y clasificar las conductas tipificadas como infractoras, en formas atenuadas o agravadas para efectos de la imposición de la sanción.*

(...)

*Las anteriores consideraciones llevan a esta Sala a concluir que cuando el legislador consagró una clasificación de las faltas disciplinarias entre graves y leves en el artículo 27 de la Ley 200 de 1995, acusado, y estableció unos criterios con base en los cuales el investigador disciplinario deba definir sobre la responsabilidad final en materia disciplinaria de los servidores públicos, para efectos de aplicar la correspondiente sanción, lo hizo atendiendo a los postulados generales de los regímenes punitivos aceptados por el ordenamiento constitucional, en la forma vista, con claro desarrollo de las facultades legislativas en materia de definición de la responsabilidad disciplinaria de los funcionarios públicos, dentro de lo cual, es evidente que la misma puede ser graduada de conformidad con el nivel de culpabilidad con que se actúa y la intensidad de la lesión que se produzca en los bienes jurídicos protegidos con la ley disciplinaria’ (Sentencia C-708/99 M. P.: Álvaro Tafur Galvis).*

(...)

3.4.3 De todo la anterior se desprende, como ya lo ha señalado la Corte, que en el ámbito disciplinario los principios de reserva de ley y tipicidad actúan con menor rigurosidad que en el derecho penal delictivo, pues se admiten en determinadas condiciones, el uso de tipos abiertos, a la vez que se le atribuye al juzgador disciplinario una mayor amplitud para adelantar el proceso de adecuación típica de las conductas reprochables.

(...)”.

(Corte Constitucional, Sentencia C-507 de julio 6 de 2006. Demandante: MIGUEL ARCÁNGEL VILLALOBOS CHAVARRO. Magistrado ponente-

te: ÁLVARO TAFUR GALVIS. Expediente D-6063). (lo subrayado fuera de texto)<sup>189</sup>.

**TIPICIDAD PENAL (TIENE CABIDA EN LOS REGÍMENES SANCIONATORIOS):** “...La concordancia que un régimen disciplinario pueda tener con ese mandato constitucional, en lo que a la determinación de las faltas disciplinarias se refiere, requiere dar cabida a los principios propios de los regímenes sancionatorios en lo relacionado con la valoración de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad...”. (lo subrayado fuera de texto). (Corte Constitucional, Sentencia C-708 de septiembre 22 de 1999. Demandante: JORGE LUIS PABÓN APICELLA. Magistrado sustanciador: ÁLVARO TAFUR GALVIS. Expediente D-2329)<sup>190</sup>.

**TIPICIDAD (Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES PROPIAS DEL PROCESO PENAL EN EL DERECHO DISCIPLINARIO).** “... En el ámbito del derecho disciplinario tienen aplicación, en lo pertinente, las garantías constitucionales propias del proceso penal, por tratarse de una manifestación administrativa del poder sancionador del Estado; entre ellas el principio de tipicidad, que constituye una manifestación del principio constitucional de legalidad”. (Decisión reiterada en las Sentencias C-507 y C-720 de 2006). (lo subrayado fuera de texto). Corte Constitucional, Sentencia de Tutela – 1093 de 2004. Magistrado ponente. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.

**FALTAS DISCIPLINARIAS (DEBEN ESTAR DESCRITAS EN NORMA PREVIA):** “... La Corte, en varias oportunidades ha reconocido que la tipicidad es un principio rector en materia disciplinaria. Así, en la sentencia C-417/93 (M. P.: José Gregorio Hernández Galindo) expresó la Corte:

*‘Las faltas disciplinarias son definidas anticipadamente y por vía general en la legislación y corresponden a descripciones abstractas de comportamientos que, sean o no delitos, enturbian, entorpecen o desvirtúan la buena marcha de la función pública en cualquiera de sus formas, lo que hace que las mismas disposiciones que las consagran estatuyan, también con carácter previo, los correctivos y sanciones aplicables a quienes incurran en aquellas. Según las*

189 MEJÍA OSSMAN, JAIME Y MEJÍA ACOSTA, KAROLINA, ob., cit., págs., 1296 a 1302.

190 MEJÍA OSSMAN, JAIME Y MEJÍA ACOSTA, KAROLINA, ob., cit., pág., 1303.

voces del artículo 124 de la Constitución, “la ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva’.

En la sentencia C-280/95 (M. P.: Alejandro Martínez Caballero), expresó:

*‘... No solo las faltas disciplinarias deben estar descritas en norma previa sino que además, la sanción debe estar predeterminada. Debe haber pues certidumbre normativa previa sobre la sanción a ser impuesta’.*

Los criterios antes expuestos aparecen reiterados en la sentencia C-310/97 (M. P.: Carlos Gaviria Díaz) en la cual se dijo:

*‘...el derecho disciplinario es una modalidad de derecho sancionatorio, por lo cual los principios del derecho penal se aplican, mutatis mutandi en este campo, pues la particular consagración de garantías sustanciales y procesales a favor de la persona investigada se realiza en aras del respeto de los derechos fundamentales del individuo en comento, y para controlar la potestad sancionadora del Estado’.*

*‘También ha dicho que ‘uno de los principios esenciales en materia sancionatoria es el de la tipicidad, según el cual las faltas disciplinarias no sólo deben estar descritas en norma previa sino que, además, la sanción debe estar predeterminada’. Dicho principio está consagrado en nuestra Constitución como parte integrante del debido proceso, pues al tenor del artículo 29 de la Constitución, ‘nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa’...’.* (lo subrayado fuera de texto). (Corte Constitucional, Sentencia C-769 de diciembre 10 de 1998. Demandante: CARLOS FERNANDO MUÑOZ CASTRILLÓN. Magistrado ponente: ANTONIO BARRERA CARBONELL. Expediente D-2086)<sup>191</sup>.

*La conducta culposa en materia disciplinaria. El Código Disciplinario Único expresa en su artículo 13 que: “En materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva. Las faltas solo son sancionables a título de dolo o culpa”* (El subrayado y las letras inclinadas son nuestras).

191 MEJÍA OSSMAN, JAIME Y MEJÍA ACOSTA, KAROLINA, ob., cit., págs., 459 a 460.



Con base en la definición contenida en la norma transcrita, es de vital importancia entender que para deducir la responsabilidad del indagado, investigado o del disciplinado se debe probar la culpa como principio y elemento subjetivo de la culpabilidad. Por ello, es frecuente escuchar en los medios académicos que se está en presencia de una conducta culposa cuando la misma se encuentre de manera expresa descrita como tal en la ley preexistente al momento del actuar típico, como lo indica acertadamente el artículo 21 del Código Penal (Ley 599 de julio 24 de 2000), el cual en esa opinión se aplica en el campo disciplinario<sup>192</sup>, de un lado por mandato de los artículos 21 de la Ley 734 de febrero 5 de 2002 (aplicable a las Fuerzas Militares y a la Policía Nacional), de otra parte por orden del artículo 375 del Decreto 100 de enero 23 de 1980 (Código Penal), que quedó vigente por interpretación del artículo 474 de la Ley 599 de julio 24 de 2000 (Código Penal), por no ser norma consagratória “de prohibiciones y mandatos penales”; por otro lado por la posición que asumió la Corte Constitucional al considerar que el derecho disciplinario era parte del derecho sancionatorio, penal o punitivo del Estado y finalmente por lo expresado por el Consejo Superior de la Judicatura en su providencia de agosto 24 de 1995 en la cual acepta que las conductas disciplinarias son esencialmente dolosas. En efecto, los artículos 21 de la Ley 734 de febrero 5 de 2002, 21 de la Ley 599 de julio 24 de 2000, 375 del Decreto 100 de enero 23 de 1980 y el artículo 474 del Estatuto Penal de 2000, señalan:

*Artículo 21. Ley 599 de julio 24 de 2000 (Nuevo Código Penal). “... La culpa y la preterintención solo son punibles en los casos expresamente señalados por la ley.” (El subrayado y las letras inclinadas son nuestras).*

*Artículo 21. Ley 734 de julio 24 de 2002 (Código Disciplinario Único). “Aplicación de principios e integración normativa. En la aplicación del régimen disciplinario prevalecerán los principios rectores contenidos en esta ley y en la Constitución Política. En lo no previsto en esta ley se aplicarán los tratados internacionales sobre derechos humanos y los convenios internacionales de la OIT ratificados por Colombia, y lo dispuesto en los códigos Contencioso Administrativo, Penal, de Procedimiento Penal y de Procedimiento Civil en lo*

192 Coherencia que también la permite el artículo 4º de la Ley 734 de febrero 5 de 2002 y el artículo 3º de las Leyes 836 de julio 16 de 2003 y 1015 de febrero 7 de 2006, ya que sus destinatarios “sólo serán investigados y sancionados disciplinariamente por comportamientos que estén descritos como falta en la ley vigente al momento de su realización”.

que no contravengan la naturaleza del derecho disciplinario". (El subrayado y las letras inclinadas son nuestras).

Artículo 375. Decreto 100 de enero 23 de 1980 (Código Penal). "Aplicación extensiva de este Código. Las disposiciones contenidas en el Libro Primero de este Código se aplicarán también a las materias penales de que tratan otras leyes o normas, siempre que estas no dispongan otra cosa."(El subrayado y las letras inclinadas son nuestras).

Artículo 474. Ley 599 de julio 24 de 2000 (Nuevo Código Penal). "Deróganse el Decreto 100 de 1980 y demás normas que lo modifican y complementan, en lo que tiene que ver con la consagración de prohibiciones y mandatos penales." (El subrayado y las letras inclinadas son nuestras).

Así mismo, la Jurisprudencia de las Cortes, expresan:

Corte Constitucional. Sentencia T-438 de julio 1 de 1992. Magistrado ponente: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

"... El peticionario fue sancionado por el Ministerio Público, en ejercicio del poder disciplinario. El derecho disciplinario que respalda este poder está compuesto por un conjunto de normas y principios jurídicos que permiten imponer sanciones a los servidores públicos cuando éstos violan sus deberes, obligaciones o incurrir en vulneración de las prohibiciones e incompatibilidades que para ellos ha establecido la ley.

Este tipo de responsabilidad ha dado lugar a la formación de una rama del derecho administrativo llamada 'derecho administrativo disciplinario'. Un amplio sector de la doctrina, si bien admite la diferenciación entre la responsabilidad civil, penal y disciplinaria, encuentra que la sanción disciplinaria debe sujetarse a los principios y garantías propias del derecho penal (entre ellos el de culpabilidad, desde el punto de vista de su concepción). Según esta interpretación, el derecho disciplinario es una modalidad del derecho penal, y en su aplicación debe observarse las mismas garantías y los mismos principios que informan el derecho penal. La naturaleza esencialmente sancionatoria de ambos derechos hace que las garantías del derecho más general (el penal) sean aplicables también a ese otro derecho, más especializado pero igualmente sancionatorio, que es el derecho disciplinario. Tanto el de-

recho penal como el administrativo disciplinario emplean las penas como el principal mecanismo de coacción represiva. *Todos los principios y garantías propias del derecho penal se predicán también del disciplinario.* Esta situación ha llevado a considerar que el término derecho penal es impropio (pues existen, como se ve, varios derechos penales) y empieza a hacer carrera la revitalización del término ‘derecho criminal’ para referirse al derecho de los delitos propiamente dichos. (El subrayado, las letras inclinadas y las negrillas fuera de texto).

Expertos como el profesor JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA afirman:

*‘El derecho disciplinario amenaza sanciones administrativas a quienes violan los especiales deberes de lealtad y rectitud que por una investidura pública les vienen impuestos. Al aplicarlo (aunque sea por medio del otorgamiento de esta función administrativa a ciertos órganos de la jurisdicción), el Estado procede, dice algún autor, como un patrón especial, no como soberano. En general, el ilícito disciplinario se encuentra definido en tipos más abiertos y las sanciones pueden ser a veces discrecionales. En él no hay nada de peligrosidad. Por lo general, la sanción disciplinaria no es incompatible con la penal propiamente dicha, salvo cuando la deslealtad o deshonestidad del funcionario o empleado público es elemento del tipo penal, pues entonces se violaría el principio non bis in ídem.’* (FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN. Derecho Penal Fundamental Tomo I).

Todo lo anterior lleva a la conclusión inequívoca de que este derecho disciplinario, que es, en últimas un derecho penal administrativo, *debe aplicarse con la observancia debida a los principios del derecho penal común* (el subrayado, las negrillas y las letras inclinadas fuera de texto). Debe aplicarse directamente el art. 375 del Código Penal, que establece:

*‘Las disposiciones contenidas en el Libro Primero de este Código se aplicarán también a las materias penales de que tratan otras leyes o normas, siempre que éstas no dispongan otra cosa’.*

En consecuencia, se debe entender que ‘materias penales’ no es equivalente a ‘materias criminales’, sino a materias en las que se apliquen penas, y se debe entender el término ‘penas’ en un sentido amplio, como cualquier represión estatal formalizada. Si no se aceptare la aplicación directa de este precepto

en el derecho disciplinario, *cabría en todo caso la aplicación analógica del mismo*, por la similitud en la naturaleza de las normas. En todo caso, la misma Constitución permite hacer esta interpretación, *pues en el artículo 29 generaliza las normas del debido proceso a toda clase de actuaciones judiciales o administrativas*.

Si *al derecho disciplinario se le aplican los principios generales del derecho penal*, es claro que en el caso concreto que hoy ocupa a esta Sala, la Procuraduría violó uno de esos principios generales: el principio de la favorabilidad”. (el subrayado, las negrillas y las letras inclinadas fuera de texto).

Corte Constitucional. Sentencia T-581 de noviembre 11 de 1992. Magistrado ponente: CIRO ANGARITA BARÓN (q.e.p.d.).

*“... La Constitución del 91 extendió la garantía del debido proceso a todo tipo de actuaciones administrativas sancionatorias, que en la anterior Carta solo era propia de los procesos judiciales.*

Lo anterior, obedece al ánimo del Constituyente de dotar a los colombianos de una Carta de derechos lo más completa posible, cuya *finalidad en últimas, es convertir a la persona humana en el centro y principal protagonista del nuevo ordenamiento jurídico*.

En consonancia con lo anterior, *los principios que estructuran el debido proceso* – legalidad de los delitos, las penas y el juez competente, la aplicación de la ley más favorable, aún cuando sea posterior, el derecho a la defensa, la presunción de inocencia etc. *–se constituyen en pilar fundamental de las actuaciones administrativas–*.

En la Asamblea Nacional Constituyente se hizo claridad sobre este punto en los siguientes términos:

*‘El carácter del órgano que impone una sanción no altera la naturaleza del acto punitivo. Ciertamente, ninguna diferencia ontológica<sup>193</sup> se aprecia entre las sanciones impuestas por el órgano jurisdiccional y aquellas que son producto de una decisión administrativa, como quiera que unas y otras afectan*

193 Sobre las propiedades trascendentales del derecho.

*intereses esenciales de las personas, como su libertad personal o su patrimonio económico.*

No obstante, sin razón válida para ello, se ha venido planteando por un sector de la doctrina, que la responsabilidad que emana de las contravenciones administrativas es de carácter estrictamente objetivo y que, de otra parte, los principios fundamentales del derecho penal no se hacen extensivos al ejercicio de la actividad punitiva por parte de órganos diferentes a la Rama Jurisdiccional, cuando se ocupa de reprimir delitos.

(...)

*Toda infracción merecedora de reproche punitivo tiene, como bien lo recuerda la Corte, una misma naturaleza, como idénticas son las consecuencias, no obstante que provenga de una autoridad administrativa o jurisdiccionales o las formales diferencias en los trámites rituales. Por consiguiente, los principios que rigen el derecho punitivo de los delitos, incluyendo el de la culpabilidad, deben, necesariamente, hacerse extensivos a las restantes disciplinas sancionatorias en las que no ha existido un desarrollo doctrinal adecuado sobre esta materia. Que solo el derecho penal involucre intereses esenciales del individuo, es un postulado ampliamente rebatido, insuficiente hoy en día para justificar las diferencias en el tratamiento de las diversas clases de sanciones.’ (Se subraya. Cfr. Gaceta Constitucional No. 84, mayo 24 de 1991. Informe del Constituyente HERNANDO LONDOÑO JIMÉNEZ).’*

Corte Constitucional. Sentencia T-097 de marzo 7 de 1994. Magistrado ponente: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

“... El principio de legalidad que inspira el derecho penal y administrativo comprende una doble garantía: la seguridad jurídica y la preexistencia de preceptos jurídicos (lex previa ) que establezcan de manera clara (lex certa ) las conductas infractoras y las sanciones correspondientes. Así sean admisibles en el ámbito administrativo algunas restricciones en el ejercicio de los derechos, dada la especial relación de sujeción del particular frente al Estado —v. gr., existencia de facultades exorbitantes o poder disciplinario—, los principios constitucionales del debido proceso (C.P. art. 29) deben ser respetados en su contenido mínimo esencial, particularmente en lo relativo a los requisitos de legalidad formal y tipicidad.

(...)

Así lo expuso el constituyente HERNANDO LONDOÑO en los debates previos a la aprobación del artículo 29 de la Carta. ‘El carácter del órgano que impone una sanción no altera la naturaleza del acto punitivo. Ciertamente ninguna diferencia ontológica se aprecia entre las sanciones impuestas por el órgano jurisdiccional y aquellas que son producto de una decisión administrativa, como quiera que unas y otras afectan intereses esenciales de la persona, como su libertad personal o su patrimonio económico’. Sobre este particular expresó lo siguiente:

‘Toda infracción merecedora de reproche punitivo tiene, como bien lo recuerda la Corte, una misma naturaleza, como idénticas son las consecuencias, no obstante que provengan de una autoridad administrativa o jurisdiccional o las formales diferencias en los trámites rituales. De consiguiente, los principios que rigen el derecho punitivo de los delitos, incluyendo el de culpabilidad, deben, necesariamente, hacerse extensivos a las restantes disciplinas sancionatorias en las que no ha existido un desarrollo doctrinal sobre esta materia (Gaceta Constitucional, No. 84, p. 8).’” (el subrayado, las negrillas y las letras inclinadas fuera de texto)

Corte Constitucional. Sentencia C-310 de junio 25 de 1997. Magistrado ponente: CARLOS GAVIRIA DÍAZ.

“...Esta Corporación ha reiterado (Sentencias C-195/93, C-280/96, C-306/96, entre otras) que ‘el derecho disciplinario es una modalidad de derecho sancionatorio, por lo cual los principios del derecho penal se aplican, mutatis mutandi en este campo, pues la particular consagración de garantías sustanciales y procesales a favor de la persona investigada se realiza en aras del respeto de los derechos fundamentales del individuo en comento, y para controlar la potestad sancionadora del Estado.’

(...)

Por otra parte, el artículo 14 del Código Disciplinario Único (hoy artículo 13 de la Ley 734 de febrero 5 de 2002), del cual forma parte la norma impugnada, dispone que ‘En materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva y las faltas sólo son sancionables a título de dolo o

culpa.’ Lo cual está acorde con la Constitución, que también ‘proscribe las formas de responsabilidad objetiva y exige un derecho penal de culpabilidad, pues el hecho punible, para ser sancionable, debe ser imputable a la persona como obra suya no sólo de manera objetiva (autoría material) sino también subjetiva (culpabilidad), en cuanto sujeto dotado de dignidad y libertad (CP. arts. 1º y 16)’ (Sentencia C-319/96). Magistrado ponente: VLA-DIMIRO NARANJO MESA)... ”.

Por todo lo anteriormente expuesto, se debe insistir en el pensamiento de algunos académicos, los cuales predicán que en materia disciplinaria, *no debe sancionarse un comportamiento culposo*, cuando no aparezca *tipificado como tal en el Código Disciplinario Único*, so pena de violar los principios de legalidad y de tipicidad, los cuales exigen la previsión y descripción de la conducta y prohíben la sanción de un comportamiento culposo cuando el mismo no está contemplado en forma expresa en la ley<sup>194</sup>.

194 CARLOS MARIO ISAZA SERRANO, en su obra *Derecho Disciplinario – Parte General* -. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez: Bogotá D.C., 1997, páginas 89 a 91, dice:

“... Como formas de culpabilidad se adoptan el dolo y la culpa y se deja de lado la preterintención como propia, exclusivamente, del derecho penal. En cuanto a éstas como contenidos psicológicos de la culpabilidad, el Código Disciplinario Único no las define. Tomando en consideración el mandato de su artículo 18 (hoy 21 de la Ley 734 de febrero 5 de 2002), sobre prevalencia de las normas del Código Penal y Procedimiento Penal, entre otras, en la interpretación y aplicación de aquél, cabe tomar las definiciones que el estatuto de las penas trae, de una y otra, para fijar sus alcances en el delineamiento de las conductas disciplinarias... Sin embargo el Código Disciplinario Único, no incluye norma alguna que disponga sobre el carácter general o excepcional de la sanción de las conductas consideradas como culposas, como sí lo hace el Código Penal. Esta omisión nos lleva al problema de buscar, doctrinalmente, una solución acertada a la configuración de la culpabilidad en la determinación de la responsabilidad disciplinaria para efectos sancionatorios, bajo el marco filosófico y jurídico que más se ajuste a la preceptiva de la Carta Política. ... En el presente caso por tratarse de la figura de la culpabilidad cabe hacer extensivo a la ley disciplinaria, el régimen excepcional de punición para las conductas culposas. Por consiguiente, los comportamientos de esta naturaleza sólo serán punibles en aquellos casos expresamente determinados en la ley disciplinaria. Como esta normatividad no trae una enunciación precisa de cuáles son los tipos contentivos de comportamiento culposos, el operador disciplinario debe colegir esta circunstancia del texto mismo del precepto prohibitivo. ... Cuando se exija una de las formas de la culpa: negligencia, impericia, imprevisión o imprudencia, como elemento subjetivo, el tipo será culposos, en los demás casos será doloso. Es decir, cuando el tipo disciplinario admita, expresamente, como una de las formas de culpabilidad, o como la única: la culpa, determinada esta circunstancia por la existencia de un elemento subjetivo que permita establecerlo así, se debe tomar la precaución de imputar al disciplinado, la comisión de la falta en la modalidad que corresponda, so pena de incurrir en irregularidades sustanciales que dificulten el ejercicio de su derecho a la defensa y vicien de nulidad el proceso. ...”.

Además y para brindar al lector más claridad sobre el tema, el legislador dejó plasmada su voluntad de *respeto al principio de legalidad* de las faltas y de las sanciones, al señalar que *solo serán investigados y sancionados disciplinariamente* sus destinatarios *“en los casos PREVISTOS”* y *“por comportamientos que estén DESCRITOS”*<sup>195</sup> *como falta en la ley vigente al momento de su realización*”, como lo informan los artículos 4° de la Ley 734 de febrero 5 de 2002 y 3° de las Leyes 836 de julio 16 de 2003 y 1015 de febrero 7 de 2006, amén de que el artículo 23 del Código Disciplinario Único, aplicable a los demás regímenes sancionatorios, impone el deber a los competentes de disciplinar cuando se adecue el comportamiento a una falta disciplinaria, la cual se concreta al *incursionar “en cualquiera de las conductas o comportamientos PREVISTOS”*<sup>196</sup> *en este código”, sin dejar de desconocer que el artículo 43 idem prevé que “las FALTAS GRAVÍSIMAS están TAXATIVAMENTE SEÑALADAS EN ESTE CÓDIGO”*<sup>197</sup> ...”. (las negrillas, letras inclinadas y las mayúsculas sostenidas fuera de texto).

En conclusión: algunos tratadistas de esta particular disciplina, piensan que el juez disciplinario al tener la autorización de la Corte Constitucional de que es él *“quien debe establecer cuales tipos disciplinarios admiten la modalidad culposa partiendo de la estructura del tipo, del bien tutelado o del significado de la prohibición”*, como se expresa en la sentencia de constitucionalidad, este juez disciplinario se convierte en un dispensador de justicia arbitrario por autorización expresa del máximo ente rector constitucional, aspecto que algunos doctrinantes lo rechazan, por contrariar al Estado Democrático y Social de Derecho, que no permite que de manera posterior a la realización del comportamiento que constituye falta disciplinaria, se creen tipos disciplinarios a gusto y capricho del sancionador, pues, los destinatarios de la ley disciplinaria, *“solo serán investigados... por comportamientos que estén descritos como falta en*

195 Recuérdese que los comportamientos “descritos” implican la elaboración de una oración gramatical, en la cual se describa la conducta que constituye falta disciplinaria, la cual debe contener: sujeto, objeto, verbo rector, ingredientes normativos o subjetivos, al igual que circunstancias modales, temporales o espaciales.

196 Al estar “descrito” el comportamiento, obviamente se considera que se encuentra “previsto” en la ley disciplinaria”.

197 Lo cual no es cierto, porque si se acepta la teoría de los *numerus apertus*, las tipicidades se aumentan en incalculable número, toda vez que la gran mayoría de las faltas gravísimas admiten modalidades culposas y la inmensa mayoría de los delitos dolosos se importarían como falta disciplinaria y podrían transformarse en comportamientos culposos, tal como lo acepta la Sentencia C-720 de agosto 23 de 2006 con ponencia de CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.



la ley vigente al momento de su realización como lo pregonan el artículo 4 del Código Disciplinario Único; los artículos 3° del Reglamento del Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares y del Régimen Disciplinario para la Policía Nacional y de acuerdo a la ley preexistente como lo ordena nuestra Carta Política.

*Tipicidad, legalidad y los numerales 1°, 30 y 9° de los artículos 48, 58 y 34 de las Leyes 734 de febrero 5 de 2002, 836 de julio 16 de 2003 y 1015 de febrero 7 de 2006.*

Una vez estudiado el principio de legalidad, así como el concepto de tipicidad y antes de abordar este tema que permite aumentar el catálogo de faltas disciplinarias con la conversión de conductas descritas en la ley como delitos, objetivamente calificados como “dolosos”, es muy importante advertir que con estas reflexiones académicas lo que se propone es buscar “respuestas” en ese complejo tema de “reenvío a la ley que describa delitos”, para que el juez disciplinario pueda transformarlos en “faltas disciplinarias”, lo cual obviamente queda claro que fue admitido por el legislador y por la Corte Constitucional dentro del terreno del derecho disciplinario.

En efecto, los numerales 1°, 30 y 9° de los artículos 48, 58 y 34 de las Leyes 734 de febrero 5 de 2002, 836 de julio 16 de 2003 y 1015 de febrero 7 de 2006, anotan:

*Artículo 48 (1°). Ley 734/02. “Faltas gravísimas. Son faltas gravísimas las siguientes:*

1. 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 58 (30). Ley 836/03. “Faltas gravísimas. Son faltas gravísimas:*

30. 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 34 (9°). Ley 1015/06. “Faltas gravísimas. Son faltas gravísimas las siguientes:*

9. Realizar una conducta descrita en la ley como delito, a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo.

De las transcripciones anteriores, podemos destacar:

1. *El artículo 48 numeral 1º de la Ley 734 de febrero 5 de 2002*, fue demandado por JAIME MEJÍA OSSMAN el día 20 de mayo de 2002 y la Corte Constitucional mediante Sentencia C-124 de febrero 18 de 2003 lo declaró *exequible*, siendo Magistrado Ponente JAIME ARAÚJO RENTERÍA. Expediente D-4075. Por tratarse de similar contenido, esta decisión se aplica al numeral 9º del artículo 34 de la Ley 1015 de febrero 7 de 2006.

2. Igualmente el artículo 48 numeral 1º de la Ley 734 de febrero 5 de 2002, también fue demandado por SANDRA VANEGAS LEAÑO y la Corte Constitucional mediante Sentencia C-720 de agosto 23 de 2006 lo declaró *exequible*, con ponencia de CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ. Expediente D-5968. Por tratarse de similar contenido, esta decisión se aplica al numeral 9º del artículo 34 de la Ley 1015 de febrero 7 de 2006.

En esa Sentencia C-720 de agosto 23 de 2006, la Corte Constitucional le permite al juez disciplinario, que una vez transporte como falta al derecho disciplinario el delito calificado como objetivamente doloso, le dé aplicación a la teoría de los *numerus apertus*, para que también le pueda deducir la connotación de “culpa”, al manifestar:

“(…)

Para la Sala es evidente que el Congreso de la República no condicionó la aplicación de la norma sub examine al trámite de un proceso penal y menos aún a la calificación que una autoridad judicial hiciera respecto del comportamiento causante del proceso disciplinario. La disposición atacada obliga al “juez disciplinario” a verificar en la legislación penal si la conducta que ha dado lugar al proceso está descrita objetivamente o tipificada, para posteriormente establecer dentro del proceso a su cargo si la misma conducta fue cometida con dolo o culpa, con el propósito de imponer la respectiva sanción atendiendo a lo dispuesto en el artículo 13 de la ley 734 de 2002 –Código Disciplinario Único–. (Lo subrayado y en negrillas son míos).

(...)”.

3. De la misma manera el artículo 58 numeral 30 de la Ley 836 de julio 16 de 2003, fue demandado por MARCELA PATRICIA JIMÉNEZ ARANGO y la Corte Constitucional mediante Sentencia C-431 de mayo 6 de 2004 lo declaró *exequible*, con ponencia de MARCO GERARDO MONROY CABRA. Expediente D-4857. A diferencia de las motivaciones expresadas por la Corte Constitucional en la demanda instaurada en contra del artículo 48, numeral 1º de la Ley 734 de febrero 5 de 2002, en está expresó:

“... No obstante lo anterior, la Corte recuerda que la denuncia temeraria, esto es la que se formula sin fundamento, puede dar origen a la comisión de un delito castigado por la ley penal o la ley penal militar. Así, una vez establecida la comisión de estos delitos mediante sentencia judicial ejecutoriada, sí es posible derivar de esa conducta una responsabilidad disciplinaria, que devendría de la aplicación del numeral 30 del artículo 58 del Reglamento bajo examen, según el cual es falta 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...*”.

De la misma manera es de gran relevancia considerar lo expresado por la Corte Constitucional, a raíz de la acción de tutela instaurada por JUAN CARLOS CLAROS PINZÓN contra la Procuraduría General de la Nación, expediente D-946111, en donde la Corte Constitucional mediante Sentencia T-1137 de noviembre 11 de 2004, con ponencia de ÁLVARO TAFUR GALVIS, dijo:

“(...)”

En razón de lo expuesto, es dable concluir que no resulta posible disciplinar a un servidor público, a causa de una sentencia condenatoria proferida en su contra, estando pendiente el recurso de casación contra la misma, porque esta Corporación, en sentencia de constitucionalidad y por ende de efectos generales, resolvió que la casación impide la ejecutoria del fallo, de lo que se sigue que quien fue condenado e interpuso el recurso tiene que seguir siendo considerado inocente, amén de que puede actuar en consecuencia y exigir ser considerado como tal, para todos los efectos y mientras se define el recurso.

(...)”.

De la lectura de las sentencias de constitucionalidad que preceden, pareciera que la *Corte Constitucional en la Sentencia C-431 de mayo 6 de 2004* admitiera la “prejudicialidad disciplinaria” cuando se trata de investigar y juzgar descripciones típicas consagradas en la ley como delito sancionables a título de dolo en el caso de los destinatarios del *Reglamento del Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares*.

4. Las disposiciones del *Código Disciplinario Único y del Reglamento del Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares* fueron redactadas en los mismos términos, lo cual no ocurrió con la del Régimen Disciplinario para la Policía Nacional, en cuyo texto desaparecieron las palabras “objetivamente”, “típica”, “consagrada”, “sancionable”, “o abusando del mismo”. Probablemente esta redacción tenga que ver con la tipificación en aquel régimen de la siguiente conducta:

*“Artículo 34. Faltas gravísimas. Son faltas gravísimas las siguientes:*

(...)

“10. Incurrir en la comisión de conducta descrita en la ley como delito, cuando se encuentre en situaciones administrativas tales como: franquicia, permiso, licencia, vacaciones, suspendido, incapacitado, excusado de servicio, o en hospitalización”.

Algunos académicos critican la falta gravísima contenida en el numeral 10 del artículo 34 del Régimen Disciplinario para la Policía Nacional, habida cuenta que muy a pesar de su constitucionalidad (Sentencia C-819 de octubre 4 de 2006, con ponencia de JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO. Expediente D-6234), la conducta que así se sancione, se haría con independencia de la función.

5. Dentro de las leyes que describen delitos, se encuentran las *Leyes 599 de julio 24 de 2000, 679 de 2001, 733 de 2002, 747 de 2002, 759 de 2002, 777 de 2002, 788 de 2002, 813 de 2003, 882 de 2004, 890 de 2004, 919 de 2004, 975 de 2005, 985 de 2005, 1028 de 2006, 1032 de 2006, 1121 de 2006, 1142 de 2007 y 1474 de julio 12 de 2011* (artículos 15 a 32), para que los jueces disciplinarios, puedan convertir sus delitos en

faltas disciplinarias, con tal que los mismos se encuentren contemplados como “delito sancionable a título de dolo” y siempre y cuando “se cometan en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando del mismo”.

Para que la *conversión de lo delitos en faltas disciplinarias* pueda hacerse, es menester el cumplimiento de las siguientes exigencias:

- Es necesario que se precise que se trata de un delito doloso y no que el mismo por ministerio de alguna otra decisión del legislador se haya convertido, con fundamento en una ley, en una *contravención* o algo diferente. Recuérdesse lo ocurrido con la Ley 1153 de julio 31 de 2007 (Ley de tratamiento de las Pequeñas Causas) que algunos delitos, con el fin de descongestionar los despachos, pasaron a ser tenidos como “contravenciones”.
- Igualmente es indispensable para realizar el proceso de adecuación típica de la conducta en el *delito doloso* que se transformará en falta gravísima, que el funcionario competente analice todos los elementos que configuran el tipo como lo son: sujetos, objetos (jurídico y material); núcleo rector del tipo o verbo rector, ingredientes normativos y subjetivos, así como los componentes circunstanciales de tiempo, modo y lugar. Lo anterior con la finalidad de poder establecer de manera clara, expresa e inequívoca que la conducta del presunto infractor efectivamente encuadra en la disposición penal que se trata de acercar al derecho disciplinario en su calidad de falta. Es decir debe valorarse conforme a las exigencias penales expuestas tanto desde las ópticas legales como jurisprudenciales y doctrinarias que al respecto se han concebido. Lo anterior con la finalidad de que el comportamiento no se confunda con otro parecido, para evitar que se cometa cualquier error que pueda interferir en la evaluación de la investigación disciplinaria, a través de los cargos o la acusación. Para esos efectos debe considerarse que el Código Disciplinario Único, quedó al interior del Código Penal, debiéndose por lo tanto interpretar y aplicar los tipos contenidos en la Ley 599 de julio 24 de 2000 conforme a las exigencias allí contempladas<sup>198</sup>.

198 Al respecto puede leerse a ÉDGAR PINZÓN GAONA, en la obra “Ensayos Sobre Derecho Disciplinario”. Tomo I, Ediciones Nueva Jurídica, Colección Especializada del Colegio de Abogados en Derecho Disciplinario, Bogotá., 2010, págs., 164 a 167, quien analiza los conceptos de tipicidad; el concurso y sus variantes, la obligatoriedad de los principios y el delito

- De la misma manera es incuestionable que se compruebe que la conducta se desarrolló en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo o abusando del mismo, situación que comporta la motivación legal que vincule al delito doloso con la afectación del deber y el ejercicio funcional. De lo contrario podría aceptarse que todas las conductas “omisivas” de los servidores públicos, se encuadran en el tipo penal de “prevaricato por omisión”. Por ello no puede permitirse que cualquiera de los comportamientos descritos como delitos en la ley, puedan congraciarse con el Código Disciplinario Único. A algunos tradistas del derecho disciplinario les preocupa la falta de coincidencia de la tipicidad funcional con la tipicidad delictual, ya que puede darse el evento en que el juez disciplinario esté investigando un peculado por uso y el juez penal un peculado por apropiación, lo que permitiría pensar que alguno de esos jueces estaría equivocado, máxime que el principio del juez natural en materia delictual sería el juez penal para que pueda calificar las conductas descritas en la ley como delitos dolosos y

---

y falta disciplinaria, temas que ofrecen gran claridad y que se aplican al derecho disciplinario. Veamos lo que dicen los numerales 4 y 5. “4. **Delito y falta disciplinaria.** ¿cómo se resuelve el tema, en caso de presentarse una conducta que se subsume en una descripción típica de carácter gravísima y al mismo tiempo en una de carácter grave, verbi gratia, en el caso de delito de concusión (artículo 404 del código penal) que por remisión tendría aplicación el numeral 1° del artículo 48 del C.D.U., y la contenida en el numeral 3° del artículo 35 de la misma disposición; en cuanto una y otra prohíben al servidor público solicitar dinero o cualquier otra clase de beneficios?

En tal caso, no es pertinente alegar el principio de favorabilidad, entendido este como la aplicación de preferencia de la ley permisiva o favorable frente a la restrictiva o desfavorable, porque debe tenerse en cuenta que este principio rige entratándose de conflicto de normas en el tiempo, esto es, la aplicación inmediata de la ley y la ultractividad o retroactividad de la misma.

Así mismo, no puede alegar la aplicación del principio de favorabilidad para quebrantar el de legalidad, en tanto, el principio en cuestión no constituye un favor, sino una norma aplicable de manera sucedánea, cuando en los casos de multiadecuación típica, hay solución de acuerdo a los principios de alternatividad, consunción, subsidiariedad y especialidad.

5. **Decisión de la controversia.** Considero, de acuerdo con lo antes dicho, que cuando el servidor público solicita la dádiva o cualquier otro beneficio en desarrollo directo de sus funciones, valga decir, quien dirige una licitación pública y solicita a uno de los oferentes dinero o dádiva alguna, se debe aplicar el numeral 1° del artículo 48 citado en concordancia con el artículo 404 del C.P. Pero cuando un servidor público solicite a un particular alguna dádiva sin que ello implique una contraprestación en el ejercicio de la función pública, ha de aplicarse el numeral 3° del artículo 35 del C.D.U., desarrollo del principio de la oralidad pública.

De otra parte, la adecuación típica y la descripción de las faltas disciplinarias en particular, tienen relevancia en los criterios para la graduación de la sanción previstos en el numeral 2° del artículo 47 del C.D.U., en la medida en que, si con varias acciones u omisiones se infringen varias disposiciones de la ley disciplinaria o varias veces la misma disposición, la fórmula de dosificación varía dependiendo de la determinación de la gravedad o levedad de la sanción prevista para la falta”.

no el juez disciplinario<sup>199</sup>. Este último si podría aceptar la tipificación del juez penal, dicen ellos, pero una vez éste lo haya hecho para poderlo llevar como falta al proceso disciplinario sin que sea necesario quitarle la competencia al juez penal.

Sobre el tema que precede, DIEGO ALBERTO ZULETA GARCÍA, precisó:

“... Desde nuestro punto de vista, no puede constituir base del proceso disciplinario la presunta existencia objetiva de un delito, cuya materialidad la declara el operador disciplinario, pues, la ocurrencia objetiva de un comportamiento tanto del particular como del servidor público es de la incumbencia de quien funge como juez natural y es a él y a nadie más a quien le corresponde señalar, luego de un proceso de ‘verificación’ que en términos prácticos equivale al de adecuación típica, pues, no de otra manera se puede concluir que la descripción típica corresponde con exactitud a la conducta del servidor público y en tal medida merece ser investigada en tanto que la misma constituye delito, competencia que solo tiene el funcionario competente. Además, en referencia con su par del Código Único Disciplinario, esto es, el numeral

199 DIEGO ALBERTO ZULETA GARCÍA, en su obra “Introducción al Régimen Disciplinario Castrense, de Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2013, en sus páginas 83 y 84, ha señalado: “En efecto, tal como lo sostiene el profesor MOSQUERA GALLEGU, riñe la norma la prescriptiva superior contenida en el artículo 29, pues, uno de los elementos que integran la previsión constitucional infringida es la del juez natural, que para el caso de la determinación y calificación, así sea ésta de carácter provisional, siempre será el juez penal, que es a quien válidamente corresponde realizar el proceso de adecuación, en orden a establecer si la conducta encuadra en cualquiera de los tipos que el legislador estima como delitos y en consecuencia un comportamiento que se adecue a la descripción legal será el resultado de la calificación o escogencia que realiza el juez para concluir que la conducta del sujeto activo es una de las que consagra la ley penal como típica.

Creemos que bajo ninguna consideración puede el operador disciplinario invadir esta competencia, como quiera que ello significa en la práctica, un desplazamiento del papel que precisamente la ley le asigna al juez penal, el cual es asumido por el operador disciplinario cuando a su juicio llega a la conclusión de que el servidor público ha realizado objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito, tal y como lo consagra la disposición en comento.

La tipicidad como principio y entendida como la valoración que hace el juez de la conducta del presunto infractor, no puede quedar al arbitrio del operador disciplinario, quien se insiste, sin competencia, se adjudica el derecho de señalar, confrontar y verificar cuándo el comportamiento de un servidor público, está descrito objetivamente como delito y ha ingresado en la órbita del derecho penal. Esta constatación es una atribución exclusiva y excluyente del juez penal. Si no fuera así, la potestad de iniciar la correspondiente investigación criminal se diluiría y finalmente la afirmación con la subsiguiente decisión de si ha habido infracción de la ley penal podría tener dualidad de competencias. ...”.

MOSQUERA GALLEGU, también se refiere a este tema en: “Ensayos sobre Derecho Disciplinario”. Tomo II. Colección Especializada del Colegio de Abogados en Derecho Disciplinario. Editorial Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá, 2011, págs., 208 a 303.

1° del artículo 48, no dejamos de preguntarnos ¿qué sentido tiene investigar penal y disciplinariamente a un funcionario público por la misma conducta cuando la sanción penal lleva implícita la misma función preventiva y correctiva que persigue el Derecho Disciplinario? ¿sí el concepto de antijuridicidad material no tiene cabida en el Derecho Disciplinario como tozudamente se pregona, cuál será el fundamento de aceptar como falta disciplinaria la realización objetiva de un hecho punible que tiene como presupuesto básico el principio de lesividad?.

Es en el anterior sentido que consideramos que el numeral 30 del artículo 58 de la Ley 836 de 2003 (ó numeral 1° del artículo 48 de la Ley 734 de febrero 5 de 2002 ó 9° del artículo 34 de la Ley 1015 de febrero 7 de 2006), contraría el artículo 29 de la Constitución Política, pues no deja de ser violatoria del principio del juez natural, por el hecho de encontrarse estatuido en el inciso 2° del artículo 1° del Reglamento que: ‘La acción disciplinaria es independiente de cualquiera otra que pueda surgir de la comisión de la falta’, ya que, un cosa es quién es el juez natural y otra bien distinta cuáles sus competencias, que en nuestro entender resultan invadidas cuando el juez disciplinario verifica en la legislación penal si la conducta que ha dado lugar al proceso está descrita objetivamente o tipificada, toda vez que la mencionada verificación sólo le corresponde al juez penal...”<sup>200</sup>.

Otros no aceptan traer conductas delictivas dolosas al derecho disciplinario, ya que el principio de legalidad contenido en el artículo 4° de la Ley 734 de febrero 5 de 2002, exige que “*en los casos previstos en este código*”, “solo serán investigados y sancionados disciplinariamente por comportamientos que estén *descritos como falta*”<sup>201</sup> en la ley vigente al momento de su realización”, y

200 Tomado de ZULETA GARCÍA, DIEGO ALBERTO. “Introducción al Régimen Disciplinario Castrense”. Editorial Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá, 2013, págs., 84 y 85.

201 La descripción es explicar de manera muy clara, concreta, detallada y expresa en qué consiste un comportamiento o conducta. Es decir en una norma legal en qué consiste el proceder de quien se adecua a ella. Es señalar, a través de una oración gramatical, quienes son los sujetos, los objetos, el verbo rector, los ingredientes normativos y subjetivos o las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se desenvuelve un proceder. Por ello se dice que la descripción puede hacerse con fundamento en acciones activas u omisivas de los destinatarios de la ley disciplinaria. De ahí que la tipicidad disciplinaria, es precisamente la descripción de comportamientos o conductas que se concretan en faltas en las codificaciones de ese género.

En el Expediente N° 10-011957-0007-co. Res: N° 2010-016202 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de San José de Costa Rica, a las quince horas y cincuenta minutos del veintiocho de septiembre del dos mil diez, se dijo:

“... el principio de tipicidad, como se indicó, exige que las conductas se encuentren clara-



los delitos son *descripciones punibles*, que no están “*previstas*” como “*faltas disciplinarias*” en el *Código Disciplinario Único*, sino en *leyes* que los ubican como *descripciones típicas delictuales “a título de dolo”*, razones que les permiten concluir que al *transportar los delitos* a los *diferentes estatutos disciplinarios*, se está *vulnerando el principio de legalidad*, como rector del derecho disciplinario y, consecuentemente, los de la *dignidad humana* y del *debido proceso constitucional*.

Un repaso:

Como se dijo, algunos académicos no comparten lo expuesto por la Corte Constitucional, por considerarlo violatorio del principio de legalidad, el cual le impide al juez disciplinario construir conductas expost, toda vez que la Carta Política condiciona la tipicidad de las faltas disciplinarias a que ellas estén “conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa”, como de manera expresa lo anuncia el inciso 2 del artículo 29.

Además y para brindar al lector más claridad sobre el tema, repetimos lo que se dijo cuando se abordaba el principio de culpabilidad, como rector del derecho disciplinario. Allí se dijo:

“... el legislador dejó plasmada su voluntad de *respeto al principio de legalidad* de las faltas y de las sanciones, al señalar que *solo serán investigados y sancionados disciplinariamente* sus destinatarios “*en los casos PREVISITOS*” y “*por comportamientos que estén DESCRITOS*”<sup>202</sup> *como falta en la ley vigente al momento de su realización*”, como lo informan los artículos 4º de la Ley 734 de febrero 5 de 2002 y 3º de las Leyes 836 de julio 16 de 2003

---

mente descritas y que contengan al menos tres elementos esenciales: el sujeto activo, el verbo o acción, que se refiere a la conducta desplegada u omitida por el autor y la consecuencia punitiva a imponer. La redacción de los tipos penales debe ser lo suficientemente clara y precisa, a fin de evitar ambigüedades o interpretaciones antojadizas o arbitrarias por parte de los aplicadores del derecho. Sobre este tema, debe decirse que esta Sala ha admitido la técnica legislativa de las normas penales en blanco, en las cuales se remite a normas del mismo rango para completar el tipo penal; también ha admitido la constitucionalidad de tipos penales con algún nivel de apertura, siempre y cuando, la delimitación de la conducta no dependa absolutamente del criterio subjetivo del juzgador. ...” (el subrayado, las letras inclinadas y las negrillas fuera de texto).

202 Recuérdese que los comportamientos “*descritos*” implican la elaboración de una oración gramatical, en la cual se describa la conducta que constituye falta disciplinaria, la cual debe contener: sujeto, objeto, verbo rector, ingredientes normativos o subjetivos, al igual que circunstancias modales, temporales o espaciales.

y 1015 de febrero 7 de 2006, amén de que el artículo 23 del Código Disciplinario Único, aplicable a los demás regímenes sancionatorios, impone el deber a los competentes de disciplinar cuando se adecue el comportamiento a una falta disciplinaria, la cual se concreta al **incursionar “en cualquiera de las conductas o comportamientos PREVISTOS<sup>203</sup> en este código”**, sin dejar de desconocer que el artículo 43 idem prevé que **“las FALTAS GRAVÍSIMAS están TAXATIVAMENTE SEÑALADAS EN ESTE CÓDIGO<sup>204</sup>...”**. (las negrillas, letras inclinadas y las mayúsculas sostenidas fuera de texto).

En conclusión: algunos tratadistas de esta particular disciplina, piensan que el juez disciplinario al tener la autorización de la Corte Constitucional de que es él **“quien debe establecer cuales tipos disciplinarios admiten la modalidad culposa partiendo de la estructura del tipo, del bien tutelado o del significado de la prohibición”**, como se expresa en la sentencia de constitucionalidad, este juez disciplinario se convierte en un dispensador de justicia arbitrario por autorización expresa del máximo ente rector constitucional, aspecto que algunos doctrinantes lo rechazan, por contrariar al Estado Democrático y Social de Derecho, que no permite que de manera posterior a la realización del comportamiento que constituye falta disciplinaria, se creen tipos disciplinarios a gusto y capricho del sancionador, pues, los destinatarios de la ley disciplinaria, **“solo serán investigados... por comportamientos que estén DESCRITOS como falta en la ley vigente al momento de su realización** como lo pregona el artículo 4 del Código Disciplinario Único; los artículos 3° del Reglamento del Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares y del Régimen Disciplinario para la Policía Nacional y de acuerdo a la ley preexistente como lo ordena nuestra Carta Política...”

JAIME MEJÍA OSSMAN  
Ponente

203 Al estar **“descrito”** el comportamiento, obviamente se considera que se encuentra **“previsto”** en la ley disciplinaria”.

204 Lo cual no es cierto, porque si se acepta la teoría de los *numerus apertus*, las tipicidades se aumentan en incalculable número, toda vez que la gran mayoría de las faltas gravísimas admiten modalidades culposas y la inmensa mayoría de los delitos dolosos se importarían como falta disciplinaria y podrían transformarse en comportamientos culposos, tal como lo acepta la Sentencia C-720 de agosto 23 de 2006 con ponencia de CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.

# LA CULPABILIDAD Y LOS CRITERIOS PARA DETERMINAR LAS FALTAS GRAVÍSIMAS, GRAVES Y LEVES EN EL DERECHO DISCIPLINARIO

---

ÓSCAR JINETE DEL VILLAR \*

*\* Abogado de la Universidad Libre de Colombia, especialista en derecho disciplinario Universidad Cooperativa de Colombia, Docente del Instituto de Estudios en derecho disciplinario y docente de posgrado de la Universidad Sergio Arboleda. En su experiencia laboral se ha desempeñado como asesor del despacho del Procurador General y de la Viceprocuraduría; actualmente se desempeña como Procurador Regional del Magdalena.*

|     |                                                                                                               |     |
|-----|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1.  | Aproximación a la clasificación de las faltas. ....                                                           | 245 |
| 2.  | Primer ejercicio para descartar si una falta es grave o leve ..                                               | 245 |
| 3.  | El grado de culpabilidad .....                                                                                | 245 |
| 4.  | La relación típica de una falta objetivamente gravísima<br>con culpa grave, será considerada falta grave..... | 249 |
| 5.  | Otras modalidades de la culpabilidad.....                                                                     | 250 |
| 6.  | Naturaleza esencial del servicio.....                                                                         | 251 |
| 7.  | El grado de perturbación del servicio .....                                                                   | 251 |
| 8.  | La jerarquía y mando que el servidor público tenga<br>en la respectiva institución .....                      | 252 |
| 9.  | Transcendencia social de la falta o el perjuicio causado .....                                                | 252 |
| 10. | Modalidades y circunstancias en que se cometió la falta ....                                                  | 252 |
| 11. | Los motivos determinantes del comportamiento .....                                                            | 253 |
|     | Conclusiones .....                                                                                            | 253 |

Un tema que poco o ningún desarrollo legal, doctrinario o jurisprudencial ha tenido es el de los criterios para determinar la GRAVEDAD o LEVEDAD de las faltas disciplinarias, por lo que a diario se encuentran los operadores disciplinarios con serias dificultades para darle aplicación a los parámetros legales consagrados de manera general en el artículo 43 de la Ley 734 de 2002.

Ante los evidentes vacíos existentes en este aspecto, se advierten confusiones y diversidad de interpretaciones que en no pocas actuaciones, debido a su construcción empírica y ante la carencia de la técnica jurídica adecuada, se opta por la expedición de decisiones equivocadas, que irremediablemente deben ser objeto de eventuales nulidades y revocatorias en instancias superiores e incluso en la jurisdicción Contencioso Administrativa.

En ese sentido se observan a menudo palpables desaciertos al momento de confrontar los lineamientos o principios orientadores contenidos en la preceptiva citada, con la verdadera realidad fáctico – probatoria que de suyo aflora, en cada caso particular sometido al escrutinio del funcionario competente para emitir su juicio y donde quizás donde más se advierten dificultades, es en dilucidar el más importante de esos criterios, como lo es el grado o la forma de culpabilidad, dado que ésta admite varias formas y modalidades, como son las de carácter **doloso** o **culposo** y dentro de éstas últimas las relativas a la **culpa gravísima**, que tiene a su vez, la posibilidad de configurarse dentro de tres posibilidades a saber:

Por ignorancia supina, desatención elemental o violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento.

No menos incertidumbres se observan en la interpretación y aplicación de los restantes ocho (8) criterios relacionados de manera abstracta en el artículo 43 *ibídem*, cuya comprensión requiere de un cotejo sistemático con los demás principios que permitan la elaboración de un método basado en el análisis comparativo de todos y cada uno de ellos, en armonía con la valoración integral de las pruebas bajo la óptica de la sana crítica, teniendo en cuenta desde luego, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que sucedieron los hechos investigados.

En ese contexto consideramos necesario la elaboración de esta ponencia encaminada a brindar un aporte de carácter eminentemente práctico, con miras a facilitar una mayor comprensión e identificación de los criterios sobre esta materia, en el marco de este tercer Congreso Internacional, concebido como un espacio de reflexión frente a los aspectos básicos y teorías fundantes del Derecho Disciplinario, en hora buena llevado a cabo por el Instituto de Estudios del Ministerio Público.

## 1. APROXIMACIÓN A LA CLASIFICACIÓN DE LAS FALTAS

La noción de falta disciplinaria en sentido genérico se encuentra consagrada en el artículo 23 de la Ley 734 de 2002, según el cual “Constituye falta disciplinaria la incursión en cualquiera de las conductas o comportamientos 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 la en el artículo 28 del C.D.U”. A su vez, el artículo 42 las clasifica en gravísimas, graves y leves, en tanto que es el artículo 50 el que las eleva a la categoría de **Graves y leves**, mientras que el artículo 48 *ibídem* las agrupa a todas en 64 comportamientos expresamente allí relacionados, es decir que el legislador no determinó con igual precisión, cuales son las faltas graves y leves, limitándose a señalar éste último, que la levedad o gravedad de la faltas, que deberá establecerse “*de conformidad con los criterios señalados en el artículo 43 de éste código*”.

## 2. PRIMER EJERCICIO PARA DESCARTAR SI UNA FALTA ES GRAVE O LEVE.

Así las cosas, le corresponde al operador disciplinario realizar un primer ejercicio para descartar si una falta es grave o leve a partir de la observación del artículo 48, toda vez que de encontrarse allí enlistada, no se requiere de mayores esfuerzos para advertir *prima facie*, que se trata de una falta gravísima. Si por el contrario, no se llegare a encontrar dentro de esta relación, indefectiblemente se procederá a efectuar su ubicación, dentro de las consideradas graves o leves y para tal efecto, deberá remitirse a los siguientes criterios:

## 3. EL GRADO DE CULPABILIDAD

Este importante elemento de la responsabilidad disciplinaria ha sido objeto de diversas interpretaciones y elaboración de varias teorías, entre las que se encuentra la de la exigibilidad, considerándose la culpabilidad disciplinaria como un juicio de reproche, en virtud de las relaciones especiales de sujeción, que le imponen al servidor público su sometimiento al imperio de la Constitución y la ley, por lo que en ese escenario, es el conocimiento de los hechos y el conocimiento de la ilicitud el elemento primordial para la configuración del **dolo**, mientras que la voluntad se aprecia de manera secundaria o accidental.

Para este sector de la doctrina, la falta disciplinaria se asimila a los delitos de omisión o de infracción de deber, donde el elemento voluntad no juega un papel predominante.

Con la nueva interpretación fijada por el actual señor Procurador General de la Nación, doctor **ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO**<sup>205</sup>, en el texto de JUSTICIA DISCIPLINARIA, se llegó a la conclusión por demás acertada que *“ si bien resulta importante el conocimiento de los hechos y el conocimiento de la ilicitud como componentes del dolo, no menos atención especial y consideración merece el elemento volitivo del mismo, sobre todo cuando tal aspecto es indispensable para poder diferenciar entre aquellos comportamientos dolosos y culposos”*.

*“Así las cosas, puede concluirse que si la voluntad es un elemento esencial del dolo en materia disciplinaria, ante un evento de error de derecho o de prohibición vencibles, la consecuencia lógica y ante todo justa, es que el autor responda por la comisión culposa de la falta, tal y como ocurre con el error de hecho o de tipo vencibles siempre y cuando la estructura del tipo disciplinario lo permita, pues es claro que su comportamiento fue ajeno a su propia voluntad.”*

En armonía con la anterior interpretación traemos a colación lo expresado por Importantistas tratadistas de la especialidad así:

FERNANDO BRITO RUIZ sostiene que *“el dolo se considera como la intención deliberada que tiene el funcionario investigado de desatender el ordenamiento o el ánimo que lo embarga de quebrantar la norma, de causar un daño, o de actuar de manera contraria al interés general o al buen servicio público, de lo cual tiene conocimiento dada su formación, su experiencia, las particulares funciones que le han sido asignadas o por haber sido advertido de la incorrección de su proceder o de la falta de cumplimiento de condiciones fijadas en la ley, las que debía tener en cuenta y aplicar especialmente”*<sup>206</sup>.

CÉSAR AUGUSTO DUARTE ACOSTA<sup>207</sup>, parafraseando a los romanos, destaca el *dolus malus*, es decir, con objeto o intención de perjudicar o de dañar y a renglón seguido enuncia el concepto de voluntad *“entendida como la facultad de cada servidor público para obrar de determinada manera o abstenerse; en otras palabras, con libre albedrío, que le permite autodeterminarse*

205 Libro Justicia Disciplinaria, Alejandro Ordóñez Maldonado-IEMP.

206 Libro Régimen Disciplinario Procedimiento Ordinario y Verbal, Fernando Brito Ruiz. Editorial Legis. 2012.

207 Libro Derecho Disciplinario Básico y Método de Investigación, César Augusto Duarte Acosta. Ediciones del Profesional LTDA. 2009, primera edición.

*en ciertas circunstancias, fijadas por el tiempo, el modo y el lugar, las cuales, de ser necesario habrá de recrear a partir de elementos objetivos”.*

Precisa el citado autor que “El goce racional de esa voluntad permite al sujeto disciplinable inclinar u orientar sus actos u omisiones en una u otra dirección a través del vehículo de **la intención**”.

En la misma línea argumentativa se expresó la Corte Constitucional<sup>208</sup>, al señalar con referencia a la proscripción de la responsabilidad objetiva, que “*exige, en cambio, verificar la finalidad dolosa o culposa en la ejecución de la acción que se investiga*”, y al ir más allá sentenció que “*por obvias razones la intención positiva de menoscabar el orden jurídico- el dolo – genera responsabilidad disciplinaria en el agente del Estado, conductas tales como la imprudencia, la impericia o la negligencia, entre otras, fuentes todas de comportamientos culposos, también lo hacen*”.

Del mismo modo, sobre la trascendencia de este aspecto volitivo al momento de configurar el grado de culpabilidad, también sentenció la Corte Constitucional:

*“Ciertamente, la proscripción de la responsabilidad objetiva que acoge el régimen jurídico colombiano, impone la restricción de sancionar la conducta por el solo hecho de la ocurrencia del resultado y exige, en cambio, verificar la finalidad dolosa o culposa en la ejecución de la acción que se investiga.*

*“Ahora bien, la circunstancia de que las conductas que vulneran el régimen jurídico merezcan sanción sólo cuando se realizan de manera culposa o dolosa no significa que todas las infracciones admitan ser ejecutadas en ambas modalidades de conducta. La determinación de si un comportamiento puede ser ejecutado a título de dolo o culpa depende de la naturaleza misma del comportamiento. En otros términos, el dolo o la culpa son elementos constitutivos de la acción, son sus elementos subjetivos estructurales. De allí que sea la propia ontología de la falta la que determina si la acción puede ser cometida a título de dolo o de culpa o, lo que es lo mismo, que la estructura de la conducta sancionada defina las modalidades de la acción que son admisibles.”*

Sobre la demostración del dolo en materia disciplinaria encontramos por vía de ilustración aplicable en Colombia, lo esbozado por el doctor FERNANDO BRITO RUIZ<sup>209</sup>:

208 Sentencia C. 155 de 2002.

209 Libro Régimen Disciplinario Procedimiento Ordinario y Verbal, Fernando Brito Ruiz. Editorial Legis. 2012 pág. 79-80-184.



*“No obstante, es absolutamente indispensable, para no caer en una asignación de responsabilidad objetiva, demostrar que su intención, su interés, el propósito de su actuación ha tenido por objeto desatender el ordenamiento, o vulnerarlo, desconocerlo, quebrantarlo.*

*“Para llegar a esa conclusión y atribuirle una actuación dolosa al investigado, será necesario demostrar por los medios externos que reflejan ese querer o esa voluntad, que no estaba en su interés atender las normas, o que era su intención conseguir determinado resultado, sin importar las consecuencias del mismo.*

*“Varios ejemplos permiten asegurar que no es tan complejo en extremo, como se pretende hacer ver, en especial por quienes tienen una formación en las áreas penales, el captar y patentizar tal interés o intención. Así, puede decirse que hay dolo en la actuación del tesorero de una entidad pública que consigna en su cuenta personal el cheque que recibe por pago de impuestos o de contribuciones que son propias de la entidad..*

*“En este caso, la prueba del dolo puede verse reflejada en el recibo de consignación, por lo cual se establece que la intención fue la de consignarla en su propia cuenta. Es evidente que si no hay una justificación atendible de tal actuar, puede catalogarse de doloso.*

### 3.1. LA CULPA GRAVE

Esta forma de culpabilidad, a diferencia del dolo, si se encuentra expresamente definida en la Ley 734 de 2002 en su artículo 44 parágrafo y se produce *“cuando se incurra en falta disciplinaria por inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones”*.

Al contrario de lo que ocurre en el actuar doloso, en esta situación no se encuentra presente el elemento de la voluntad expresamente determinado, valga decir, dirigido en forma deliberada para contrariar el ordenamiento jurídico disciplinario, sino que éste se produce por la forma descuidada, imprudente, negligente o sin la destreza requerida para realizar ciertas actividades humanas que requieren de ese dominio, con el que actúa el servidor, se insiste, sin la intención de hacerlo.

#### 4. LA REALIZACIÓN TÍPICA DE UNA FALTA OBJETIVAMENTE GRAVÍSIMA COMETIDA CON CULPA GRAVE, SERÁ CONSIDERADA FALTA GRAVE

Sobre este relevante aspecto, es ineludible remitirnos a lo expresado por la Corte Constitucional así :

*“Con todo, el hecho de que las infracciones a la ley puedan ser cometidas, unas a título de dolo, otras a título de culpa, y que esta determinación no provenga más que de la naturaleza o de la ontología de la conducta, no significa que el Estado, en todas las manifestaciones del derecho sancionatorio, aplique la misma regla de castigo y sancione por igual a quien atenta contra el orden jurídico de manera imprudente que quien lo hace con la intención positiva de lesionarlo.*

*“En la orbita disciplinaria, la doctrina y la jurisprudencia especializada reconocen que la regla general sancionatoria es el castigo de la culpa. A este sistema de sanción de las faltas disciplinarias se le ha denominado de los números abiertos o numerus apertus, por oposición al sistema de números cerrados o clausus del derecho penal<sup>210</sup>.*

De esta manera, consideramos que en nuestra opinión existe una notable coherencia entre la voluntad del legislador y la interpretación jurisprudencial expresada por la Corte Constitucional, sobre la necesidad y viabilidad jurídica de establecer la mutación de las faltas gravísimas a graves, cuando las primeras sean realizadas con culpa grave. A nuestro modo de ver, es indudable que tanto el órgano legislativo, como el ente máximo de control Constitucional dando un verdadero alcance a lo que realmente constituye la responsabilidad subjetiva en materia disciplinaria, han estimado en su sabiduría, que el aspecto más trascendental a la hora de valorar dicho compromiso jurídico, es la connotación que tienen el dolo y la culpa, ligados a su expresión propia como lo es el grado de intención.

Por lo que antecede, creemos que a partir de esta fórmula legal para establecer el carácter de una falta, no es casual que se haya incluido en el primero de los numerales consagrados en el artículo 43 de la Ley 734 de 2002, el grado

210 Corte Constitucional, Sentencia C-181/2002, M. P.: Marco Gerardo Monroy C.

de culpabilidad como el primero de los criterios que deben observarse para la graduación de la faltas en graves o leves.

En ese orden de ideas, se concluye sobre este particular que frente a la aplicación práctica de este criterio, el dolo apunta hacia una mayor gravedad de la falta, mientras que su ausencia lo aleja de esta posibilidad, sin perder de vista los restantes criterios, ya que una conjugación sistemática de todos ellos, es la que en últimas, puede marcar en forma definitiva la pauta sobre la gravedad o levedad, en cada caso concreto.

## 5. OTRAS MODALIDADES DE LA CULPABILIDAD

Para aproximarse al concepto de ignorancia supina, la Corte Constitucional en la sentencia C- 948-2002 precisó que “se considera culpa gravísima en primer término la ignorancia supina, que define el diccionario de la lengua de la Real Academia Española como “la que procede de negligencia en aprender o inquirir lo que puede y debe saberse”. Es decir que se considera como culpa gravísima la negligencia del servidor que pese a tener el deber de instruirse a efectos de desempeñar la labor encomendada decide no hacerlo”

El mayor grado de ignorancia valga decir inexcusable, falta absoluta de conocimientos en ciertas materias que debería tener.

Craso: se aplica al disparate o ignorancia que es tan grande que no se puede disculpar.

Ejemplo: servidor con formación de abogado del nivel directivo, decide contratar con el estado cuando debía conocer la prohibición<sup>211</sup>.

En la desatención elemental, el sujeto disciplinable no está prevalido del estado anterior, ya que por el contrario, a pesar de encontrarse imbuido del conocimiento suficiente para brindar la atención que demanda la exigencia normativa, desconoce el deber objetivo del cuidado necesario que debe emplear, por no hacer lo que resulta obvio, imprescindible, se trata de un grado máximo de indiferencia, frente al cuidado mínimo o básico de un asunto que le sea confiado.

La violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento, tiene cabida cuando hay transgresión evidente y ostensible de las reglas fijadas por la ley o el reglamento, para determinados asuntos que también por ley le corresponde desarrollar al servidor público, es decir, no se trata de una desatención normal,

211 Libro Derecho Disciplinario Básico y Método de Investigación, Cesar Augusto Duarte Acosta. Ediciones del Profesional LTDA. 2009, primera edición.

sino calificada, que de ella no quepa la menor duda que se trató de una violación demasiado grave o grosera<sup>212</sup>.

Es frecuente observar que se produzca esta modalidad de culpa, en la celebración de contratos, cuando a pesar de exigirse la escogencia del contratista mediante procesos de selección o licitación pública contenidos en la Ley 80 de 1993, se opta por hacerlo en forma directa y sin formalidades plenas.

## 6. NATURALEZA ESENCIAL DEL SERVICIO

De acuerdo con lo señalado por la Corte Constitucional en Sentencia C-691 /08:

*En el marco de su competencia, la Corte se ha ocupado en distintas ocasiones de resolver demandas de inconstitucionalidad presentadas contra normas que prohibían la huelga en distintas actividades y para juzgar si la exclusión de este derecho se ajusta a la norma constitucional que establece que solamente se puede prohibir la huelga en los servicios públicos esenciales, la Corte ha acudido al criterio de acuerdo con el cual un servicio público es esencial cuando “las actividades que lo conforman contribuyen de modo directo y concreto a la protección de bienes o a la satisfacción de intereses o a la realización de valores, ligados con el respeto, vigencia, ejercicio y efectividad de los derechos y libertades fundamentales”. En tal sentido, la Corte ha declarado que servicios como la banca central; el transporte; las telecomunicaciones; la explotación, refinación, transporte y distribución de petróleo y los servicios públicos domiciliarios, son materialmente servicios públicos esenciales.*

En ese escenario y habida cuenta de la importancia que tiene la prestación de los servicios esenciales en un Estado Social de Derecho como lo es por definición constitucional Colombia, se colige que si falta disciplinaria incide en mayor grado sobre la prestación de esos servicios, indudablemente que estaría más perfilada hacia la gravedad de la misma.

## 7. EL GRADO DE PERTURBACIÓN DEL SERVICIO

Son válidos en este caso los mismos planteamientos que se hicieron en líneas anteriores, con la salvedad que en este caso ya no interesa si es o no esencial el servicio, sino el grado de afectación que se produce con la falta al mismo, por lo cual habrá de tenerse en cuenta que a mayor impacto se aumen-

212 IEMP- Gustavo Castro Capera.

ta la gravedad y viceversa, cuando es menor, mínimo o ninguno, se inclinaría hacia la levedad.

## 8. LA JERARQUÍA Y MANDO QUE EL SERVIDOR PÚBLICO TENGA EN LA RESPECTIVA INSTITUCIÓN

Teniendo en cuenta que la administración pública en Colombia tiene dentro de su estructura organizacional niveles jerárquicos, entre los cuales se observan el directivo, ejecutivo, asesor, profesional, técnico, administrativo y operativo, y bajo los principios de dirección, coordinación y ejecución con que debe asumirse el desarrollo de las funciones, tiene un mayor grado de responsabilidad quien se encuentra en esos niveles jerárquicos superiores y menor compromiso quienes ostentan los niveles inferiores.

## 9. TRANSCENDENCIA SOCIAL DE LA FALTA O EL PERJUICIO CAUSADO

En este aspecto se debe tener en cuenta que a mayor repercusión pública que tenga la falta, en esa medida se considerara su gravedad y por el contrario, cuando el comportamiento reprochable no sobrepasa los límites de la propia dependencia se tornaría leve, desde luego sin dejar de apreciar los restantes criterios en conjunto.

## 10. MODALIDADES Y CIRCUNSTANCIAS EN QUE SE COMETIÓ LA FALTA

Estas modalidades tienen ingredientes de carácter externo e interno que influyen sobre la voluntad del servidor investigado a saber:

El mayor cuidado empleado en su preparación, el nivel de aprovechamiento de la confianza depositada en el investigado o de la que se derive de la naturaleza del cargo o función, denotan un mayor compromiso en el grado de la culpabilidad, ya que refleja animo o intención más dolosa que culposa, por lo cual aumenta la gravedad. En cuanto al grado de participación en la comisión de la falta, en mayor o menor proporción, se aumenta o disminuye la gravedad, en sentido positivo o negativo, respectivamente.

El haber sido inducido por un superior a cometerla o hacerlo en estado de ofuscación originado en circunstancias de difícil prevención y gravedad extrema, debidamente comprobados, reflejan aspectos de carácter subjetivo alejados

de un compromiso de carácter doloso, toda vez que en lugar de trasgredir el ordenamiento jurídico en forma voluntaria, la falta se produce por esas circunstancias antes mencionadas, lo que disminuye su gravedad, máxime que estas últimas se encuentran comprendidas dentro de las posibilidades atenuantes de una conducta.

## 11. LOS MOTIVOS DETERMINANTES DEL COMPORTAMIENTO

Se tiene en cuenta el talante que motivó la conducta desplegada por el disciplinable, en su aspecto estrictamente subjetivo, a partir de la sana o pérfida inclinación de su voluntad, de tal suerte que la buena intención disminuye la gravedad, y al contrario el ánimo fútil la aumenta.

## CONCLUSIONES

Definitivamente la intención voluntaria es el elemento de la culpabilidad más determinante para establecer la gravedad o levedad de la falta, en armonía con los otros criterios, fundados desde luego en pruebas que permitan realizar una configuración adecuada de la misma.

### Responsabilidad objetiva-necesidad de probar el dolo y la culpa.

Una consecuencia de no establecer en forma adecuada la existencia del dolo o de la culpa, es la inevitable declaratoria de nulidad en la jurisdicción contenciosa que tienen los fallos o decisiones emitidas por la Procuraduría General de la Nación, que adolezcan de este requisito indispensable para configurar la responsabilidad disciplinaria, como fue el caso de la Sentencia del 19 de agosto de 2010 del Consejo de Estado sección segunda subsección A. CP Alfonso Vargas Rincón. Demandante Vicente de Paul Periñan Petro<sup>213</sup>, en la cual el Consejo de Estado anuló una sanción de destitución del cargo del vicerrector administrativo de la universidad de Sucre, mediante decisiones adoptadas por la Procuraduría Departamental de Sucre y Tercera Delegada para la Vigilancia Administrativa, al comprobarse que se incurrió en una responsabilidad objetiva por cuanto la conducta atribuida, debió estar acompañada por el dolo o culpa del agente, para que pudiera tipificarse como tal.

213 La Política de Prevención del daño antijurídico y defensa judicial en la Procuraduría General de la Nación. 2010-2012.

Por lo anterior, no debe olvidarse que la responsabilidad disciplinaria, con fundamento en lo consagrado en la Carta Magna, especialmente en su Art. 29, ampliamente desarrollado por la doctrina, la jurisprudencia y la misma Ley 734 de 2002, en sus artículos 13<sup>214</sup>, 129<sup>215</sup>, 131<sup>216</sup>, 142<sup>217</sup>, 153<sup>218</sup> y 162<sup>219</sup>, imponen la obligación de establecer “*la responsabilidad del investigado*”<sup>220</sup> que en el derecho disciplinario, no tiene un significado diferente de demostrar por los medios de pruebas legalmente reconocidos, los cuales deben apreciarse en su conjunto y de acuerdo con las reglas de la sana crítica, si el disciplinable actuó con culpa o dolo, en cualquiera de las formas o modalidades enunciadas anteriormente, ya que la simple citación de enunciados, conjeturas, presunciones o comentarios sin respaldo probatorio alguno, carecen de validez como lo indica el Consejo de Estado, amén de que podría seguirse incurriendo en la responsabilidad objetiva, proscrita en hora buena en la legislación colombiana.

Dentro de ese contexto, con más veras se torna indispensable realizar con todo el cuidado el ejercicio de verificar de manera prolija, la valoración de las pruebas y su confrontación certera con los conceptos del dolo y la culpa en sus diferentes matices, para reconocer en cada caso objeto de análisis, en cuál de todos los eventos posibles se puede encuadrar la conducta objeto de investigación y por último, no menos riguroso debe ser el estudio sistemático de la realidad probatoria con los nueve criterios consagrados en el artículo 43 antes mencionados, para establecer la gravedad o levedad de la falta.

214 ARTÍCULO 13. CULPABILIDAD. En materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva. Las faltas sólo son sancionables a título de **dolo o culpa**.

215 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.

216 ARTÍCULO 131. LIBERTAD DE PRUEBAS. La falta y la ***responsabilidad del investigado*** podrán demostrarse con cualquiera de los medios de prueba legalmente reconocidos.

217 ARTÍCULO 142. PRUEBA PARA SANCIONAR. No se podrá proferir fallo sancionatorio sin que obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza sobre la existencia de la falta y de la ***responsabilidad del investigado***.

218 ARTÍCULO 153. FINALIDADES DE LA DECISIÓN SOBRE INVESTIGACIÓN DISCIPLINARIA. La investigación disciplinaria tiene por objeto verificar la ocurrencia de la conducta; determinar si es constitutiva de falta disciplinaria; esclarecer los motivos determinantes, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se cometió, el perjuicio causado a la administración pública con la falta, y la ***responsabilidad disciplinaria del investigado***.

219 ARTÍCULO 162. PROCEDENCIA DE LA DECISIÓN DE CARGOS. El funcionario de conocimiento formulará pliego de cargos cuando esté objetivamente demostrada la falta y exista prueba que comprometa la ***responsabilidad del investigado***. Contra esta decisión no procede recurso alguno.

220 Sentencia C- 948/02 Corte Constitucional.





# RÉGIMEN DE IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES EN EL PROCESO VERBAL DISCIPLINARIO

---

JUAN CARLOS NOVOA BUENDÍA\*

*\*Abogado de la Universidad Santo Tomás, especializado en Derecho Tributario y Derecho Administrativo, profesor en varias universidades y del Instituto de Estudios del Ministerio Público. Se ha desempeñado como secretario privado del Procurador General de la Nación, Procurador Auxiliar Disciplinario, y actualmente Procurador Delegado para la Sala Disciplinaria.*

|    |                                                                                                                      |     |
|----|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. | Introducción.....                                                                                                    | 258 |
| 2. | ¿Cuál es el sustento que justifica el régimen de<br>impedimentos y recusaciones en el ordenamiento<br>jurídico?..... | 258 |
| 3. | Carácter oficioso y no dispositivo del trámite<br>de impedimento y/o recusación.....                                 | 260 |
| 4. | ¿Cuál es su trámite? .....                                                                                           | 261 |
| 5. | Cuestión de charla.....                                                                                              | 262 |
| 6. | Conclusiones.....                                                                                                    | 267 |

## 1. INTRODUCCIÓN

Cuando el Instituto de Estudios del Ministerio Público me invitó a dictar esta charla y me ofreció un tiempo de 45 minutos para darla, para mis adentros pensé qué tanto puedo decir sobre el régimen de impedimentos y recusaciones en el proceso verbal disciplinario, para cumplir con el tiempo destinado y además para decir algo que le interese a este seleccionado auditorio?. Pues bien, decidí asumir la tarea y destinar algunas horas a estudiar el tema, y concluí que si bien en apariencia este asunto puede parecer estéril, a la postre resultó interesante por las hondas implicaciones que tiene para la justicia la correcta tramitación de dichas figuras jurídicas.

## 2. ¿CUÁL ES EL SUSTENTO QUE JUSTIFICA EL RÉGIMEN DE IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO?

Para empezar a desgranar el tema y plantear una cuestión que resolvamos en esta ocasión, considero oportuno preguntarnos cuál es el fundamento que justifica las figuras del impedimento y la recusación en el ordenamiento jurídico?.

Al respecto debo acudir al profesor Hernán Fabio López Blanco –en su libro de “Procedimiento Civil, tomo 1, editorial Dupré editores”, quien de manera estupenda explica la filosofía de los impedimentos y las recusaciones afirmando que: *“Consciente el legislador de la naturaleza humana de quienes administran justicia y que, por lo mismo, eventualmente, pueden perder la imparcialidad que debe presidir toda actividad jurisdiccional, o si de hecho así no sucede, al menos dar pie para que razonablemente se piense que así ha ocurrido, con el fin de evitar toda suspicacia en torno a la gestión desarrollada por los jueces y garantizar a las partes y terceros el adelantamiento de los procesos con un máximo de equilibrio, ha consagrado una serie de causales que le permiten al juez competente para actuar en un determinado proceso sustraerse de su conocimiento, para lo cual debe manifestarlo y, en caso de que no lo haga, faculta a quienes intervienen dentro del mismo para que, sobre la base de la causal pertinente, busquen la separación del juez, denominándose lo primero impedimento y lo segundo recusación”*.

De la definición anterior, debemos destacar que el impedimento y la recusación son instrumentos que permiten que los procesos se adelanten con un máximo de equilibrio, garantizando la imparcialidad del juez en un determinado

proceso, de quien debemos ser conscientes de su naturaleza humana, es decir, de su inclinación natural a los afectos y ánimos personales.

Evidentemente la cita del profesor López Blanco nos lleva a partir del presupuesto de que la justicia está a cargo de personas humanas. Que el darle a cada quien lo suyo esta en manos de jueces que por su herida naturaleza puede inclinarse intencionadamente a favorecer o perjudicar a alguno de los sujetos procesales, o hacia uno de los aspectos en debate.

Por virtud de esa inclinación natural, se hace necesario que existan instrumentos que permitan separar al juez del conocimiento de un determinado asunto cuando haya prueba o sospecha de su parcialidad a la hora de tramitar y decidir un proceso.

Todo ello como lo ajustadamente lo dice la Corte Constitucional (sentencia T-319A/12), se justifica “*Sobre el supuesto de que la honestidad y la honorabilidad del juez son presupuestos necesarios para que la sociedad confíe en los encargados de definir la responsabilidad de las personas y la vigencia de sus derechos.*” Cuando leí las palabras de la Corte, ellas me llevaron a rememorar las insuperables palabras que introducen a la cuestión 67 del Tratado de la Justicia de la Suma Teológica, en la cual Santo Tomás discurre sobre “la injusticia del juez en los procesos”, allí el Aquinate explica cómo la cualidad y deber más propio de los jueces es la imparcialidad y cómo el juez debe estar poseído de la conciencia de la dignidad de que está investido, de sus funciones de persona pública, en donde él es representante de la autoridad y donde no en vano su oficio es considerado como algo sagrado equiparable al sacerdocio. Y por ello, apoyado en Aristóteles define al juez como la “justicia animada”.

En ese sentido, se justifica la existencia de un régimen de impedimentos y recusaciones para garantizar el recto ejercicio de esa animación de la justicia, que proporcione a las partes un juicio justo desprevenido de todo prejuicio subjetivo u objetivo.

En el mismo sentido, hemos de decir que la garantía del juez imparcial tiene un reconocimiento en las normas constitucionales. En efecto, la misma sentencia T-319A/12, nos enseña que en principio “*Son tres las disposiciones constitucionales que apuntan a reconocer en la imparcialidad judicial un principio iusfundamental que, por ser determinante en el ejercicio de la administración de justicia, se inscribe dentro de la órbita de protección del derecho al debido proceso.*”

*La primera es, precisamente, el artículo 29 Superior, que en el ámbito de esa garantía constitucional, plantea la necesidad de que los ciudadanos sean juzgados con base en las leyes preexistentes al acto que se le imputa, por un juez o tribunal competente y con observancia de las formas propias de cada juicio.*

*La segunda, el artículo 228, que establece la independencia de las decisiones de la administración de justicia, y ordena la publicidad de las actuaciones de quienes las ejercen. La triada la cierra el artículo 230, que, en aras de erradicar las actuaciones judiciales arbitrarias, somete las decisiones de los jueces al imperio de ley, e identifica en la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina, los únicos criterios auxiliares de la actividad judicial.*

No obstante la triada de disposiciones constitucionales referida, la misma Corte ha señalado un cuarto derecho, no menos importante que los anteriores. Este es el derecho a la igualdad al que tenemos todos los ciudadanos de ser tratados de igual forma por la administración de justicia.

Además, también las reglamentaciones internacionales reconocen y demandan del juez su imparcialidad, circunstancia apenas lógica por todo lo expuesto. Así la CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (Pacto de San José) en su artículo 8 estipula como garantías judiciales que *“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 penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.* En el mismo sentido pero con algunos aditamentos coincide el artículo 14 del PACTO INTERNACIONAL DE DERECHO CIVILES Y POLÍTICOS.

Luego de justificar la existencia del régimen de impedimentos y recusaciones en nuestro ordenamiento jurídico, es oportuno examinar algunas características de dicho régimen.

### 3. CARÁCTER OFICIOSO Y NO DISPOSITIVO DEL TRÁMITE DE IMPEDIMENTO Y/O RECUSACIÓN

Hemos dicho que el régimen busca garantizar la imparcialidad del juez en el conocimiento del proceso y ello nos lleva a afirmar que dicho asunto es del resorte de la administración de justicia, en palabras sencillas es un asunto que le compete al Estado oficiosamente. En otro sentido podemos decir que no corresponde a los sujetos procesales resolver o definir si el juez en determinadas causas está incurso en causal de impedimento o recusación, esto es, que no tiene un carácter dispositivo. Esta afirmación no desconoce la potestad de los sujetos procesales para recusar al juez y dar inicio al procedimiento incidental. No obstante, tal circunstancia no riñe con el carácter oficioso o reservado y exclusivo del Estado para tramitar y resolver la recusación luego de ser activada por la parte.

Y ello es así porque es el Estado quien oficiosamente debe definir si los jueces están llamados a mantenerse en el proceso a separarse de su conocimiento, pues está en cabeza del Estado la función pública de administrar la justicia.

#### 4. ¿CUÁL ES SU TRÁMITE?

Siendo oficioso el trámite del impedimento o de la recusación, éste tiene una naturaleza incidental capaz de suspender el proceso de la causa que conoce el juez. El inicio del incidente tiene el efecto inmediato de suspender toda la actuación procesal, pues es lógico que si existe duda, prueba o siquiera sospecha de la imparcialidad del juez, éste sólo podrá continuar si existe la certeza de que la causal de impedimento es infundada o si es fundada, deberá continuarse con otro juez que garantice la independencia e imparcialidad que demanda naturalmente un juicio justo.

Es por ello que en todos los regímenes procesales se diga con claridad que el efecto inmediato de la declaración de impedimento o la presentación de la recusación, sea la suspensión del proceso. Para apoyar la anterior afirmación señalé algunos ejemplos:

- En el Código de Procedimiento Civil se dice en su artículo 154 (artículo derogado por el literal c) del artículo 626 de la Ley 1564 de 2012. Rige a partir del 1o. de enero de 2014, en los términos del numeral 6) *El proceso se suspenderá desde que el funcionario se declare impedido o se reciba en la secretaría el escrito de la recusación, hasta cuando hayan sido resueltos, sin que por ello se afecte la validez de los actos surgidos con anterioridad.*
- El Código General del Proceso dice lo mismo.
- La ley 600 de 2000 del Código de Procedimiento Penal dice en su artículo 108: *Desde cuando se presente la recusación o se manifieste el impedimento del funcionario judicial hasta que se resuelva definitivamente, se suspenderá la actuación.*
- La ley 906 de 2004 del Código de Procedimiento Penal dice en su artículo 62 lo mismo de la ley 600.
- En el Código Contencioso Administrativo en su artículo 12 dice lo siguiente: *Desde cuando se presente la recusación o se manifieste el impedimento del funcionario judicial hasta que se resuelva definitivamente, se suspenderá la actuación.*
- Finalmente nuestro régimen disciplinario tampoco escapó a dicha coherencia legislativa. El artículo 87 del C.D.U. también manda la suspen-

sión en los siguientes términos: *La actuación disciplinaria se suspenderá desde que se manifieste el impedimento o se presente la recusación y hasta cuando se decida.*

El anterior barrido legal no es caprichoso. No es capricho del legislador derivar del impedimento y la recusación el efecto inmediato de la suspensión del proceso, pues como hemos dicho la imparcialidad del juez es la garantía de la legitimidad del juicio justo.

## 5. CUESTIÓN DE LA CHARLA

Luego de las anteriores consideraciones, que son de orden universal en estas materias por su origen natural, es dado proponer una cuestión para esta charla y para ello vamos a examinar y a citar el artículo 59 de la Ley 1474 de 2011, que modificó el 180 del C.D.U., de la siguiente forma:

**ARTÍCULO 180. RECURSOS.** *El recurso de reposición procede contra las decisiones que niegan la práctica de pruebas, las nulidades y la recusación, el cual debe interponerse y sustentarse verbalmente en el momento en que se profiera la decisión. El director del proceso, a continuación, decidirá oral y motivadamente sobre lo planteado en el recurso.*

*El recurso de apelación cabe contra el auto que niega pruebas, contra el que rechaza la recusación y contra el fallo de primera instancia, debe sustentarse verbalmente en la misma audiencia, una vez proferido y notificado el fallo en estrados. Inmediatamente se decidirá sobre su otorgamiento.*

*Procede el recurso de reposición cuando el procedimiento sea de única instancia, el cual deberá interponerse y sustentarse una vez se produzca la notificación en estrados, agotado lo cual se decidirá el mismo.*

*Las decisiones de segunda instancia se adoptarán conforme al procedimiento escrito.*

*De proceder la recusación, el ad quem revocará la decisión y devolverá el proceso para que se tramite por el que sea designado. [...]*

Luego de escuchar y analizar la norma anterior, considero plantear como cuestión de nuestra charla: *¿Si dicha norma genera problemas de orden jurídico y práctico al regular el procedimiento especial de la recusación en el proceso verbal disciplinario sin prever la suspensión del procedimiento al presentarse la recusación y al concederle recursos al investigado y su defensa para su tramitación?*

- **Oficiosidad o dispositividad**

Para resolver la cuestión empecemos por decir que la norma en su epígrafe y contenido habla de “recursos”, y ello para efectos de resolver nuestra cuestión problemática resulta fundamental, pues ubica a la recusación como un asunto objeto de recurso dentro del verbal. Al respecto vale la pena citar nuevamente al profesor López Blanco quien al definir la institución jurídica del **recurso** acuñó *“Es de la naturaleza jurídica del recurso el ser un acto procesal de parte, pues no se puede concebir su existencia sin que alguien, distinto del juez, lo interponga. Es más, esta característica resulta tan esencial y determinante a la noción de recurso, que precisamente es ella la que permite diferenciarlo de la consulta, de la aclaración y de la complementación de providencias judiciales.”*

Así las cosas, debemos decir que conceder recursos a la tramitación de la recusación en el verbal es cambiar la naturaleza oficiosa que tiene este trámite por una naturaleza dispositiva. Es permitir que la recusación contra el juez dependa de la interposición de recursos, sea de reposición o de apelación. Es admitir que el asunto de la imparcialidad del juez quede sujeto a la discrecionalidad del investigado. Pasa de ser un asunto de reserva del Estado, quien debe garantizar que sus jueces sean inmaculados en el ejercicio de la tarea de decir lo justo, a los intereses que tenga el recurrente, en este caso el disciplinado o su defensor.

El cambio del carácter oficioso del Estado en el trámite de la recusación al dispositivo de la parte, es una forma de romper con la naturaleza y el fin que persigue la figura de la recusación. Ello atenta contra el principio de transparencia de la función pública, pues puede suceder que el investigado se conforme con la respuesta inicial del juez sobre su no aceptación de la causal y no decida reponer ni apelar. En últimas quien termina decidiendo sobre la imparcialidad del juez no es el Estado sino la parte.

- **Problema en el proceso de única instancia.**

Ahora bien, y continuando con la cuestión planteada, tal forma de reglamentar la recusación tiene una dificultad enorme cuando el proceso verbal que se tramita es de única instancia. Para los que ejercemos el derecho tenemos claro que los recursos dependen de las instancias del proceso. Así está claro que sólo cabrá apelación en los procesos de dos instancias, mientras que en los de única solo se permitirá el de reposición.

En ese sentido, si la recusación depende como lo dijimos arriba de los recursos que el investigado o su defensor interpongan para su puesta en marcha y además para darle impulso, es apenas lógico pensar que en los procesos de única instancia verbales la recusación no puede ser conocida por el superior



funcional del juez recusado, porque la naturaleza de única instancia no permite la apelación. Con otras palabras, al no haber la doble instancia el superior funcional no tendría competencia para conocer de la recusación. Noten ustedes como cambiar el carácter oficioso de la figura por un carácter dispositivo, termina recortándole al investigado o su defensor en el verbal de única instancia, la posibilidad de que el superior del juez sea quien resuelva si la causal es fundada o infundada.

En el orden práctico, en el verbal de única instancia es el mismo juez recusado quien termina resolviendo su propia recusación, pues no cabe la posibilidad de que su decisión sea apelada y por tanto conocida por su superior funcional. El trámite de recusación termina con la resolución del recurso de reposición.

De otra parte, cuando el proceso es de dos instancias, vale la pena señalar que el legislador confunde el superior jerárquico con el superior funcional, cuando concede recursos al trámite de recusación. Me explico: en condiciones normales la recusación siempre la resuelve el superior jerárquico, independientemente de las instancias del proceso, pues como lo hemos dicho, la imparcialidad del juez es un asunto que compete al Estado oficiosamente. Actualmente la recusación no siempre la resolverá el superior. Solo será el superior funcional cuando así lo decida el investigado o su defensor al evaluar si interponen recurso de apelación.

- **El impedimento se tramita diferente a la recusación**

Otro problema a destacar surge de la omisión deliberada del legislador de no incluir en el nuevo artículo 180 del C.D.U. a los impedimentos. Si nos fijamos bien, nos damos cuenta que solo se reguló de manera especial a la recusación dejando por fuera los impedimentos. En ese sentido, es dable pensar que los impedimentos no quedaron sometidos a los recursos del verbal y, por tanto, su trámite debe hacerse por lo consignado para el proceso ordinario escritural. En efecto, los impedimentos en el verbal siguen siendo del resorte oficioso del Estado y en su trámite siempre conocerá el superior, independientemente de si es proceso de única instancia o de dos instancias. Tal como lo consagra el artículo 87 del C.D.U.

Así las cosas tal discriminación de figuras, nos ofrece una nueva cuestión y es la siguiente: ¿Cuál es la razón que tuvo el legislador para distinguir entre la recusación y el impedimento en el proceso verbal, si como lo hemos estudiado las dos figuras responden a un mismo fundamento: la imparcialidad del juez?. Por lo explicado hasta el momento no existe justificación alguna para distinguir en el trámite de las dos figuras.

- **No suspensión del proceso cuando hay recusación**

Continuando con nuestro análisis, nos encontramos con otra dificultad no menos importante que las reseñadas anteriormente. Los impedimentos en el verbal al tramitarse por el ordinario, cuando este se presenta según la letra del artículo 87 del C.D.U. el proceso debe suspenderse inmediatamente, pues repetimos es de sentido común que el proceso no pueda continuar con un juez tachado, en el caso del impedimento si se me permite el término auto- tachado, de parcial. Sin embargo, en el caso de la recusación, el nuevo artículo 180 del C.D.U. no consagra en ninguna parte que el proceso se deba suspender. En efecto, cuando se trata del recurso de reposición regula expresamente que: “El director del proceso, a continuación, decidirá oral y motivadamente sobre lo planteado en el recurso”. Con lo cual no deja entrever una suspensión del proceso por razón de la recusación, sino un receso para tomar la decisión. Ahora bien, si la decisión es negativa, es decir, el juez no acepta causal, y si el proceso es de dos instancias el investigado o su defensor pueden apelar la decisión, sin embargo el artículo 180 no consagra la suspensión debida, por el contrario supedita la resolución de la apelación por el ad quem a la terminación del proceso de primera instancia, pues solo permite sustentar la apelación una vez se profiera el fallo de instancia. La norma dice lo siguiente:

*“El recurso de apelación cabe contra el auto que niega pruebas, contra el que rechaza la recusación y contra el fallo de primera instancia, debe sustentarse verbalmente en la misma audiencia, una vez proferido y notificado el fallo en estrados. Inmediatamente se decidirá sobre su otorgamiento.”*

En ese orden de ideas, es factible que el juez recusado lleve el proceso hasta el fallo definitivo, sin que se resuelva su situación de imparcialidad. Ello sin duda atenta contra toda la filosofía de la recusación, la cual pretende preservar el juicio justo de un juez injusto.

Al no prever el legislador la suspensión del proceso verbal cuando se presente recusación contra el juez, tal circunstancia significa una abierta afrenta contra el debido proceso, derecho a la defensa, derecho al acceso a la administración de justicia y en últimas a la igualdad de tener un juicio recto.

No creo necesario ahondar en más reproches contra la deliberada decisión del legislador de permitir que un juez tachado de parcial adelante un proceso. Pienso que la irregularidad es manifiesta.

Sin embargo, pensemos en un escenario no menos problemático de los hasta aquí expuesto. Pensemos en que el ad quem revoque la decisión del juez recusado y encuentre fundada la causal y lo separe del conocimiento del asunto. El artículo 180 del C.D.U. dice que “*De proceder la recusación, el ad quem*

*revocará la decisión y devolverá el proceso para que se tramite por el que sea designado”*

Pero no basta pensar en que la solución al problema del juez imparcial termine con la designación de otro juez, como simple y llanamente nos enseña la norma. En el orden práctico surge el siguiente interrogante: Y qué pasa con las actuaciones adelantadas por el juez parcializado? En específico, qué pasa con las pruebas dirigidas por este juez y en especial quiero referirme al testimonio? Será que podríamos promover una nulidad por esta circunstancia?

Según el pluricitado profesor Lopez Blanco no es posible predicar la nulidad de la prueba. Claro está, el profesor López lo dice frente a las pruebas que el juez adelante antes de declararse impedido o antes de ser recusado, es decir, antes de ser cuestionado en su imparcialidad, pues en la legislación civil, de la cual él es estudioso, una vez declarado el impedimento o presentada la recusación el proceso inmediatamente se suspende. Sin embargo, si el juez impedido o recusado adelanta cualquier prueba, el profesor López contempla la nulidad de la prueba.

No obstante, para el caso que nos ocupa el proceso no se suspende con la recusación, pues es por virtud de la misma ley que el juez cuestionado en su imparcialidad puede seguir con el proceso y practicar pruebas hasta el fallo.

De manera que difícilmente en esas circunstancias es procedente la nulidad. Pero no deja preocupar el hecho de que un juez parcializado practique testimonios, comprendiendo por ello el interrogatorio al testigo y la posibilidad de objetar las preguntas del investigado o su defensor. En ese escenario a todos los aquí presentes nos surge la convicción moral de que la prueba estuvo mal dirigida, sin que necesariamente hablemos de su invalidez o nulidad.

Por tal razón, pienso que la prueba, si bien no es nula, si es posible que ante el nuevo juez se pueda pedir por la defensa su repetición. Eso sin contar que el nuevo juez la repita ex officio. Así las cosas, los principios de economía y celeridad procesal que al parecer inspiraron la construcción del nuevo artículo 180 del C.D.U., terminan desapareciendo del escenario jurídico y práctico, y por el contrario se afincan nuevamente los lastres de la congestión, la injusticia y hasta a veces la impunidad.

Ante los problemas de orden jurídico y práctico que ofrece la nueva redacción del artículo 180 del C.D.U., especialmente en lo atinente al trámite de la recusación en el proceso verbal disciplinario, fue necesario para Sala Disciplinaria inaplicar por vía de la excepción de inconstitucionalidad dicho artículo en lo que corresponde, a través de auto de 5 de enero de 2012 en el proceso con radicado IUS 2009-174070.

## 6. CONCLUSIONES

---

Queda claro que las instituciones del impedimento y la recusación tienen el significativo fin de garantizar el juicio justo, preservando la imparcialidad y la legitimidad del juez.

Queda claro que por ser la imparcialidad y la legitimidad del juez la garantía del juicio justo, es labor exclusiva y excluyente del Estado resolver si sus jueces son aptos para adelantar los procesos, sin que dependa dicha resolución del interés de los sujetos procesales.

Queda claro que al comprender la imparcialidad y la legitimidad del juez un presupuesto sensible e indispensable para la tramitación de cualquier asunto, es obligado de parte nuestra ordenar la suspensión inmediata de la actuación.

En estos términos pienso haber abarcado, si quiera una parcela de este tema que al principio, como lo dije me pareció estéril, pero que luego de su estudio entendí la gran significación que este representa para la justicia.

Muchas Gracias.

## Palabras de Clausura del Tercer Congreso Internacional de Derecho Disciplinario.

Dr. Jaime Mejía Ossman.

Bogotá D.C.,  
Viernes, XX-XI-MMXIII

Queridos asistentes al “Tercer Congreso Internacional de Derecho Disciplinario”:

En nombre *del Instituto de Estudios del Ministerio Público*, quiero agradecer a todos nuestros *conferencistas*, en especial a los que vienen de las *Américas del Norte y Sur*, a nuestros hermanos MARÍA TERESA PAREDES HERNÁNDEZ de México y RUBÉN FLORES DAPKEVICIUS del Uruguay.

De la misma manera quiero hacer extensiva esta gratitud a los *asistentes*, al personal logístico contratado, a los invitados especiales y a CARMEN LUCÍA, quien de una manera muy profesional dirigió este Tercer Congreso desde el atril del *Hotel AR* ciudad Salitre.

En este espacio académico, el día 21 *de noviembre de 2013*, nos dio la bienvenida el doctor CHRISTIAN JOSÉ MORA PADILLA, quien motivó al auditorio al constante crecimiento en un ambiente de investigación, estudio y reflexión en aras del conocimiento profesional de esta compleja disciplina del *derecho disciplinario*, propósito que ha venido repitiendo en todos los auditorios desde el inicio de su gestión como *Director del Instituto de Estudios del Ministerio Público*.

El doctor ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO, disertó acerca de “*las implicaciones sobre la titularidad de las funciones de investigación y juzgamiento*”. Allí concluyó que no dudaba que los procesos en Colombia responden a estándares de justicia pero que se podían mejorar y mientras tanto, invitó a que seamos cuidadosos al momento de proferir las *decisiones disciplinarias*, pues el solo hecho de que tengamos la condición de jueces, en sentido formal y material, ello hace imperioso que nuestro proceder compense la *menor rigidez* que existe en el *control* de dichas decisiones.

El doctor ESIQUIO MANUEL SÁNCHEZ, al tratar el tema de la “*ilicitud sustancial*”, invitó, a entender que el “*El Código Disciplinario Único, no es un instrumento ciego de obediencia*”, pues los criterios materiales obligan a auscultar su contenido consultando siempre la *justicia*. Entiende que los pro-

blemas del dolo y de la culpa se ubican en la culpabilidad y esta por fuera del *ilícito disciplinario*.

El doctor RAFAEL OSTAU DE LAFONT PIANNETA, hizo alusión a algunos “*problemas capitales del Derecho Disciplinario*”, sugiriendo como solución la aplicación del *debido proceso*, del juez natural y del derecho a la defensa como reconocimiento de la *dignidad humana*. Advierte que es incompatible para el derecho disciplinario establecer como falta las conductas tipificadas en forma objetiva y con dolo en el *Código Penal*.

La doctora MARÍA TERESA PAREDES HERNÁNDEZ, se refirió a la “*experiencia mexicana en el procedimiento de responsabilidades de servidores públicos*”, generando en el auditorio serias inquietudes sobre la extrema flexibilidad con la que en ese hermano país se aplican los *principios fundamentales* en tan particular disciplina del derecho administrativo.

El doctor JORGE RORY FORERO SALCEDO, al referirse a la “*visión constitucional del Derecho Disciplinario y de las relaciones especiales de sujeción*”, analiza cómo el principio de tipicidad se soporta en el sistema de los *numerus apertus* y la tipicidad, a su vez, en las relaciones especiales de sujeción, con la aspiración que el *Derecho Disciplinario* se traduzca en un aporte a la *Dogmática Jurídica Disciplinaria*, con la aplicación de todas las garantías constitucionales, que para él deben ser moduladas.

El doctor PEDRO ALFONSO HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, al analizar la “*función pública y las relaciones especiales de sujeción*”, en forma por demás clara dejó sentado que las relaciones especiales de sujeción no constituyen una categoría dogmática superior del derecho disciplinario, habida cuenta de la limitación que ellas inciden en la aplicación e interpretación de los derechos fundamentales de los destinatarios de la ley disciplinaria, además de ser esas “*relaciones*” *inconsistentes*, por lo cual deben ser reemplazadas como categoría superior, ya que nada las justifica.

El doctor FERNANDO BRITTO RUÍZ, en su tema “*La flexibilización de los principios penales en el derecho disciplinario*”, sugiere al auditorio que si bien es cierto que los principios del Derecho Penal se aplican al *Derecho Disciplinario* de manera flexible, esto debe hacerse de manera muy cuidadosa, sin olvidar la naturaleza autónoma del *Derecho Disciplinario*.

El doctor ALFONSO CAJIAO CABRERA, pone de presente que en relación con la “*ley de víctimas y la tipicidad disciplinaria*”, el dispensador de *justicia* tendrá que advertir la *complejidad* de la categoría de la *tipicidad*, aplicarla con refinado estudio y entender la facilidad con la que se pueden afectar derechos fundamentales.

El doctor CARLOS ARTURO RAMÍREZ HINCAPIÉ, Procurador Regional de la Guajira, en mesa redonda, una vez resumidas las intervenciones, atendió las inquietudes acerca de “*los principios del derecho disciplinario y las relaciones especiales de sujeción*”, en donde los ponentes insistieron en la ratificación de sus temáticas y dieron claridad a los cuestionamientos de los concurrentes.

En el día de hoy 22 de noviembre, los doctores GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO, RUBÉN FLORES DAPKEVICIUS, quien les habla y ÓSCAR JINETE DEL VILLAR, disertaron acerca de la “*visión de la jurisprudencia frente al concepto de los *numerus apertus**”, “*los tipos penales y los tipos disciplinarios en la República del Uruguay*”, “*la visión de la academia frente al concepto de los *numerus apertus**” y “*los elementos de la culpabilidad y criterios para la clasificación de las faltas gravísimas, graves y leves*”, para mostrar a los asistentes la aceptación de los *numerus apertus*, por un lado, su no existencia, por el otro, y cómo algunos académicos los sitúan dentro del concepto de violación al principio de legalidad, amén de las dificultades que ofrecen en la interpretación de los elementos de la culpabilidad y en la clasificación de las *faltas gravísimas, graves y leves*.

El doctor DAVID ALONSO ROA SALGUERO, Procurador Regional de Antioquia, en mesa redonda, una vez resumidas las intervenciones, atendió las inquietudes acerca de “*los *numerus apertus*, la legalidad, la tipicidad, la culpabilidad y la clasificación de las faltas gravísimas, graves y leves*”, en donde los ponentes insistieron en la ratificación de sus temáticas y generaron conformidad a las preguntas de los asistentes.

El doctor JUAN CARLOS NOVOA BUENDÍA, Procurador Delegado para la Sala Disciplinaria, en su tema “*los impedimentos y recusaciones en el proceso disciplinario*”, sugiere que la neutralidad de la autoridad disciplinaria deba guiar todas las actuaciones del proceso disciplinario y por lo tanto resulta necesario garantizarla desde el momento en que se tenga conocimiento de la correspondiente *causal de impedimento o recusación*. Por ello resultaba procedente aplicar la excepción de inconstitucionalidad al artículo 180 de la Ley 734 de febrero 5 de 2002, con la modificación del nuevo Estatuto Anticorrupción para afianzar la garantía desde su comienzo en la medida en que la Ley 1474 de julio 12 de 2011 dispone que el recurso de apelación sólo podrá interponerse una vez se emitiera el *fallo de primera instancia*.

El doctor MANUEL DAGOBERTO CARO ROJAS, en su ponencia “*las prescripciones en materia disciplinaria*”, aconseja la necesidad de tomar las

medidas indispensables para evitar que la caducidad permita que se pierda la competencia en el Derecho Disciplinario y además que se corra el riesgo de la anulación de los *fallos disciplinarios* por parte de la *jurisdicción de lo contencioso administrativo*.

El doctor HÉCTOR FERRER LEAL, al referirse a “*la responsabilidad disciplinaria en el Decreto 1510 de julio 17 de 2013*”, con relación a los aspectos disciplinarios contractuales del Estado, se mostró *defensor* del *principio* de la *tipicidad* en su concepción amplia y garantista. Expresó que el tipo penal en materia de contratación (Art. 48-31), que para muchos es más exigente que la falta disciplinaria, es muy débil, con lo cual se demuestran las dificultades para concretar el tema con relación al *nuevo Estatuto Contractual* en la interpretación y aplicación del tipo contractual bajo la dirección de los principios, fines y funciones del Estado, con absoluto respeto al *debido proceso* y a la *legalidad*.

El doctor CARLOS ARTURO RAMÍREZ VÁSQUEZ, en su conferencia “*la apelación de las pruebas y del fallo en el proceso verbal – dos problemas que no resolvió la jurisprudencia*”-, refiriéndose a la Sentencia C-315 de 2012 y a los artículos 59 y 58 de la Ley 1474 de julio 12 de 2011, expresó que hay *inconsistencias latentes* en la *apelación del fallo de primera instancia* en el proceso verbal, al exigirle en la codificación disciplinaria al *fallador de segunda instancia*, que debe disponer de un traslado de dos (2) días para que el apelante presente alegatos, muy a pesar de que ya sustentó el recurso de apelación en primera instancia. Concluye que ese argumento no es proporcionado, que los argumentos de la Corte Constitucional son contradictorios, dilatorios y generadores de otra etapa. Explica el problema que tiene que ver con la apelación de las pruebas, las que según la disposición se sustentarán una vez proferido y notificado el fallo, lo cual trunca la dialéctica de las pruebas, la inmediación, la limitación y la oralidad en el debate de la primera instancia, que resulta en la segunda instancia. Propone como solución: una reforma legislativa.

El doctor ARTURO RONDEROS SALGADO, Asesor y formador del Instituto de Estudios del Ministerio Público, en mesa redonda, una vez resumidas las intervenciones, atendió las inquietudes acerca de “*los aspectos procesales del Derecho Disciplinario*”, en cuyo lugar los ponentes insistieron en la ratificación de sus temáticas y dieron claridad a los interrogantes planteados por el auditorio.

De esta manera el Instituto de Estudios del Ministerio Público, dirigido por el doctor CHRISTIAN JOSÉ MORA PADILLA, ha querido ser fiel a su



promesa: la de ser un constante “formador” como ingrediente necesario en la prevención de la función disciplinaria.

Feliz regreso a sus hogares.

JAIME MEJÍA OSSMAN  
Procurador Delegado para la Policía Nacional



Carrera 5 No. 15-80 piso 16  
Bogotá, D.C., Colombia  
PBX: (1) 587 8750 Ext: 11621, 11672  
[www.procuraduria.gov.co/iemp](http://www.procuraduria.gov.co/iemp)