

---

CARLOS MARIO ISAZA SERRANO

---

# TEORÍA GENERAL DEL DERECHO DISCIPLINARIO

Aspectos históricos, sustanciales y procesales

*Segunda edición*



TEMIS

ma propio del administrativo, de manera preferencial. Decimos entonces, que el administrativo disciplinario es un administrativo especial y autónomo frente al penal”.

Con una posición más de avanzada en cuanto respecta al tema en estudio se encuentra JAIME MEJÍA OSSMAN<sup>10</sup>, que se abstiene de encasillar el derecho disciplinario en alguna exclusividad administrativa o penal, o administrativa disciplinaria, puesto que simplemente toma como referencia el artículo 29 de la Constitución Política y en aras de preservar los derechos fundamentales del implicado, investigado o disciplinado, aplica la disposición que garantice el respeto a su dignidad humana y que mejor se acomode a su derecho a la defensa, sin conculcar los demás derechos que devienen del debido proceso constitucional. Es tan clara la norma superior, sostiene, que de manera inequívoca sentencia en el inciso 1º que el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Desde esta perspectiva sostiene que sería absurdo sostener que el artículo 29 de la Carta Fundamental admitiera los principios de oportunidad y conveniencia, que siempre han campeado dentro de la estructura del derecho administrativo, porque ellos contrarían, en materia disciplinaria, el derecho fundamental al debido proceso, por ser la base del manejo discrecional de los procesos disciplinario en vigencia de los estatutos anteriores, pues sus normas se interpretaban con referencia al derecho administrativo.

## 1. DEFINICIÓN DEL DERECHO DISCIPLINARIO

El régimen disciplinario como parte integral de la administración de personal es inherente a toda organización, independientemente de cuál sea su naturaleza. En tratándose del Estado, el ejercicio de la potestad disciplinaria y la aplicación del régimen disciplinario previsto para quienes ejercen funciones públicas ha estructurado y desarrollado la noción de derecho disciplinario.

Este viene a ser así una forma jurídica de la realidad organizativa del Estado, con la pretensión de configurar y regular, de acuerdo con principios propios derivados de su naturaleza como organización política, su funcionamiento en la sociedad, modelando la conducta de quienes están llamados directa o indirectamente a realizar sus fines.

<sup>10</sup> JAIME MEJÍA OSSMAN, *Principios constitucionales y legales. Ley disciplinaria fuerzas militares de Colombia*, Bogotá, Doctrina y Ley, 2006, págs. 514 y ss.

El derecho disciplinario es producto de la realidad organizativa del Estado y se ha ido construyendo, en la medida en que se ha ido dando la evolución de este, sobre un conjunto de valores y reglas que enmarcan su funcionamiento con miras a la consecución de sus fines esenciales.

Por tal razón se explica y justifica como reglamentación jurídica autónoma, diseñada con el propósito de encauzarles a los servidores públicos y a los particulares que desempeñen funciones públicas el ejercicio de sus atribuciones y tareas públicas dentro de un marco jurídico previamente ideado en desarrollo del estado de subordinación en que se encuentran estos a causa de la vinculación voluntaria a aquel, o de las tareas que en los mismos términos cumplen.

Su definición puede darse como el conjunto de normas generales y positivas que regulan las condiciones éticas y laborales necesarias para un ejercicio eficiente de la función pública, soportado en los principios de legalidad, honradez, lealtad, moralidad e imparcialidad, amenazando con sanciones disciplinarias a los destinatarios de aquellas que lleguen a transgredirlas. En similar sentido, la jurisprudencia constitucional lo ha definido como “el conjunto de normas, sustanciales y procesales, en virtud de las cuales el Estado asegura la obediencia, la disciplina y el comportamiento ético, la moralidad y la eficiencia de los servidores públicos, con miras a asegurar el buen funcionamiento de los diferentes servicios a su cargo”<sup>11</sup>.

Para este propósito, el derecho disciplinario describe como faltas disciplinarias, o establece los mecanismos para su configuración, los comportamientos que atenten contra las citadas condiciones, fijando además las sanciones correspondientes y los procedimientos adecuados y las autoridades competentes para la imposición de estas.

Un segundo componente del derecho disciplinario se encuentra integrado por las normas adjetivas o procesales que tienen como fin regular el proceso de verificación de las faltas disciplinarias e identificación de los responsables de su comisión y establecer las autoridades competentes para aplicar las sanciones, dentro de etapas formalmente delimitadas y un régimen de garantías otorgado al procesado.

De todo lo anterior se concluye que el derecho disciplinario pretende “regular la actuación de los servidores públicos con miras a asegurar los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad que rigen la función pública, y que para tal cometi-

<sup>11</sup> Corte Const., sent. C-341 de 1996, M. P. Antonio Barrera Carbonell.



do, describe mediante ley una serie de conductas que estima contrarias a ese cometido, sancionándolas proporcionalmente a la afectación de tales intereses que ellas producen<sup>12</sup>.

## 2. OBJETO DEL DERECHO DISCIPLINARIO

Las normas del derecho disciplinario cumplen finalmente un papel preventivo y correctivo en orden a garantizar la efectividad de los principios y propósitos previstos en la Constitución, la ley y los tratados internacionales, que se deben observar en el ejercicio de la función pública. Dichas normas, según lo reconoce la jurisprudencia constitucional, constituyen una especie de derechos sancionador del Estado<sup>13</sup>.

Los fines del derecho disciplinario son en primera línea pedagógico y preventivo, y en segunda línea prohibitivo y correctivo. Todas sus regulaciones de carácter ético y laboral van encaminadas a modelar los intereses generales de la administración pública, por vía de prohibiciones y abstenciones, lo mismo que la conducta de quien ejerce funciones públicas, para evitar así la realización de determinados comportamientos que por estar tipificados como faltas disciplinarias resultan atentatorios de los principios sobre los que se encuentra soportada la actividad de aquella, tales como legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia y su regular funcionamiento.

## 3. MÉTODO DEL DERECHO DISCIPLINARIO

*Método*, en general, significa el procedimiento o el camino que sigue el pensamiento humano para alcanzar la verdad, la cual, según la definición tomista, es *adaequatio intellectus et rei*. Luego se entiende por *método* el complejo de reglas a las cuales debe atenerse el pensamiento en sus procesos cognoscitivos<sup>14</sup>.

De suerte que el método jurídico es una herramienta de interpretación que en un sistema de leyes escrita, en conjunción con la naturaleza de cada una de estas, se encamina a resguardar algunos principios básicos que explican no solo la razón de ser de un conjunto normativo, es decir,

<sup>12</sup> Corte Const., sent. C-125 de 2003.

<sup>13</sup> Corte Const., sent. C-107 de 2003, M. P. Jaime Araújo Rentería.

<sup>14</sup> GIORGIO DEL VECCHIO, *Filosofía del derecho*, 6ª ed., Barcelona, Edit. Bosch, 1953, pág. 39.

su fundamento legal, sino también la obtención de decisiones correctas, sin perder de vista que “en muchos casos, en los que el juez tiene que decidir, los métodos científicos no lo conducen a resultados seguros, sino que le abren un cierto ámbito de «juicio» en el cual solo un sentido valorativo personal puede ser decisivo”.

Con la índole de los objetos concurre en la elección del método la de los fines perseguidos. El fin general es el saber; pero este fin total se descompone en muchos fines parciales. El fin próximo puede ser una terminante descripción de la experiencia, el establecimiento de tipos específicos o genéricos, el hallazgo o formulación de leyes o la demostración y sistematización teórica, etc.<sup>15</sup>.

Consideramos, por tanto, que teniendo el método del derecho disciplinario como objeto el conjunto de disposiciones que integran la normativa disciplinaria y como fines los de sistematización de dicha normatividad y demostración de su verdadera esencia y autonomía, de acuerdo con sus especificidades, y debiendo aquel adaptarse al objeto que se aplica y a los fines que se persiguen, cualquier trabajo de investigación realizado en estos dos sentidos debe adecuarse en el contexto del derecho disciplinario al producto normativo, entendiéndose por este las normas jurídicas y las decisiones judiciales que le fijan alcance, por su carácter vinculante, como precedentes.

El contexto del derecho disciplinario es doméstico, resultado de la existencia de regulaciones legales y administrativas, hoy en su mayoría codificadas, que se explican por la necesidad de garantizar el oportuno y correcto funcionamiento del Estado, a las cuales su suma un acervo de jurisprudencia de naturaleza constitucional y contencioso-administrativa.

Así las cosas, los intentos de sistematización y demostración doctrinal deben necesariamente partir de este objeto y no ser un objeto en sí mismo, aunque se propongan su deconstrucción total o parcial, por medio del examen crítico y la formulación de nuevas propuestas, y sustentarse en herramientas técnico-jurídicas relacionadas con la función pública, con las situaciones administrativas, con el desempeño de los agentes estatales, los actos jurídicos y las decisiones administrativas, entre otros aspectos.

Pese a ello, la interpretación que más interesa a la finalidad de este trabajo es la que debe realizar el operador de la ley disciplinaria, encaminada a obtener decisiones correctas sobre la base de consultar la necesi-

<sup>15</sup> FRANCISCO ROMERO, *Lógica (edición escolar)*, 10ª ed., Buenos Aires-México, Espasa-Calpe, 1947.

dad de mantenerle al derecho disciplinario un perfil propio, respetando las garantías debidas al servidor público procesado.

Por ende, antes que abundar en el examen de los diversos métodos de interpretación existentes, creemos oportuno ajustar la utilización de estos a la aplicación de unas pautas de obligatorio cumplimiento, no solo por su carácter vinculante, dado su ascendente legal o de jurisprudencia, sino también por la necesidad axiológica e instrumental de adecuar el método o los métodos escogidos, a la naturaleza y fin perseguidos por el derecho disciplinario, en consideración a que este tiene reglas y principios propios que fundan una teoría autónoma en la materia.

Ahora bien, cualquier herramienta hermenéutica que se haya de utilizar en la praxis del derecho disciplinario debe tener una visión integral y retroalimentarse por medio de los métodos sistemático y teleológico de interpretación; las normas disciplinarias nunca deben sacarse de su contexto laboral: debe regir el principio de investigación integral; las decisiones interlocutorias deben ser argumentadas y reflejar los principios de razonabilidad, proporcionalidad, interpretación restrictiva e integración normativa en defecto de regulaciones propias. Prima además como objetivo del proceso disciplinario el descubrimiento de la verdad real, es decir, interesa más descubrir qué sucedió y a su responsable, que jugar con la utilización oportuna de las etapas procesales (todo se prueba nada se presume), sin olvidar que ya dentro del proceso disciplinario, el servidor público investigado retoma dentro de las reglas de aquel, la plenitud de sus derechos fundamentales como sujeto procesal.

### TÍTULO TERCERO

## TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA

## CAPÍTULO I

### DE LA FALTA DISCIPLINARIA

*A cada cordero se le cuelga por su pata<sup>1</sup>.*

#### 1. INTRODUCCIÓN

La clasificación contextual de la noción de falta disciplinaria se verifica dentro del alcance y cometido de tres conceptos íntimamente relacionados entre sí, a saber: el de reserva legal, el de legalidad y el de tipicidad.

#### 2. PRINCIPIO DE RESERVA LEGAL

La reserva legal tiene asiento constitucional en los artículos 29, 123, 124 y 150, numeral 23, y su fundamento es político; es decir, se traduce en una cláusula de competencia exclusiva y excluyente que radica en el Congreso de la República como depositario de la voluntad general, dentro del reparto de funciones que se hace en la organización del Estado, la atribución de producir formalmente las normas mediante las cuales se tipifican las conductas disciplinarias, se señalan las respectivas sanciones, se establecen los procedimientos para efectivizarlas y las autoridades competentes para imponerlas, al igual que las garantías debidas a sus destinatarios.

#### 3. PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Es al lado del concepto de la ley, de la garantía y protección de los derechos fundamentales y de la independencia de los tribunales, uno de los elementos que condiciona la eficacia de nuestro Estado social de derecho. Doctrinalmente se concibe como la sumisión de la actividad estatal

<sup>1</sup> Proverbio turco.

a la ley<sup>2</sup>. Dicho principio “comporta una de las conquistas más significativas del constitucionalismo democrático, en cuanto actúa a la manera de una salvaguarda de la seguridad jurídica de los ciudadanos, permitiéndoles conocer con anticipación las conductas reprochables y las sanciones que le son aplicables. A partir del citado principio, no es posible adelantar válidamente un proceso penal, disciplinario o de naturaleza sancionadora si el precepto *praeceptum legis* y su correspondiente consecuencia jurídica *sanctio legis* no se encuentran previamente definidos en la ley”<sup>3</sup>.

Por tanto en nuestro Estado de derecho, al igual que en cualquiera otro que se precie de moderno, las competencias en el ámbito de lo público son regladas, y los servidores públicos, a diferencia de los particulares, no solo responden por infringir la Constitución y las leyes, sino también por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones<sup>4</sup>.

En consecuencia, la vigencia del principio de legalidad, específicamente en lo que atañe al ámbito del derecho disciplinario, le impone al Estado una doble vinculación, a saber: regular el tema en estudio mediante ley formal y delimitar el ámbito de acción de los destinatarios de la ley disciplinaria. Para que conociendo el alcance funcional de su misión oficial, los deberes que la enmarcan, los derechos que les asisten y las prohibiciones existentes como límites a su gestión, puedan ajustar su conducta a este conjunto de condicionamientos sabiendo de antemano las consecuencias de su obrar contrario a estos.

<sup>2</sup> Cfr. ERNST FORSTHOFF, *Concepto y esencia del Estado social de derecho. El Estado social*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1975, reimp. de 1986, cit. por RAMÓN EDUARDO MADRIÑÁN R., *El Estado social de derecho*, Santa Fe de Bogotá, Gustavo Ibáñez, 1997, pág. 45.

<sup>3</sup> Corte Const., sent. C-393 de 2006, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

<sup>4</sup> Const. Pol., art. 6º. Sin embargo, en lo que hace a los particulares que ejercen funciones públicas, ha consignado la Corte Constitucional en sentencia C-286 de 1996: “[...] cambia así sustancialmente la lectura del artículo 6º de la Constitución Política, que ya no admite una interpretación literal sino sistemática: a la luz del conjunto de principios y preceptos constitucionales, el particular que se halla en cualquiera de las situaciones en las que el orden jurídico lo faculta para cumplir papeles que en principio corresponderían a organismos y funcionarios estatales, no puede ser mirado de modo absoluto bajo la óptica de una responsabilidad igual a la de los demás particulares, circunscrita apenas a su condición privada, ya que por razón de la tarea que efectivamente desarrolla, en la medida de esta y en cuanto toca con el interés colectivo, es públicamente responsable por su actividad, sin que llegue por eso a convertirse —se repite— en servidor del Estado desde el punto de vista subjetivo”.

Esta exigencia se plantea como garantía frente al Estado, máxime si se toma como punto de partida el carácter punitivo que es obligatorio atribuir al ejercicio de la potestad disciplinaria, dado que toda sanción disciplinaria tiene un trasfondo penal intrínseco; lo cual se traduce también en la necesidad de proyectar respecto de dicho ejercicio las garantías que un derecho más general, el penal, ha venido elaborando en favor del procesado.

Precisamente, tanto en el caso del ejercicio de la potestad disciplinaria como de las demás potestades, como poderes de actuación del Estado frente a las demás personas, hay que tener en cuenta que a pesar de que dicho ejercicio se concreta en actos ordinarios de ejercicio del poder público, en ningún evento pueden desarrollarse de forma absoluta o ilimitada, sino dentro de los criterios que les fija el ordenamiento jurídico.

Así mismo, esta garantía que se traduce en un límite para el ejercicio de la potestad sancionadora termina por transformarse en un derecho subjetivo en favor de aquellos, consistente en no padecer sanciones sino en los casos expresamente señalados en la ley y de mano de las autoridades instituidas para tal fin.

Tanto una particularidad como la otra permiten esbozar frente al principio de legalidad la construcción de una teoría del derecho disciplinario relacionada con el tema objeto de estudio, en el siguiente sentido: definición de los actos que por acción u omisión se consideran violatorios del ordenamiento disciplinario; demostración probatoria inequívoca de los hechos materia de investigación y su perfecta adecuación a la descripción legal, descartando de plano la posibilidad de sancionar por supuestos diferentes de los previstos en las normas; presencia y evaluación de los elementos subjetivos de culpabilidad admitidos en esta materia; individualización y determinación precisa de la conducta, de manera que no deje lugar a dudas como condición necesaria para la defensa del disciplinado; y determinación legal de las sanciones, proporcionalidad y correspondencia entre estas y las conductas que las posibilitan.

Además, se requiere que el cumplimiento de las exigencias de procedimiento se verifique mediante la observancia del principio de investigación integral y la proscripción de interpretaciones analógicas o extensivas en perjuicio del disciplinado.

No obstante, existe una diferencia importante en la aplicación del principio de legalidad respecto de la determinación de las conductas en los tipos legales del ordenamiento penal, por un lado, y en los del ordenamiento disciplinario, por el otro, que ha señalado la jurisprudencia de esta corporación, así: “Con base en lo anterior, es de anotar como peculiari-



dad 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, por las razones que a continuación se señalan: 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<sup>5</sup>.

El principio de legalidad encuentra así parte importante de su desarrollo en los tipos sancionatorios, los cuales constituyen formulaciones abstractas e hipotéticas que hace el legislador de los comportamientos que por acción u omisión considera lesivos de bienes jurídicos objeto de protección<sup>6</sup>, y cuyo tratamiento se concreta en el denominado principio de tipicidad.

Es decir, “el referido principio que prefigura la infracción y la sanción, tiene un desarrollo específico en la tipicidad. Al paso que aquel demanda imperativamente la determinación normativa de las conductas que se consideran reprochables o ilícitas, el principio de tipicidad exige la concreción de la correspondiente prescripción, 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 estos, o sea las sanciones<sup>7</sup>”.

<sup>5</sup> Corte Const., sent. C-124 de 2003, M. P. Jaime Araújo Rentería.

<sup>6</sup> HERNANDO BARRETO ARDILA, *Principios y normas rectoras de la ley disciplinaria*, Santa Fe de Bogotá, Instituto de Estudios del Ministerio Público, Procuraduría General de la Nación, 1999.

<sup>7</sup> Corte Const., sent. C-769 de 1999, M. P. Antonio Barrera Carbonell.

#### 4. DEL PRINCIPIO DE TIPICIDAD

Por regla general, el denominado “principio de 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>8</sup>”. No obstante, creemos que en materia disciplinaria, ante la ausencia de libertad individual, la tipicidad está llamada a cumplir básicamente la función de seguridad jurídica, si se considera el hecho de que en el contexto funcional la noción de libertad no existe o se encuentra interferida de forma tal, que apunta a la realización de fines ajenos a los propios del gestor público.

Es decir, si se parte del hecho de que desde el deber funcional como centro de imputación jurídica surgen todas las acciones que pueden llegar a afectarlo y respecto de su ejercicio no opera ningún ámbito de libertad, se entiende que para quien ejerce funciones públicas el límite es el deber funcional mismo y por consiguiente, la tipicidad como garantía emerge en el proceso, en la medida en que vincula a la administración con la obligación de confrontar correctamente la conducta examinada con el tipo disciplinario que se estructura, de tal manera que de este cotejo exacto se les permita a los procesados defender sus intereses.

En este sentido, el juicio de adecuación típica tiene como presupuesto indefectible una relación de contrariedad entre la acción y su descripción legal, partiendo de que la conducta que se examina, con objeto de determinar si contravino o no el deber funcional, no ha desconocido un límite externo sino interno a partir del cual se genera la intervención disciplinaria. Es decir, el servidor público en principio no choca con una prohibición legal sino con una exigencia laboral y por ende, la tipicidad es operativa y solo tiene sentido como garantía tomando por un lado como extremo el contenido material del deber funcional y por el otro el contenido jurídico, que es lo que en últimas nos permite sostener que en el derecho disciplinario no rige de manera íntegra, sino atenuada, el principio estudiado.

En efecto, este principio actúa en la praxis disciplinaria con atenuado rigor, y por ende, corresponde aplicarlo flexiblemente, no obstante que una y otra circunstancia tiene como referencia el ejercicio del deber funcional, desde una doble consideración: negativa o defectuosa.

Este predicamento se condensa en cuanto atañe a la definición de falta disciplinaria y a la determinación de la sanción, en lo razonado por la jurisprudencia en lo que hace al derecho disciplinario, “cuya aplicación co-

<sup>8</sup> Corte Const., *idem*.

responde a las autoridades que supervigilan la conducta oficial de los servidores públicos y a las autoridades administrativas”, respecto del cual “la doctrina ha admitido la posibilidad de que puedan existir faltas, a partir de la trasgresión de deberes o prohibiciones muy generales que se establecen en los estatutos que rigen la función pública [...]. De este modo, se concede a dichas autoridades una racional y razonable facultad discrecional para valorar si la conducta investigada es susceptible de sanción o no”<sup>9</sup>, no se debe perder de vista que dicha valoración debe darse siempre sobre la base de todos y cada uno de los elementos normativos y subjetivos que componen el deber legal o el tipo disciplinario desconocido, para evitar así que el operador disciplinario se sitúe para efectos punitivos por fuera de las fronteras que delimitan el precepto prohibitivo.

Solo por excepción se sigue en la adecuación de las conductas un sistema de tipos cerrados que enumera y describe taxativamente las faltas disciplinarias gravísimas y la sanción que indefectiblemente corresponde aplicar. Es decir, 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 cuáles 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 sea quien deba establecer cuáles tipos disciplinarios admiten la modalidad culposa partiendo de la estructura del tipo, del bien tutelado o del significado de la prohibición<sup>10</sup>.

Pero en la medida en que dicha frontera sea en mayor o menor grado borrosa o vaga por la generalidad del lenguaje utilizado, se impone del operador disciplinario un más severo tratamiento de este principio, mediante

<sup>9</sup> Corte Const., sent. C-769 de 1998, M. P. Antonio Barrera Carbonell.

<sup>10</sup> Corte Const., sent. C-155 de 2002, M. P. Clara Inés Vargas.

un análisis racional determinado por los principios de seguridad jurídica y de legitimidad de la configuración de los comportamientos ilícitos, que sustentan el principio de legalidad.

## 5. DE LA NOCIÓN DE ‘FALTA DISCIPLINARIA’

Surge así la noción de ‘falta disciplinaria’, asociada necesariamente con los principios de legalidad y debido proceso. Sin embargo, la ley disciplinaria no da un concepto de falta disciplinaria y se abstiene, por ende, de definirla: solo se limita en unos casos a hacer descripciones típicas de las conductas que la constituyen, y en otros, a señalar los comportamientos frente a los cuales se puede configurar una infracción disciplinaria.

En ambos casos deriva dichas implicaciones de la condición de servidor público o del ejercicio de funciones públicas. Sin embargo, la falta disciplinaria puede definirse doctrinalmente como un comportamiento descrito en la ley, como violatorio del régimen disciplinario realizado por quien desempeña funciones públicas y que tiene previsto como consecuencia una sanción de igual naturaleza.

Esta definición recoge en su conjunto una garantía de orden material que presupuesta la necesidad de predeterminar normativamente las faltas disciplinarias y las sanciones correspondientes, mediante el establecimiento legal de preceptos, mecanismos y criterios que permitan configurarlas con alguna certeza al igual que las sanciones que corresponde aplicar.

Es decir, las “faltas disciplinarias no son diseñadas con el mismo pormenor exigido para los delitos y normalmente deben preverse con un margen de apreciación a quien haya de calificarlas, para alcanzar el cometido propio del proceso disciplinario cual es el de garantizar la eficacia y dignidad del servicio, sin desmedro de los derechos del imputado”<sup>11</sup>.

Se trata, pues, de disposiciones que tienen un objeto distinto del de la ley penal y su campo de acción es mucho más limitado: cubre a los funcionarios públicos y establece el régimen especial al que estos, por el hecho de serlo, quedan sometidos<sup>12</sup>.

Sin embargo, a pesar de estas diferencias existentes entre la determinación de una falta disciplinaria y una penal, “no hay lugar a aplicación analógica o extensiva implícita de normas”, de tal modo que de la flexibilidad ya enunciada no es posible inferir que el juzgador disciplina-

<sup>11</sup> C. S. de J., Sala Plena, sent. de 1º junio 1982.

<sup>12</sup> C. S. de J., Sala Plena, sent. de 10 marzo 1988, M. P. Hernando Gómez Otálora.



rio pueda sustituir al legislador y describir faltas para calificar comportamientos disciplinarios similares<sup>13</sup>.

Por ello se puede concluir que por reconocérsele sustantividad propia a la falta disciplinaria, la aplicación del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* se verifica con gran flexibilidad, cuando el Código Disciplinario Único<sup>14</sup> señala que el incumplimiento de los deberes, el abuso o extralimitación de los derechos y funciones, la incursión en prohibiciones, impedimentos, inhabilidades y conflictos de intereses, al igual que otras conductas descritas típicamente, constituyen falta disciplinaria y dan lugar al ejercicio de acción e imposición de la sanción correspondiente.

Las razones fundamentales son de carácter garantístico y técnico. En el primero de estos casos, se trata de fijarle límites legales al ejercicio de la potestad sancionadora procurándole protección al destinatario de la ley disciplinaria, al establecer previamente las características generales de cualquier infracción administrativa y las sanciones que se han de imponer.

En el segundo, se trata de no petrificar y generalizar en el texto de una ley, todas las infracciones disciplinarias puesto que el legislador no está en condiciones de conocer todos los casos prácticos susceptibles de tipificar como faltas disciplinarias, ni los órganos del Estado tampoco. “La variabilidad de circunstancias hace casi imposible la minuciosa previsión de las infracciones, algunas de las cuales quedan definidas como desobediencias genéricas”<sup>15</sup>.

Lo cual obliga a considerar “lógico y realista admitir en la esfera disciplinaria cierta flexibilización de sus postulados pues si un ilícito es la infracción de un deber (puesto en relación a [*sic*] un bien jurídico protegido) resulta imposible determinar todos y cada uno de los comportamientos que pueden perturbar el buen funcionamiento del servicio al que tienen derecho todos los ciudadanos”<sup>16</sup>.

Por tal razón resulta admisible, jurídicamente, la existencia “de tipos abiertos en las conductas constitutivas de faltas disciplinarias, ante la imposibilidad de contar con un catálogo de conductas donde se subsuman todas aquellas que se alejen de los propósitos de la función pública, y por ende resulten sancionables”<sup>17</sup>. Con todo, el punto de partida del proceso

<sup>13</sup> C. S. de J., Sala Plena, *ibidem*.

<sup>14</sup> Véanse arts. 25, 26 y 38.

<sup>15</sup> LUIS EDUARDO MESA VELÁSQUEZ, *Lecciones de derecho penal*, Medellín, Universidad de Antioquia, 1962.

<sup>16</sup> JUAN TRAYTER MANUEL, *op. cit.*, 1992.

<sup>17</sup> Corte Const., sent. C- 427 de 1994, M. P. Fabio Morón Díaz.

de tipificación de la falta será el deber funcional específico, atribuido al destinatario de la ley disciplinaria, de cara a un deber más general, consagrado en una disposición normativa superior que sustente el cumplimiento de aquel.

## 6. ASPECTOS PROBLEMÁTICOS DE LA TIPIFICACIÓN DE LAS FALTAS DISCIPLINARIAS

El mismo sistema operativo del derecho disciplinario genera, cuando se activan los mecanismos tendientes a efectivizarlo, una serie de aspectos problemáticos que atañen a la tipificación de las faltas, imposición de las sanciones y procedimientos autorizados legalmente para lograr los fines trazados a aquel.

Estos aspectos problemáticos son: operatividad de los reglamentos, manejo de conceptos indeterminados o en blanco, aplicación del principio de favorabilidad, aplicación del principio de especialidad y consideración de la culpabilidad en el proceso de tipificación de la conducta.

## 7. CONSIDERACIÓN DE LA CULPABILIDAD EN EL PROCESO DE TIPIFICACIÓN DE LAS FALTAS DISCIPLINARIAS

La imputación subjetiva debe quedar obligatoriamente definida en el auto de formulación de cargos<sup>18</sup>, en cumplimiento del requisito formal que consagra el numeral 7 del artículo 162 del Código Disciplinario Único; sin embargo, nada obsta para que el operador disciplinario en el auto de apertura de la investigación perfile al menos los contornos de ella, para un mejor ejercicio del derecho de defensa.

No debe olvidarse que si bien el legislador ha adoptado para el derecho disciplinario un sistema amplio y genérico de incriminación que ha

<sup>18</sup> Las sentencias proferidas por la Corte Constitucional en desarrollo de su función de control abstracto de constitucionalidad tienen carácter definitivo y *erga omnes*. De modo que, a partir de su notificación en legal forma, inciden directamente en la configuración del orden jurídico que los administradores de la justicia disciplinaria están obligados a conocer y a aplicar en la definición del derecho. Este análisis correspondiente a las normas integrantes de la Constitución resulta obligatorio para el operador jurídico a falta de norma expresa aplicable al caso controvertido. Lo cierto e indiscutible, por mandato de la Carta, es que a nadie —menos a un operador disciplinario— se le permite desconocer o ignorar la parte resolutoria de los fallos de constitucionalidad (sent. T-106 de 1996).

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.”, tal determinación en el sistema de *numerus apertus* debe establecer a partir del examen si el tipo disciplinario admite la modalidad culposa “partiendo de la estructura del tipo, del bien tutelado o del significado de la prohibición”<sup>19</sup>, pero antes que todo del acervo probatorio que en últimas será el que determine la modalidad de conducta.

De no definirse así en el auto de cargos el elemento subjetivo bajo el cual se imputa la conducta, de definirse ambiguamente o por lo menos de no poderse deducir en forma clara esta imputación del texto mismo del aludido proveído, nos encontraremos ante una circunstancia procesal que configura una irregularidad sustancial que afecta el debido proceso, en cuanto se traduce en concreto en una violación del principio de legalidad y del derecho de defensa, por la ostensible vaguedad que la propicia en punto a la consideración de la exigencia de culpabilidad para derivar la correspondiente responsabilidad. Esta derivación, en cuanto respecta al tema, la introduciría al fallo como un factor sorpresa, por no tener referente de congruencia en las actuaciones anteriores.

No solo son diferentes los presupuestos psicológicos que informan en la culpabilidad, las conductas dolosas y las culposas a título de culpa grave y gravísima, sino que para fines probatorios hablamos de discusiones probatorias diametralmente opuestas porque en sus sendas configuraciones juegan elementos distintos, tal como lo veremos al estudiar ambas figuras en el capítulo correspondiente.

## 8. OPERATIVIDAD DE LOS REGLAMENTOS

Ante la vigencia del principio de reserva legal en materia disciplinaria determinado por los artículos 123, inciso final, y 124 de la Constitución Política, ha rondado como preocupación central de la doctrina especializada la pregunta: ¿es posible que los reglamentos alcancen efectividad sancionadora? Particularmente, cuando llevan a cabo el objeto de su ra-

<sup>19</sup> Corte Const., sent. C-155 de 2002, M. P. Clara Inés Vargas.

zón de ser —concreciones o descripciones más precisas del texto de la ley—, con el propósito de hacerla funcional.

La respuesta que al respecto se ha esgrimido es aceptar como válida la colaboración reglamentaria en el campo sancionador, únicamente en casos en los cuales “la ley no se remite al reglamento para que este elabore una regulación independiente de la ley, sino que el reglamento simplemente contribuye a la precisión de ciertos conceptos legales, que ya se encuentran de por sí, suficientemente determinados por esta”<sup>20</sup>. De no ser así, el operador disciplinario debe abstenerse de aplicarlas.

## 9. MANEJO DE LOS CONCEPTOS INDETERMINADOS O EN BLANCO

Esta clase de conceptos tienen lugar cuando la propia ley disciplinaria remite para la tipificación de una conducta a una norma diferente o con rango inferior a la ley. En el derecho disciplinario la utilización de conceptos jurídicos indeterminados no viola el principio de legalidad, cuando estos pueden llegar a determinarse en virtud de remisiones normativas o de criterios técnicos, lógicos, empíricos, semánticos o de otra naturaleza, que permitan conocer, con suficiente precisión, el alcance de la infracción y de su respectiva sanción. Así entendido, solo si el concepto no puede concretarse se entiende afectada la tipicidad, pues en ese caso la definición de la infracción quedaría en cabeza del operador jurídico, que valoraría libremente la conducta sin referente normativo válido<sup>21</sup>.

Como el texto de la disposición disciplinaria es de carácter punitivo, se encuentra fuera de toda duda que su interpretación debe hacerse con carácter restrictivo; sin embargo, el problema aflora cuando se trata de considerar la norma remitida o complementaria del tipo abierto o en blanco, en conexión con este.

Decimos ‘aflora’ en primer lugar, porque la norma remitida o complementaria ha sido concebida como parte de otro estatuto u otra normativa para regular aspectos que atañen al desarrollo de actividades y fines diferentes de los del derecho disciplinario y no incluye *interna corporis*, el propósito de complementar o cerrar el tipo en blanco que remite a ella. De manera que en principio no es una norma de naturaleza disciplinaria; pero al ser integrada a aquel, cabe preguntarse si asume también la misma naturaleza de la normativa que la integra.

<sup>20</sup> Corte Const., sent. C-597 de 1996, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

<sup>21</sup> Corte Const., sent. C-393 de 2006, M. P. Rodrigo Escobar Gil.



Debe responderse entonces que el complemento, al ser integrado al tipo en blanco, queda vinculado por los mismos principios de interpretación que rigen para el derecho disciplinario, de tal forma que si en el área jurídica a la que pertenece aquel es admisible la interpretación analógica, una vez integrada dicha disposición al tipo en blanco para cerrarlo, no es posible recurrir a la analogía para determinar un sentido o alcance diferente del que tiene, sobre todo si desfavorece al procesado.

Un segundo punto en el manejo del tema se relaciona con la tensión que se origina entre los fines de una normativa específica concebida para regular y facilitar el desarrollo material de las actividades que se ordenan y los del derecho disciplinario.

En todo caso, hablamos de *tensión* gracias al hecho que la ley disciplinaria aporta en el proceso de integración, un vaciado finalístico a las normas complementarias o remitidas, determinado por las necesidades propias del derecho disciplinario tales como estructurar un tipo disciplinario y en definitiva proteger un interés jurídico, mientras que el aporte de las segundas es meramente jurídico y conceptual.

No obstante, “cualquiera sea el punto que se adopte en esta materia, la interpretación del tipo ya integrado debe hacerse de acuerdo con los criterios que presiden la de la ley en blanco [...] Todo esto se funda en la idea de que la interpretación de una ley que asigna una pena a ciertos comportamientos debe ser siempre estricta y determinada por los fines de la punibilidad”<sup>22</sup>.

Naturalmente, no debe olvidarse que en ciertas ocasiones, no poco frecuentes, las normas en blanco crean incertidumbre a causa del dificultoso manejo que otros ordenamientos constituyen para el investigador, y con mayor razón para el servidor público, hacia el cual están dirigidas tales disposiciones, a fin de precisar su cláusula general de reserva; es decir, corresponde evaluar al investigador si frente al caso concreto le era posible al servidor público saber lo prohibido para concluir lo permitido, o saber aquello para lo cual se encuentra expresamente facultado, atendiendo que sus deberes y prohibiciones se encuentran reglamentados en toda clase de resoluciones, decretos reglamentarios, directivas, circulares, acuerdos de junta directiva, etc.<sup>23</sup>.

Presumir el conocimiento de esta serie de actos jurídicos, sin aplicar ninguna distinción, es atentatorio del principio que se ha pretendido ga-

<sup>22</sup> ENRIQUE CURY, *La ley penal en blanco*, Bogotá, Edit. Temis, 1988, pág. 115.

<sup>23</sup> HERNANDO BARRETO ARDILA, *Principios y normas de la ley disciplinaria*, Santa Fe de Bogotá, Universidad del Rosario, Facultad de Educación Continuada, 1998.

rantizar con ellos: el de la seguridad jurídica. En este sentido, la evaluación del investigador, en el escenario real de posibilidades de conocimiento del servidor público, debe determinar si la ignorancia o el desconocimiento alegado en su defensa sirven como eximente de responsabilidad o no.

Tiene que ver este aspecto, por consiguiente, con la consideración del error de prohibición frente al principio de que la ignorancia de la ley no excusa su cumplimiento, el cual debe ser relativizado en el ámbito del derecho disciplinario “mediante las circunstancias subjetivas y objetivas concurrentes, y, por ello, determinantes de la actuación o inactividad del inculcado”, el cual “no tiene el deber de conocer los complejos entresijos del ordenamiento jurídico, cada día más frondoso”, lo cual puede terminar por enervar una imputación subjetiva a título de dolo.

#### 10. DESARTICULACIÓN DEL TIPO DISCIPLINARIO POR LA DESAPARICIÓN DE UNO DE SUS ELEMENTOS SUBJETIVOS O NORMATIVOS CONFIGURADORES DE SU ESTRUCTURA LEGAL

Cada uno de los presupuestos legales con los cuales se configura el tipo disciplinario termina por ser en cada caso concreto un elemento normativo del tipo.

Una vez identificada la violación de un deber legal, el abuso de un derecho o la incursión en una prohibición, tanto el precepto como la conducta entran a constituir un todo inescindible, de manera que sin deber, abuso o prohibición, no es dable predicar desde la comisión del hecho hasta la finalización del proceso y los efectos de las faltas, la existencia de infracción disciplinaria por atipicidad de la conducta.

Así sucede cuando en el curso del proceso disciplinario o con posterioridad a la sanción que mediante él se impone esta se encuentra surtiendo efectos, es derogada, declarada inexecutable o en general, retirada del ordenamiento jurídico la disposición consagradoria de un deber legal, de una prohibición, inhabilidad, incompatibilidad o conflicto de intereses. Lo cual viene a aparejar por atipicidad de la conducta la inaplicación del principio de subsidiariedad en materia disciplinaria, consistente en que a falta de una norma pueda aplicarse otra concurrente. También sucedió en todos aquellos casos en que el servidor público se encontraba siendo procesado disciplinariamente, antes de la declaratoria de *inexecutable* del numeral 29 del artículo 41 de la ley 200 de 1995, por haber soli-



citado u obtenido préstamo o garantías de organismos crediticios, sin autorización escrita y previa de jefe del respectivo organismo o de quien estuviera delegado.

### 11. CÍRCULO VICIOSO DE LA TIPIFICACIÓN DE LAS FALTAS EN MATERIA DISCIPLINARIA

En materia disciplinaria, había aducido la jurisprudencia que la simple violación de una norma legal no constituía por sí misma falta disciplinaria.

Dicha violación acarrearía la nulidad del acto expedido, pero no necesariamente implica una conducta del funcionario sometida a sanción. Para que se configure la falta disciplinaria se requiere, por una parte, la tipificación de la conducta como falta y por otra, la demostración de la culpabilidad en que hubiera incurrido el funcionario al realizar esa conducta<sup>24</sup>.

En la actualidad, es claro que no operan desde ningún punto las citadas consideraciones de la jurisprudencia, dado el esquema general que rige para la configuración de las faltas disciplinarias a partir del incumplimiento de los deberes, el abuso o extralimitación de los derechos y funciones, la incursión en prohibiciones, impedimentos, inhabilidades y conflictos de intereses y la existencia de normas como la prevista en el numeral 1 del artículo 34 de la ley 734 de 2002, consagratorias de potenciales desobediencias genéricas cuando se desconoce el deber legal de cumplir y hacer que se cumpla la Constitución, los tratados públicos ratificados por el gobierno colombiano, las leyes, las ordenanzas, los acuerdos municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos, los manuales de funciones, las órdenes superiores, cuando correspondan a la naturaleza de sus funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas y los contratos de trabajo.

No opera, porque en la mayoría de los casos el esquema en la estructuración objetiva de la conducta funciona por medio de tipos abiertos, *numerus apertus*, y no cerrados, *numerus clausus*, que hacen que en aquellos eventos en que no se haya previsto legalmente la adecuación de la conducta por el incumplimiento de un deber específico, esta se pueda tipificar por conducto de una violación genérica. Lo cual viene a configurar una especie de telaraña jurídica frente a la cual siempre se evaluará en principio la conducta como violatoria del ordenamiento legal.

### 12. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD

Este principio —ya ampliamente explicado en el capítulo referente a los principios rectores en materia disciplinaria— presenta en el proceso de tipificación de la falta disciplinaria dificultades en su manejo por la existencia de un sinnúmero de disposiciones configuradoras de tipos disciplinarios abiertos y cerrados, que bien pueden albergar la conducta objeto de reparos.

Estas dificultades se originan, particularmente ante preceptos que coexistiendo simultáneamente en el tiempo, se excluyen al aplicar alguno, por circunstancias como que ordinariamente en el derecho disciplinario el interés jurídico no está, en primera instancia, individualmente considerado en alguien, sino que asume la forma de un interés general. Lo cual hace que este como tal pierda fuerza referente para estructurar un concurso sobre la base de que la acción quepa en varias disposiciones. Por tal razón adquiere posicionamiento el principio de favorabilidad, sobre todo si a causa del precepto que se prefiera para su aplicación entra en consideración una sanción menos drástica.

### 13. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD

La disposición relativa a un asunto especial prefiere la que tenga carácter general<sup>25</sup>. De esta forma relaciona la ley el principio de especialidad, que si bien en cuanto a la materia que lo informa no tendría cabida en el derecho disciplinario, porque se trataría de temas atinentes a este, si es posible invocarlo ante la aplicación que de regulaciones normativas de los códigos de Procedimiento Penal y Contencioso Administrativo pretenda hacer el operador cuando existan disposiciones propias en el Código Disciplinario Único que traten el asunto que se haya de resolver, tales como nulidades, notificaciones y revocación de fallo, entre otros.

Igualmente el principio de especialidad rige para resolver, complementariamente con el de favorabilidad, conflictos suscitados por la aplicación de normas que coexistiendo simultáneamente en el tiempo, podrían tener aplicación de manera excluyente al caso en estudio.

En estos eventos la especialidad viene dictada por las peculiaridades de la conducta, que hacen que se adecue de mejor forma a un tipo y no a otro, según las circunstancias de modo, tiempo y las especiales, por lo que

<sup>24</sup> C. de E., Sección Primera, sent. de 27 junio 1991, C. P. Libardo Rodríguez R.

<sup>25</sup> Ley 57 de 1887, art. 1º.

corresponde al operador respetar este ámbito de especificidad y no desplazarla a uno más general.

#### 14. POSIBILIDAD DE CALIFICAR UNA CONDUCTA DE LAS TIFICADAS EN EL NUMERAL 31 DEL ARTÍCULO 48 DEL C. D. Ú., COMO FALTA GRAVE O LEVE

Como resultado del poder de configuración normativa de los fallos de constitucionalidad proferidos por la Corte Constitucional en ejercicio de su función de control abstracto, puede el operador disciplinario calificar la falta consagrada en el numeral 31 del artículo 48 del Código Disciplinario Único como grave o leve, y no necesariamente gravísima.

El fundamento para tal habilitación se encuentra en lo resuelto en la sentencia C-818 de 2005, en la cual la Corte Constitucional expresó que por estar el derecho disciplinario sometido al principio constitucional de proporcionalidad, el operador disciplinario debía señalar en dicho caso si el comportamiento reprochable en materia disciplinaria resultaba excesivo en rigidez frente a la gravedad de la conducta tipificada como condición necesaria para estructurar, la falta disciplinaria por carencia de antijuridicidad material.

El alcance de esta decisión ha sido también entendido en similar sentido por el ministerio público, pero con una conclusión diferente, cuando en una directriz general de interpretación de las normas disciplinarias, extensiva en su decir, al ámbito de la jurisprudencia de las altas cortes en el campo disciplinario, observó que dicha sentencia apuntaba a “que la falta allí consagrada no necesariamente debe considerarse como [*sic*] gravísima, sino que el juez disciplinario debe hacer una ponderación para determinar si la conducta produjo cierta cantidad o no, de daño al bien jurídico protegido”<sup>26</sup>.

#### 15. CALIFICACIÓN DE LAS FALTAS

Conceptual y procesalmente no basta determinar la noción de falta disciplinaria. Es necesario, además, concretar la conducta susceptible de sanción, dado que la infracción disciplinaria, genéricamente considerada, se traduce en una serie de comportamientos cuya tipificación es menester verificar, ponderando, por grados, su gravedad y trascendencia, con

<sup>26</sup> EDGARDO MAYA VILLAZÓN, “La Ilícitud sustancial”, en *Procurando*, Boletín informativo de la Procuraduría General de la Nación, 2006, núm. 43.

base en criterios que la misma ley suministra para imponer la correspondiente sanción.

Estos grados comportan, de por sí, cuantitativa y cualitativamente, la calificación legal de las faltas en gravísimas, graves y leves.

El Código Disciplinario Único, en esta materia, opta por un sistema mixto que fija taxativamente y describe, por una parte, una relación de conductas consideradas faltas gravísimas en razón de su importancia y trascendencia. En este caso, el operador disciplinario debe limitarse a realizar el proceso de adecuación típica y evaluar la correspondiente responsabilidad.

Pero frente a la comisión de faltas que no tengan la entidad anterior, establece los mecanismos y criterios para su calificación en *grave o leve*, de acuerdo con la valoración que de estos elementos haga aquel.

Es decir, en materia disciplinaria, no se puede derivar la entidad de la sanción por fuera de su descripción legal. Toda conducta de un servidor público o de quien ejerza funciones públicas se tipifica como falta disciplinaria porque compromete el correcto ejercicio de la administración y conduce a la pérdida de credibilidad en la esfera de la actividad pública. Esta es una causa determinativa de la tipología disciplinaria y no un efecto de la conducta.

A una falta disciplinaria que no se encuentra relacionada por la Constitución y la ley como gravísima y que según los criterios del Código Disciplinario Único puede llegar a ser calificada como leve o grave, exclusivamente—y por consiguiente su punición, fluctuar entre la amonestación, la multa o la suspensión— no se le puede calificar como gravísima.

En este último caso, la administración tiene discrecionalidad para apreciar la conducta y clasificarla, de acuerdo con las facultades y criterios que le otorga la ley. Por consiguiente, esta le impone rigurosamente la clasificación de las que no están expresamente señaladas como gravísimas, en graves o leves únicamente, de manera que una falta no prevista como gravísima solo puede calificarse según los criterios que otorga el artículo 43 del Código Disciplinario Único en grave o leve, por más que concurren varios de ellos, pero nunca puede el operador disciplinario, utilizando un criterio aritmético no autorizado por la ley, tomar la concurrencia de varios de estos para pasarla de grave a gravísima.

Entramos a estudiar a continuación tales criterios, no sin antes advertir sobre la dificultad existente en lo que hace a las faltas gravísimas cuando se califica el aspecto subjetivo como doloso o a título de culpa gra-



vísima en uno cualquiera de sus generadores. En estos casos corresponde solamente ajustar el comportamiento a la conducta descrita en el tipo disciplinario, sin que el menor grado de culpabilidad, y por ende, un reproche mínimo, sirva para atenuar la responsabilidad y cambiar la sanción a una diferente que no implique separación del servicio. No obstante, la calificación provisional de la falta, en lo que resta del proceso disciplinario, permite discutir en torno a su gravedad y aun de su aspecto subjetivo y modificar cualquiera de ellos para disminuir la sanción.

Este análisis pone de presente otra diferencia con el proceso penal, estructurada sobre la base del principio de progresividad, el cual, a partir de la formulación del auto de cargos, no tiene cabida en el proceso disciplinario. Agregamos que solo en aquellos casos en los que la dialéctica probatoria plantee una variación en la adecuación típica y ponga en evidencia el grave yerro del operador disciplinario en el ejercicio de estructuración de la conducta, le es lícito a este subsanar mediante la modificación del auto de cargos el error cometido; en caso contrario, creemos que debe fallar de acuerdo con las valoraciones que inicialmente realizó y a las cuales circunscribió su defensa el implicado.

#### 16. CRITERIOS PARA DETERMINAR LA GRAVEDAD O LEVEDAD DE LAS FALTAS DISCIPLINARIAS

Tanto la clasificación de las faltas disciplinarias entre *graves* y *leves* que trae el artículo 43 de la ley 734 de 2002 como los criterios establecidos para que el investigador disciplinario “deba definir sobre la responsabilidad final en materia disciplinaria de los servidores públicos, para efectos de aplicar la correspondiente sanción”, se han hecho “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”<sup>27</sup>.

##### A) *Grado de culpabilidad*

Esta norma la concibe, no en su acepción procesal como valoración del componente subjetivo de la falta disciplinaria, sino como determina-

ción, entendida como la mayor o menor disposición a cometerla, atendidas las condiciones personales del servidor público y las circunstancias que facilitaban, forzaban o impedían la comisión del ilícito disciplinario en el contexto laboral.

En la medida en que el reproche que corresponda hacerle al autor de la conducta por su afectación al deber funcional sea mayor, según las citadas circunstancias, corresponderá más severidad en la calificación de la falta.

##### B) *Naturaleza esencial del servicio*

En un primer contexto, el término ‘servicio’ es utilizado con el significado de actividad práctica y concreta mediante la cual se satisfacen de una manera directa e inmediata necesidades e intereses públicos, bajo un régimen jurídico específico establecido legalmente.

Según prescripción constitucional, corresponde al legislador definir el carácter esencial de algunas actividades consideradas servicios públicos, y en la medida en que ello suceda, esta circunstancia objetiva por sí sola constituye agravante de la conducta investigada.

En un segundo contexto, tiene una connotación funcional derivada de las atribuciones a cargo de la entidad a la cual pertenece el servidor público o de las funciones que cumple este en aquella, y la esencialidad de dicho servicio se determina por la importancia y necesidad que tengan de él los beneficiarios o usuarios de la actividad pública de que se trate.

##### C) *Grado de perturbación del servicio*

En el contexto de esta norma, por ‘servicio’ no debe entenderse una actividad técnica, práctica y concreta, referida a una clasificación de las diferentes formas de actuar la administración pública, sino en un sentido más completo, la totalidad de la actividad jurídica emanada de los poderes públicos por medio de la cual se materializa la función pública con una tarea a cargo del sujeto disciplinable, realizada directamente por los órganos estatales o por particulares autorizados legal, reglamentaria o contractualmente para el ejercicio de funciones públicas, y su perturbación, como cualquier alteración en su continuidad o cobertura espacial.

##### D) *Jerarquía y mando que el servidor público tenga en la respectiva institución*

Esta norma es portadora, por su redacción, de un valor relativo en cuanto a su finalidad se refiere; es decir, considerada positivamente, puede

<sup>27</sup> Corte Const., sent. C-708 de 1999, M. P. Álvaro Tafur Galvis.



dar lugar a la presencia de una causal de agravación, y considerada negativamente, a una causal de atenuación, según las circunstancias, de que tenga o no jerarquía en la entidad el servidor público procesado.

No se concibe una organización administrativa donde todos los agentes tengan igual rango, lo cual impediría que unos dieran órdenes y otros las cumplieran. No habría coordinación, imperaría el caos y todo sería inoperante. Ello determina la existencia de la llamada *jerarquía*, como instituto esencial en toda eficiente organización administrativa. Un organismo en el cual no existe una jerarquía difícilmente podrá cumplir los fines que se propuso, porque fatalmente caerá en el desorden y la anarquía<sup>28</sup>.

Dentro de la organización del Estado, la jerarquía atañe al nivel de especialización que en línea vertical ocupa el disciplinado dentro de la entidad.

Pero además es necesario que la jerarquía se encuentre en conjunción con la potestad de mando, es decir, de impartir órdenes al personal a cargo, dado que en muchos casos, a pesar de estar categorizado el procesado en un nivel jerárquico considerado alto dentro del organismo, no tiene dentro de sus funciones la atribución de mandar, como sucede en el caso de los asesores.

a) *Falta de consideración para con los administrados*. Esta circunstancia denota en el agente una aguzada insensibilidad para con los destinatarios de la actividad administrativa o servicio público prestado, frente a los cuales le son indiferentes los agravios que injustificadamente les pueda ocasionar. Cuando no sea elemento estructural de la conducta, se debe apreciar como circunstancia agravante.

#### E) *Trascendencia social de la falta o el perjuicio causado*

Hay faltas que trascienden el ámbito laboral y tienen repercusión social; es decir, además de afectar el deber funcional, perjudican igualmente a los usuarios o beneficiarios del servicio prestado por la entidad o el servidor público comprometido en su comisión. Tal sucede cuando el servidor público solicita dádivas para el cumplimiento de sus tareas públicas o por mero capricho o arbitrariedad se abstiene de cumplirlas causando grave deterioro de la imagen institucional, o cuando por razón de su mal comportamiento, hay críticas periodísticas negativas.

<sup>28</sup> ÓSCAR JULIÁN COLLAZOS, *Administración pública*, t. I, Buenos Aires, Ediciones Macchi, 1984. pág. 36.

El perjuicio causado con la falta sirve para calificar su entidad pero no para estructurarla. De ahí que en consonancia con las categorías y patrones que rigen para el derecho disciplinario debamos sostener que se trata de una referencia a una circunstancia que, aunque ajena a estructura de la falta, sirve para calificarla en orden a fijar una menor o mayor punibilidad, según lo aprecie el operador disciplinario. De manera que no es descabellado con dicho fin evaluar la existencia de perjuicios en sus componentes de morales, materiales y a la vida de relación.

#### F) *Modalidades o circunstancias como se cometió la falta*

Se apreciarán teniendo en cuenta el cuidado empleado en su preparación, el nivel de aprovechamiento de la confianza depositado 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 su superior a cometerla, o si la cometió en estado de ofuscación originado en circunstancias o condiciones de difícil prevención y gravedad extrema, debidamente comprobadas.

En este precepto se incluyen como criterios para la calificación de las faltas en graves o leves algunas circunstancias de modo, que de forma taxativa el legislador ha estimado relevantes en su ejecución. A continuación las explicaremos.

a) *Cuidado empleado en la preparación*. Esta circunstancia se tiene en cuenta como agravante, en la medida en que sirve para demostrar mayor o menor proclividad e insensibilidad en el servidor público, por su persistencia e ingenio en los actos de preparación y comisión de la falta, los cuales debe apreciar el operador disciplinario según se prefiguración procesal, para determinar si nos encontramos ante una circunstancia agravante.

b) *Nivel de aprovechamiento de la confianza depositada en el investigado o de la que se derive de la naturaleza del cargo o función*. En ambos casos se han considerado ambos eventos constitutivos de mayor reproche, si se toma en cuenta que el servidor público es beneficiario directo de una serie de circunstancias objetivas o externas, que ponen a quienes interactúan con él en una situación de desventaja que los lleva indeclinablemente a ser víctimas de su accionar irregular.

c) *Grado de participación*. Esta circunstancia se relaciona directamente con intervenciones plurales en la comisión de la falta y tiene que ver con la mayor o menor contribución que los servidores públicos invo-

lucrados en su comisión hayan empleado en la preparación y ejecución de ella.

d) *Haber sido inducido por un superior a cometer la falta.* La inducción comporta la persuasión o la instigación en el subalterno para que cometa la falta. Es evidente que el superior que induce al subalterno a cometer una falta debe responder como determinador de la conducta ilícita.

No obstante, en una relación laboral hay en juego intereses del servidor público, tales como su permanencia en el cargo, que lo pueden hacer más vulnerable a los requerimientos ilícitos de su superior, que hacen que la conducta ejecutada en estas circunstancias sea valorada como atenuante.

e) *Cometer la falta en estado de ofuscación originado en circunstancias o condiciones de difícil prevención y gravedad extrema, debidamente comprobadas.* Incurrir en una falta disciplinaria en un estado de perturbación anímica tal que le genere al servidor público confusión de ideas y falta de ponderación para medir los resultados de su conducta ilícita, se encuentra previsto como causal de atenuación, siempre que las circunstancias o condiciones que produzcan la ofuscación sean de difícil prevención y además de gravedad extrema.

No debe tratarse de circunstancias de usual ocurrencia en el giro ordinario del trabajo, y además de ser infrecuentes, deben adicionalmente revestir suma gravedad, entendiéndose por esta calificación cualquier atentado u ofensa contra la vida, honra o bienes del agente que suscite la reacción que lo obliga a cometer la falta.

G) *Motivos determinantes se apreciarán según se haya procedido por causas innobles o fútiles o por nobles y altruistas*

Los motivos que inducen a la comisión de la falta disciplinaria “muestran, como ninguna otra circunstancia, la naturaleza de la personalidad del agente; si ellos tienen claro valor moral o social —honor, patriotismo, caridad— es lógico deducir que quien, impulsado por ellos<sup>29</sup>, incurre en la comisión de una falta disciplinaria, debe ver atenuada su responsabilidad por las razones que lo han motivado a contravenir el régimen disciplinario”.

Es lo contrario de lo que sucede cuando el agente obra impulsado por la satisfacción de un motivo personal, mezquino, que solo denote un deseo

<sup>29</sup> ALFONSO REYES ECHANDÍA, *Derecho penal*, Parte general, 7ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1980.

de venganza o de cualquier otro sentimiento bajo, o que es innecesario satisfacer por no representar ningún provecho personal; es decir, no existe una razón para obrar ilícitamente.

H) *Cuando la falta se realice con la intervención de varias personas, sean particulares o servidores públicos*

Se entiende que en esta causal se evalúa como circunstancia de agravación la comisión de la falta mediante la concurrencia de varias personas sin considerar su investidura.

Lo cual denota, muy a pesar de la irrelevancia punitiva, que para los particulares pueda llegar a tener prestar su concurso en dicha empresa ilícita; la preocupación del legislador por evitar que el funcionamiento del Estado se vea interferido por fenómenos colectivos de indisciplina, generadores de una mayor alarma laboral.

A diferencia de la otra circunstancia que alude al grado de participación en la comisión de la falta, en este evento el objeto del reproche va dirigido por razón del mayor número de personas que se empeñan en la comisión de la empresa ilícita, sin consideración a la contribución individual que cada una de ellas preste en la comisión de la falta.

I) *La realización típica de una falta objetivamente gravísima cometida con culpa grave será considerada falta grave*

Esta circunstancia, más que un criterio para determinar la naturaleza de la falta, es un mecanismo legal de calificación directa de ella como grave, cuando se dan determinadas circunstancias procesales atinentes al proceso de tipificación de la conducta en uno cualquiera de los enunciados descriptivos de que trata el artículo 48 del Código Disciplinario Único y la calificación del aspecto subjetivo a título de culpa grave.

El menor reproche que pudiera formularse por causa de esta calificación subjetiva que se efectúa a una conducta que responde en su descripción objetiva a la calificación de una falta gravísima se soluciona con un tratamiento punitivo menos drástico en favor de quien ha sido objetivo de dicha imputación.

Es este entonces uno de los pocos casos en los que el legislador, con fundamento en el desarrollo procesal, hace en sustitución del operador disciplinario, que arbitra procesalmente los elementos materiales y jurídicos correspondientes: la calificación de una falta como grave.



## 17. DEL CONCURSO DE FALTAS DISCIPLINARIAS

El Código Disciplinario Único regula descriptivamente la figura del concurso de faltas disciplinarias para efectos sancionatorios, en el numeral 2 del artículo 47, así: "A quien, con una o varias acciones u omisiones, infrinja varias disposiciones de la ley disciplinaria o varias veces la misma disposición, se le graduará la sanción de acuerdo con los siguientes criterios:

"a) Si la sanción más grave es la destitución e inhabilidad general, esta última se incrementará hasta en otro tanto, sin exceder el máximo legal;

"b) Si la sanción más grave es la suspensión e inhabilidad especial, se incrementarán hasta en otro tanto, sin exceder el máximo legal;

"c) Si la sanción más grave es la suspensión, esta se incrementará hasta en otro tanto, sin exceder el máximo legal;

"d) Si las sanciones son de multa[, ] se impondrá la más grave aumentada en otro tanto, sin exceder el máximo legal;

"e) Si las sanciones a [sic] imponer para cada una de las faltas son la multa o la amonestación, se impondrán todas"<sup>30</sup>.

Esta regulación del concurso en materia disciplinaria es más una réplica de la consignada en el artículo 31 del estatuto penal, que un intento serio por diseñar un dispositivo amplificador de la falta que atienda la naturaleza y las especificidades del estatuto disciplinario, dado que en nada las traduce, sobre todo cuando se toma en consideración, que tanto en uno como en otro caso, se opera con metodologías legales diferentes pues mic-

<sup>30</sup> Declarado inexecutable por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-1076 de 2002, M. P. Clara Inés Vargas, bajo la consideración de que dicha corporación no observa justificación constitucional alguna para que en el tratamiento de la resolución de los concursos se haya recurrido a dos técnicas jurídicas distintas, una de ellas que resulta desproporcionada, específicamente la del literal c) en estudio, que acoge la acumulación aritmética de faltas solo para ser aplicada a los comportamientos sancionables con multa o amonestación; es decir, aquellos eventos de faltas leves, a diferencia del criterio de la absorción, acogido en los otros literales, para los concursos de las faltas disciplinarias de mayor entidad. Se vulnera de esta manera la Constitución, pues en el primer caso la sanción que se ha de imponer no guarda correspondencia con las faltas cometidas. En el caso del concurso entre las faltas más lesivas contra los deberes respecto de las funciones de la administración pública se previó, se insiste, el mecanismo de la absorción, en tanto que para las menos lesivas, el de la acumulación aritmética; es decir, el legislador sancionó de manera más drástica comportamientos menos lesivos apartándose del principio general que indica que quien comete faltas más graves debe recibir mayor sanción.

tras que en el primero de ellos rige como norma general el sistema de *numerus clausus*, en el segundo rige el de *numerus apertus*.

Esta elemental distinción que tanto se pregona en todos los ámbitos donde hace eco la doctrina oficial lastimosamente no se tuvo en cuenta a la hora de confeccionar la figura del concurso de faltas disciplinarias, para haber evitado darle la misma estructura normativa del concurso de infracciones a la ley penal, que dicho sea de paso, en cada una de ellas contiene la descripción de un delito, en tanto que en tratándose de disposiciones de la ley disciplinaria, no sucede lo mismo.

Por tanto, un primer aspecto que hay que tratar respecto de este dispositivo amplificador del tipo tiene que ver con una de las peculiaridades del derecho disciplinario, que ya hemos puesto de resalto: que el interés jurídico protegido ordinariamente no está, en primera instancia individualmente considerado, en alguien, sino que asume la forma de una categoría interna del Estado, lo cual a nuestro juicio debe incidir en el manejo de la teoría del concurso dentro de esta normativa.

Esta circunstancia fuerza a que el único concurso que se dé en materia disciplinaria sea el aparente porque las disposiciones desconocidas no son contentivas por sí solas de una infracción de la ley disciplinaria, sino que, por el contrario, integran la categoría jurídica que mediante aquella se resguarda y que da lugar a la estructuración del injusto disciplinario.

Lo anterior porque una disposición de la ley disciplinaria, excepto el caso de las faltas gravísimas, no contiene la descripción de una falta. De manera que su infracción en varias oportunidades o la infracción de varias de ellas no conduce necesariamente a un concurso de faltas disciplinarias, menos cuando la antijuridicidad de la falta se configura sobre la base de una afectación sustancial al deber funcional como interés jurídico protegido por el derecho disciplinario.

En estas condiciones es casi que imposible, por lo menos para efectos prácticos, que de manera simultánea se den afectaciones plurales o únicas al deber funcional, si fenoménicamente se trata de una categoría jurídica integrada por todas las disposiciones legales y administrativas que enmarcan la labor del servidor público. De suerte que la infracción de una de ellas varias veces, o de varias de ellas, siempre debe reconducir a la afectación de aquel en cabeza del servidor público, lo cual, deja como de dudosa encajamiento el dispositivo del concurso en materia disciplinaria.

Desaparece entonces, la posibilidad de estructurar un concurso de faltas disciplinarias sobre la base de la infracción de varias disposiciones de la ley disciplinaria o varias veces la misma disposición, pues genéricamente considerado, el deber funcional se haya integrado por todas ellas,



## CAPÍTULO I

### PRINCIPIOS RECTORES DE LA LEY DISCIPLINARIA

*No parece ser ley la que no fuere justa<sup>1</sup>.*

#### 1. INTRODUCCIÓN

Consolidada constitucionalmente la idea de que la soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público, todo derecho que se origine del ejercicio directo o indirecto de esta debe fundarse en las convicciones y valores jurídicos de la comunidad, que legitiman su contenido y le otorgan la fuerza de obligar.

Los principios jurídicos son estos valores y convicciones que constituyen los pensamientos directores de la regulación jurídica producto del ejercicio directo o indirecto de la soberanía.

Los principios generales del derecho se nutren del derecho natural y son el medio ideado para superar las inevitables deficiencias del derecho positivo. Estos actúan como criterio de interpretación de otras normas, como fuente supletoria de la ley o como mandatos que obligan a moverse en la dirección del valor consagrado en el principio.

Como criterio de interpretación, cuando precisan el sentido y contenido de una norma jurídica, como en el caso del artículo 4º de la ley 153 de 1887, que le asigna la función de ilustrar la Constitución en los casos dudosos. Como fuente supletoria, cuando cumplen con la tarea de integrar las lagunas existentes, cuando no exista ley aplicable al caso controvertido o que regulen casos o materias semejantes, debiéndose aplicar en su defecto la doctrina constitucional y los principios generales del derecho, y como mandatos generales que contienen un deber de respeto que obliga a actuar consultando el valor contenido en estos.

El problema capital en torno a los principios jurídicos se deriva de considerar si ellos rigen como categoría jurídica autónoma, independien-

<sup>1</sup> SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma teológica*, 1, 11, 95, 2.

temente de que hayan sido o no incorporados al ordenamiento jurídico en los distintos textos positivos.

Como verdaderos valores de la comunidad, los principios constituyen auténticas fuentes del derecho, sin necesidad de observar ningún proceso de positivización, y al expresar un deber de respeto dirigido a todos los miembros de aquella para que los observen en cada uno de sus actos jurídicos, van a tener un campo de aplicación mayor que cualquier norma jurídica, la cual solo puede aplicarse cuando se produzca el supuesto de hecho consagrado en ella.

Los principios jurídicos, por el contrario, al no tener un supuesto de hecho definido con antelación, es decir, al faltarles todavía el carácter formal de proposiciones jurídicas, representado por la conexión entre un "supuesto de hecho" y una "consecuencia jurídica", tienen aplicación generalizada, siempre que sea necesario salvaguardar los valores que ellos garantizan. "Esto significa que son normas que ordenan que algo sea realizado en una medida lo mayor posible dentro del marco de las posibilidades fácticas y jurídicas. En cambio las reglas son mandatos definitivos"<sup>2</sup>.

No obstante, los principios generales del derecho no han de esperar, caso por caso, su formulación expresa para entenderlos incorporados a nuestro ordenamiento jurídico.

Tanto la ley 153 de 1887, en los artículos 4º y 8º, como la Constitución Política, al hacer referencia expresa a algunos de ellos o a su totalidad, como uno de los criterios auxiliares de la actividad judicial, los introducen sin excepción al mismo ordenamiento jurídico.

En estas condiciones, no cabe plantear diferencias entre la formulación expresa de un principio y la remisión en bloque que hacen estas normativas. Ha entendido la doctrina que es igual referirse genéricamente a los principios generales del derecho que hacer una enunciación taxativa de ellos.

Cuando los principios jurídicos se positivizan, es decir, los recoge la legislación en normas expresas, se denominan *principios normativos*, "aclarando que estos pueden tener rango constitucional, internacional o legal, [...] Un principio normativo es por tanto una norma suprema de acción, en la que se originan o de la que dependen —con fuerza directiva— las restantes normas de un determinado ordenamiento o grupo más o menos amplio de estas". Las normas rectoras son, por su parte, "principios normativos de la materia regulada por la ley que las consagra, por lo tanto no sometidas a excepciones en su esfera de aplicabilidad".

Advertimos, en todo caso, que en ocasiones la ley les da el carácter privilegiado de normas rectoras, sin duda para destacarlas con mayor fuerza, de proposiciones jurídicas que no traducen verdaderos principios (de suyo reconducibles al derecho natural, al derecho constitucional o al derecho internacional), sino reglas técnicas de mayor o menor importancia.

En este último evento, las 'normas rectoras' pueden tener las excepciones que la propia ley determine. "La validez de las normas rectoras no depende de que las otras normas las respeten, sino al revés: la validez de las normas particulares depende de que observen el sentido de las valoraciones fundamentales contenidas en las normas rectoras"<sup>3</sup>. Queda por consiguiente claro que en materia disciplinaria hay que operar directamente con principios.

Siendo así, la labor del operador debe ser activa y no mecánica, y enriquecer la ley mediante el valor vinculante de aquellos, con objeto de asegurarles a los principios su papel esencial e insustituible en el ordenamiento jurídico.

Aunque, los operadores disciplinarios, entre ellos, los jueces y funcionarios administrativos "deben tener muy presente que convertir todo el derecho en un derecho de «principios», transformar toda la justicia en «justicia constitucional», poner al derecho (y no solo a la Constitución) por encima de la ley, interpretar las normas anteponiendo criterios morales, sociológicos o económicos a los criterios estrictamente jurídicos e incluso a veces a los mismos enunciados gramaticales de los propios textos normativos puede significar «promover» la juridicidad [...] para removerla"<sup>4</sup>.

También se debe aquí reconocer cuando en el Código Disciplinario Único se impone la formulación de principios, para evaluar en primer lugar "si ella corresponde en efecto al rigor y exigencia de tal término, pues de lo contrario se estará creando la suficiente confusión como para no establecer en verdad qué son principios, entendidos como el fundamento y soporte axiológico y ontológico de todo el sistema, no solamente político, sino particularmente jurídico"<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Principios y normas rectoras de la ley disciplinaria*, Santa fe de Bogotá, Instituto de Estudios del Ministerio Público, 1999.

<sup>4</sup> MANUEL ARAGÓN REYES, "El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad", en *Temas de derecho público*, núm. 44, Santa Fe de Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 1997.

<sup>5</sup> HERNÁNDO BARRETO ARDILA, *Principios y normas rectoras del derecho disciplinario*, Santa Fe de Bogotá, Instituto de Estudios del Ministerio Público de la Procuraduría General de la Nación, 1999, pág. 43.

<sup>2</sup> ROBERT ALEXY, *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1994.



En la ley 734 de 2002 se comete la impropiedad de designar como principio a otras disposiciones legales que no tienen este carácter sino el de normas rectoras o reglas, que al decir del profesor BARRETO ARDILA, más que fundamentar axiológica y ontológicamente el sistema jurídico disciplinario, imponen soluciones prácticas con su aplicación obligatoria.

Estas reglas son: titularidad de la potestad disciplinaria, titularidad de la acción disciplinaria, poder disciplinario preferente, efecto general e inmediato de las normas procesales, gratuidad de la actuación disciplinaria, celeridad de la actuación disciplinaria; función de la sanción disciplinaria, interpretación de la ley disciplinaria y aplicación de principios e integración normativa.

## 2. TITULARIDAD DE LA POTESTAD DISCIPLINARIA

El primer tema enunciado en la ley disciplinaria como principio rector, sin serlo, es el de la titularidad de la potestad disciplinaria en cabeza del Estado, porque atañe más a la fijación de una regla estructural de competencia derivada de la misma naturaleza de dicha potestad que a la fundamentación axiológica de un derecho.

El poder público como emanación de la soberanía popular requiere medios jurídicos o potestades para la consecución de los fines del Estado y de sus autoridades públicas.

La potestad es, por consiguiente, "la atribución jurídica imputada a un órgano o a un sujeto por la cual crea relaciones que en forma unilateral e imperativa regla la conducta de terceros"<sup>6</sup>.

Es más, "a la potestad no corresponde ningún deber, positivo o negativo, sino una simple sujeción o sometimiento de otros sujetos (normalmente de un círculo de sujetos), a soportar sobre su esfera jurídica los eventuales efectos derivados del ejercicio de la potestad; esa sujeción puede ser para los sujetos ventajosa (si del ejercicio de la potestad deriva para ellos un beneficio) o desventajosa (si de la potestad surge para ellos un gravamen; sería la sujeción *strictus [sic] sensu* o por excelencia), o indiferente (si no llega a afectar su esfera jurídica), pero en ningún caso implicará un deber o una obligación, los cuales podrán surgir eventualmente de la relación jurídica que el ejercicio de la potestad es capaz de crear, pero no del simple sometimiento a la potestad misma"<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> BARTOLOMÉ FIORINI cit. por GUSTAVO HUMBERTO RODRÍGUEZ, *op. cit.*

<sup>7</sup> EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, t. II, Madrid, Civitas, pág. 430.

Las potestades, en general, se manifiestan en el ejercicio del poder público, como su proyección y se clasifican según la naturaleza y el fin que cumplen en: potestad de mando, potestad reglamentaria, potestad jurisdiccional y potestad sancionadora.

La potestad administrativa sancionadora constituye un instrumento de autoprotección, en cuanto contribuye a preservar el orden jurídico institucional mediante la asignación de competencias a la administración que la habilitan para imponer a sus propios funcionarios y a los particulares el acatamiento, inclusive por medios punitivos, de una disciplina cuya observancia contribuye indudablemente a la realización de sus cometidos.

Esta última suele dividirse en *correctiva* y *disciplinaria*. La *potestad correctiva* se aplica a la generalidad de los coasociados cuando contravienen lo ordenado por la administración y las disposiciones policivas, y la *disciplinaria*, a quienes desempeñan funciones públicas, cuando incurren en comportamientos tipificados como faltas disciplinarias, por ser contrarios a la buena marcha de la administración pública.

El ejercicio de la potestad disciplinaria se origina en las especiales relaciones de sujeción existentes entre la administración y quien desempeña funciones públicas, en razón del vínculo que los une. Su principal medio de expresión se logra en la práctica, recíprocamente. En la administración como capacidad de auto-ordenación, y en el agente estatal, mediante el cumplimiento de las obligaciones y deberes jurídicos a que se encuentra sujeto.

Esta potestad es, en definitiva, una facultad que puede concretarse mediante la actividad de las autoridades administrativas, o de las judiciales, dependiendo del órgano que eventualmente llegue a ejercitarla, de manera que según la verificación de una cualquiera de estas circunstancias, el producto de esta actividad puede revestir naturaleza administrativa o judicial. En todo caso, siempre será común a ambos casos, la participación de sujetos de derecho público, en el escenario autónomo del derecho disciplinario.

"La potestad disciplinaria se deriva, además del deber que tiene la administración pública de asegurar la consecución de los fines del Estado y el correcto funcionamiento y adecuada prestación de los servicios públicos [...] y es un instrumento valioso para que el Estado y el derecho alcancen sus metas. Por esto debe ser utilizada en el mejor sentido por el Estado colombiano y por la administración pública"<sup>8</sup>.

<sup>8</sup> *Gaceta del Congreso*, Cámara de Representantes, ponencia para primer debate, Santa Fe de Bogotá, mayo de 1993, pág. 4.

### 3. TITULARIDAD DE LA ACCIÓN DISCIPLINARIA

Una consecuencia directa de que la radicación de la potestad disciplinaria se encuentre en cabeza del Estado es que su aplicación por medio de la acción disciplinaria corresponda a las oficinas de control disciplinario interno y a los funcionarios con potestad disciplinaria de las ramas, órganos y entidades del Estado que componen la estructura de aquel.

Por esta razón, compete a dichos órganos, sin perjuicio del poder disciplinario preferente de la Procuraduría General de la Nación y de las personerías distritales y municipales, conocer de los asuntos disciplinarios que contra los servidores públicos de sus dependencias se adelanten.

En el caso de los funcionarios judiciales, la acción disciplinaria será adelantada por la jurisdicción disciplinaria, compuesta de las salas disciplinarias del Consejo Superior y de los consejos seccionales de la judicatura.

Nacen así, y se identifican en esta área, los órganos como conjunto de medios jurídicos y de personas, de que se vale el Estado para llevar a cabo un cometido o determinada función estatal.

Por tanto, dentro de la estructura general del Estado se encuentran presentes las nociones de órgano-individuo, como la persona que expresa la voluntad de aquel, y la de órgano-institución, como el conjunto de competencias y funciones atribuidas a determinadas entidades o dependencias institucionales, por medio de las cuales los órganos-individuos expresan su voluntad.

La idea de órgano supone, por consiguiente, la existencia de dos elementos que, aunque susceptibles de diferenciación, constituyen una unidad. Ellos son: un elemento objetivo, caracterizado por un centro de competencias, y otro de carácter subjetivo, representado por la voluntad y capacidad necesaria de las personas físicas que desempeñan la titularidad del órgano, cuya voluntad se imputa a este, con lo cual al expresar la voluntad del sujeto, hace posible sustentar la responsabilidad de la persona jurídica estatal<sup>9</sup>.

Pero se reitera: "el órgano no es ni la persona física que realiza las funciones del ente, ni la esfera de atribuciones que se le asignan, sino la unidad que resulta de la persona y las atribuciones más los medios puestos a su disposición para el funcionamiento de cada una de esas unidades en que el ente se descompone"<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> Tomado en similar sentido de JUAN CARLOS CASAGNE, *Derecho administrativo*, t. I, 4ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994.

<sup>10</sup> EMILIO FERNÁNDEZ VÁSQUEZ, *op. cit.*

Esta última noción, además de no circunscribirse a la realidad de los individuos físicamente considerados, es comprensiva igualmente del conjunto de medios jurídicos y materiales requeridos para adelantar las atribuciones del empleo, y permite además darle un matiz institucional a este, al escindirlo de los titulares que en el tiempo, sucesivamente lo desempeñen.

Se agrega que dicha noción presupuesta como razones jurídicas la conservación de la validez de un acto independientemente de la permanencia en el cargo de la persona que lo expidió, la continuación del órgano al margen de las situaciones administrativas de carácter laboral que se produzcan respecto a su titular y la constitución de una relación jurídica de naturaleza orgánica que configura al órgano y al Estado como un sujeto único y que vincula a este con los actos que adelante aquel dentro o por fuera del ejercicio de sus competencias.

Es así como las ramas del poder público, en su conjunto, están integradas por órganos encargados de expresar su voluntad. Además de los órganos que integran la estructura tripartita del Estado, existen otros situados institucionalmente por fuera de ella, denominados *autónomos*, e independientes para el cumplimiento de las demás funciones a cargo de aquel.

Según sea su genealogía jurídica, los órganos se clasifican en *constitucionales* o *legales*, y a todos ellos, en las condiciones y circunstancias previstas en la ley, corresponde individualmente, como parte funcional de la estructura del poder público, adelantar la acción disciplinaria contra sus propios servidores públicos y contra aquellos que sin pertenecer a planta de personal se encuentren incluidos en su radio de competencia disciplinaria.

El personero municipal (órgano-individuo del nivel local) se encuentra en la anterior circunstancia. No solo porque tiene asignada competencia disciplinaria sobre sus subalternos, sino también sobre los demás servidores públicos municipales, salvo los exceptuados legalmente.

No obstante, por delegación de la Procuraduría General de la Nación, la competencia disciplinaria del personero municipal puede ampliarse a los concejales, al alcalde, al contralor municipal y a los empleados públicos del orden nacional y departamental del sector central o descentralizado que desempeñen sus funciones en el respectivo municipio o distrito.

### 4. PODER DISCIPLINARIO PREFERENTE

La consagración constitucional del poder disciplinario preferente armoniza con la facultad de vigilancia superior que sobre la conducta



oficial de quienes desempeñan funciones públicas otorga la Constitución Política a la Procuraduría General de la Nación, que también le implica su prevalencia “frente a la facultad de vigilancia administrativa ejercida por los respectivos superiores jerárquicos, de suerte que cuando aquella avoca la investigación contra el empleado público, desplaza a la administración que debe abstenerse de iniciar o continuar otra investigación por los mismos hechos. Las disposiciones legales reguladoras de regímenes disciplinarios especiales aplicables a los funcionarios de determinado organismo estatal, no tienen preponderancia sobre las disposiciones que reglamentan la potestad de supervigilar la conducta oficial de los empleados públicos que la Carta Política otorga a la Procuraduría General de la Nación”<sup>11</sup>.

El poder disciplinario preferente de la Procuraduría General de la Nación adoptado como principio rector en la ley disciplinaria no es, en estricto sentido, un principio del derecho, sino una norma consagratoria de una regla técnica de competencia a la cual el ordenamiento jurídico-disciplinario le concede prevalencia en su aplicación sobre la restante normativa de carácter disciplinario, en cuanto su articulado no sea contentivo de verdaderos principios jurídicos.

Esta competencia la ejerce aquella “respecto de todo funcionario o empleado, sea cualquiera el organismo o rama a que pertenezca, salvo sobre aquellos que gocen de fuero especial según la Constitución. En cuanto a estos se refiere, como ya se dijo, el procurador general tan solo tiene a su cargo la función de emitir concepto dentro del proceso que adelante la autoridad competente (Const. Pol., art. 278, num. 2)”<sup>12</sup>.

De la misma manera quedan exceptuados del ejercicio del poder preferente de la Procuraduría General de la Nación los funcionarios de la rama judicial, pues “el Consejo Superior de la Judicatura fue creado, como un órgano imparcial e independiente, al cual se encomendó por la Constitución la misión de administrar justicia en materia disciplinaria, en el interior de la rama judicial, y, por fuera de ella, en relación con los abogados”<sup>13</sup>.

Lo cual indica que la jurisdicción disciplinaria adquiere por vía de la jurisprudencia constitucional carta de naturaleza para conocer con exclusividad de la investigación de las faltas disciplinarias cometida por los funcionarios judiciales, como un medio de garantizar los principios de au-

<sup>11</sup> C. de E., S. C. A., sent. de 21 octubre 1992, C. P. Clara Forero de Castro.

<sup>12</sup> Corte Const., sent. C-037 de 5 febrero 1996, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

<sup>13</sup> Corte Const., sent. C-948 de 6 noviembre 2008.

tonomía funcional e imparcialidad que enmarcan las atribuciones de los jueces, excluyendo de tal competencia a la Procuraduría General de la Nación.

Para este efecto ya no tiene que ver el hecho que “aquella autoridad que haya entrado primero a conocer el proceso materia del litigio conservará la competencia sobre él. Para situaciones en las que la investigación es iniciada en el mismo día por ambas entidades, razón que hace difícil esclarecer cuál de ellas empezó primero con la instrucción, deberá observarse cual de las dos fue la que comunicó antes que había iniciado el proceso disciplinario. Esta comunicación tiene por fin expresar la intención de avocar directamente un caso y de afirmar la competencia sobre él, separando a la otra entidad del conocimiento del mismo. Esta manifestación expresa la voluntad de conocer primero sobre un caso, para poder asegurarse la competencia sobre él”<sup>14</sup>.

La inclusión del poder disciplinario preferente en el Código Disciplinario Único al lado de otras normas en el mismo sentido, aunque da alcance a la cláusula general de competencia disciplinaria y al papel directivo que en el ministerio público ha asignado la Constitución Política a la Procuraduría General de la Nación, también expresa un nuevo factor de competencia que le permite al procurador general de la nación por sí o por medio de sus delegados y agentes comenzar, proseguir o remitir cualquier investigación o juzgamiento adelantado por los órganos de control disciplinario interno de las entidades públicas.

En virtud de la misma potestad, puede la Procuraduría General de la Nación, mediante decisión motivada, de oficio o a petición de cualquier persona, avocar el conocimiento de aquellos asuntos que se tramitan internamente en las demás dependencias del control disciplinario. También se procederá en la misma forma cuando se desprenda del conocimiento de un proceso.

De igual manera, podrá la Procuraduría General de la Nación asumir el proceso en segunda instancia, lo cual configura genéricamente el ejercicio de la potestad disciplinaria como una función y no como una estructura; es decir, esta nueva posibilidad otorgada a este organismo de control por medio del factor funcional de competencia implica una concepción legal que mira más el ejercicio de la potestad disciplinaria desde la perspectiva de la actividad especializada del ministerio público que de la estructura jerárquica interna de los órganos que la instrumentalizan.

<sup>14</sup> Corte Const., sent. SU-337 de 8 julio 1998, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Por esta razón y en ejercicio del mismo poder preferente, puede la Procuraduría General asumir el proceso disciplinario en cualquier momento y decidir los recursos interpuestos contra las decisiones interlocutorias o los fallos que se encuentren en trámite, de acuerdo con sus propias reglas de competencia interna, sin que por ello se viole principio alguno del debido proceso, y menos el del juez natural.

El servidor público competente para adelantar una investigación disciplinaria en el primero de estos casos deberá suspender la investigación, dejar constancia de ello en el expediente, ponerla a disposición de la Procuraduría General de la Nación y dar esta información al jefe de su entidad, y en el segundo, cuando sea la Procuraduría General la que determine remitir la investigación a la oficina de control disciplinario interno del organismo o entidad, deberá observar igual trámite, debiéndose circunscribir las actuaciones del mismo funcionario únicamente a avocar el conocimiento de aquella, dejar la constancia en el expediente e informar al jefe de la entidad.

En ambos casos, por exigencia legal expresa, el procedimiento debe surtirse tras la expedición de resolución motivada, pues se ha entendido que "los funcionarios de la Procuraduría General de la Nación no están exentos de incurrir también en excesos, al dar aplicación a la norma que autoriza el desplazamiento de la autoridad que esté adelantando el respectivo proceso disciplinario".

La ley, previsivamente, ha complementado el ejercicio del poder disciplinario preferente, con la motivación del acto que así lo disponga, como una "garantía de su correcto uso. Es que el hecho de tener la Procuraduría asignada una potestad constitucional en materia disciplinaria, que se ha calificado de preeminente o prevalente sobre las demás de su clase, no da lugar a que se actúe de manera arbitraria y discrecional"<sup>15</sup>.

El poder disciplinario de la Procuraduría General de la Nación prevalece sobre el del personero, y los personeros, a su turno, tienen frente a la administración distrital o la municipal competencia preferente, que les permite en los mismos términos asumir una investigación disciplinaria o trasladarla al superior del servidor público disciplinado para que continúe bajo su cargo.

## 5. LEGALIDAD

El requisito de la sumisión de la actividad estatal a la ley es el rasgo principal del principio de legalidad. La obligación del Estado de confor-

<sup>15</sup> Corte Const., sent. C-558 de 6 diciembre, 1994, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

marse a la ley hace previsible su funcionamiento y le permite al individuo ajustar su conducta a las posibilidades de intervención de aquel, en una relación de libertad inversamente proporcional al grado de conformidad que dicho órgano guarde con la ley.

La discrecionalidad de la administración pública supone en cierta forma una reducción de la libertad del individuo. Por eso es menester que las potestades que se confieren a los órganos que la integran se especifiquen, al igual que los medios para ejercerlas.

En tratándose de la utilización de la potestad sancionadora, "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"<sup>16</sup>.

Sin embargo, es importante aclarar que en el derecho disciplinario la aplicación integral del principio de legalidad no se produce ni desde la consideración de la falta, ni desde la imposición de la sanción. Apenas corresponde una aplicación flexible, pues la calificación de la falta en los casos de graves y leves y la imposición de la sanción las determina el operador disciplinario y solo por excepción se sigue en la adecuación de la conducta un sistema que enumera y describe, taxativamente, las faltas disciplinarias gravísimas y la sanción que corresponde aplicar.

No obstante, el principio de legalidad para el derecho disciplinario sigue expresando la idea de la ley como acto normativo que rige la determinación de la responsabilidad administrativa y comporta una garantía en favor de los procesados disciplinariamente que traduce el aforismo latino *nullum crimen, nulla poena sine lege*: no puede haber delito ni pena sin ley que previamente así lo haya dispuesto.

Así pues, como esta regla cumple con el objetivo primordial de coartarle al poder disciplinario cualquier facultad de crear tipos disciplinarios o sanciones y atribuirle efectos no previstos en la ley, independientemente de que por la imposibilidad de enumerar todas las faltas disciplinarias no se pueda establecer una relación de causalidad entre la mayoría de las infracciones y su respectiva sanción.

A pesar de esta circunstancia, los criterios a los que debe sujetarse la administración para establecer dicha relación están dados en la ley.

<sup>16</sup> NIETO GARCÍA, *Derecho administrativo sancionador*, 2ª ed., Madrid, Tecnos, 1994, pág. 200.



La validez del principio de legalidad protege, además, la igualdad en la aplicación del derecho, porque la comisión de una infracción disciplinaria debe ser investigada y sancionada sin consideración a la persona del servidor público, máxime cuando no tiene asiento en nuestro ordenamiento jurídico el principio de oportunidad como excepción al principio de legalidad, que permitiría a la administración en determinados casos frente a la comisión de faltas leves, abstenerse de adelantar la correspondiente actuación.

Con la adopción del principio de legalidad como norma rectora en la ley disciplinaria, el legislador ha mostrado mayor sensibilidad al trasladar y aplicar un antiguo principio del derecho penal al derecho disciplinario. Los alcances e implicaciones garantistas ínsitos en este principio van desde la exigencia de tipificación de la falta disciplinaria hasta la irretroactividad de las normas sancionadoras que impiden en bloque con otros principios rectores cometer arbitrariedades en el desarrollo de la potestad disciplinaria.

El principio de legalidad habilita y delimita a los órganos del Estado en el ejercicio de la potestad disciplinaria, al radicar en ellos la competencia para su aplicación e imponerles reglas externas que los sujetan a una exigencia de seguridad jurídica que solo puede ser cumplida mediante la consagración legal de las infracciones disciplinarias y las sanciones correspondientes, con objeto de permitir su conocimiento previo y la observancia de la garantía de que quienes ejercen funciones públicas no serán sometidos por aquellos a puniciones disciplinarias diferentes de las previstas legalmente.

La seguridad jurídica se entiende así como un elemento de la idea del derecho y no se refiere a la seguridad por medio del derecho, sino a la seguridad del derecho mismo. Esta "requiere a su vez de [sic] cuatro condiciones, a saber:

"1) Que el derecho sea positivo y se halle estatuido en leyes;

"2) [...] que sea un derecho seguro, es decir, un derecho basado en hechos y que no se remita a los juicios de valor del juez en torno al caso concreto, mediante criterios generales como el de la «buena fe» o el de las «buenas costumbres»;

"3) Que estos hechos en que se basa el derecho puedan establecerse con el menor margen posible de error, que sean practicables; [...]

"4) Finalmente, el derecho positivo —si se quiere garantizar la seguridad jurídica— no debe hallarse expuesto a cambios demasiados frecuentes, no debe hallarse a merced de una legislación incidental, que de

todo género dé facilidades para troquelar cada caso concreto en forma de ley [...]”<sup>17</sup>.

Este principio se deriva igualmente de la necesidad de que la responsabilidad disciplinaria pueda ser prevista con certeza para que pueda ser aceptada por los destinatarios de la ley disciplinaria. Solo en estas circunstancias es posible que estos puedan conocer las consecuencias normativas como un efecto necesario y no meramente probable de sus actos funcionales.

La reserva legal que informa el principio de legalidad en el campo disciplinario se encuentra determinada principalmente por los artículos 123 y 124 de la Constitución Política.

Es el legislador, según estas normas, quien debe regular la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva, al igual que el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y su ejercicio.

## 6. DEBIDO PROCESO

El sujeto disciplinable deberá ser investigado por funcionario competente y con la observancia formal y material de las normas que determinen la ritualidad del proceso, en los términos del Código Disciplinario y de la ley que establezca la estructura y organización del ministerio público.

El derecho al debido proceso comprende un conjunto de principios materiales y formales entre los que se encuentran el principio de legalidad, el principio del juez natural o legal, el principio de favorabilidad penal y el principio de presunción de inocencia, todos los cuales responden mejor a la estructura jurídica de verdaderos derechos fundamentales<sup>18</sup>.

La figura del debido proceso se aplica a toda clase de actuaciones que se realicen en los estrados judiciales e igualmente es válido para toda actividad de la administración pública en general, sin excepciones de ninguna índole y sin ninguna clase de consideraciones sobre el particular<sup>19</sup>.

Pese a ello, “el debido proceso administrativo no es un concepto absoluto y plenamente colmado por ella; por el contrario aquel presupone

<sup>17</sup> GUSTAV RADBRUCH, *Introducción a la filosofía del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1978.

<sup>18</sup> Corte Const., sent. T-572 de 26 octubre 1992, M. P. Jaime Sanín Greiffenstein.

<sup>19</sup> Corte Const., sent. T-496 de 1º agosto 1996, M. P. Simón Rodríguez Rodríguez.

distinciones ordenadas por la propia Carta y por la ley, siempre que sean adecuadas a la naturaleza de la actuación de las autoridades públicas, que inclusive pueden llevar, como en varias materias se ha establecido, a la reserva temporal de la actuación, del acto o del documento que los contenga; empero cuando se trata de definir o derivar la responsabilidad de las personas que pueden ser sujetos de una sanción o pena, si se requiere de la publicidad, de la contradicción, de la intervención del juez natural y de la aplicación de las formas propias de cada juicio, es decir, deben respetarse los principios y garantías de rango constitucional que enmarcan en términos generales el *ius puniendi* del Estado<sup>20</sup>.

El debido proceso y las garantías vinculadas a él se refieren a la forma en que un acto de coacción estatal —que por ser tal es *prima facie*, atentatorio de un derecho individual y, por tanto, debe ser especialmente justificado— pueda ejercerse contra una persona determinada<sup>21</sup>.

Hay dos justificaciones principales sobre la necesidad de interponer un proceso contra la privación o menoscabo de un derecho. La primera de ellas “aduce un *valor intrínseco* en el hecho de que el individuo pasible de coacción no sea manipulado, sino que sea participe de un *diálogo* en el que se le trata de convencer —así como él trata de convencer de la posición contraria— sobre la justificabilidad del acto de coacción. El otro enfoque del debido proceso le adjudica un *valor instrumental*, como un mecanismo adecuado para asegurar que las leyes sean aplicadas en forma imparcial y ecuánime<sup>22</sup>.

En uno y otro caso, el debido proceso busca rodear un acto de eventual limitación de un derecho, de la observancia de una serie de garantías materiales que le permitan participar al individuo destinatario de este en el debate sobre su procedencia o viabilidad, de tal forma que pueda hacerse justificable en el caso de que aquel se produzca.

Estas garantías materiales para los sujetos de la ley disciplinaria implican en estricto sentido que el servidor público o particular que ejerza transitoriamente funciones públicas deberá ser procesado conforme a leyes sustantivas y procesales preexistentes a la falta disciplinaria que se le atribuya.

<sup>20</sup> Corte Const., sent. C-599 de 10 diciembre 1992, M. P. Fabio Morón Díaz.

<sup>21</sup> CARLOS SANTIAGO NINO, *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992.

<sup>22</sup> LAWRENCE TRIBE, *The Constitutional Protection of Individual Rights*, cit. por NINO, *op. cit.*

Se estructura así una primera regla o elemento básico de este principio rector del proceso disciplinario, que se funda en la necesidad de establecer claramente ante el servidor público investigado los límites del espacio punible, que se traduce en la prohibición constitucional de leyes retroactivas cuando alteran en perjuicio del procesado su situación respecto de la falta disciplinaria y sus consecuencias sancionatorias.

Una ley también se considera en estas circunstancias no solo cuando altera las formalidades procesales, sino también cuando afecta materialmente los derechos del procesado a que su culpabilidad se determine con arreglo a la ley existente en el momento en que fue cometida la falta disciplinaria.

*A contrario sensu*, la ley disciplinaria permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

La segunda regla se estructura sobre la base del principio *nemo iudex sine lege* o del juez natural, para el caso en estudio, del funcionario competente para conocer de una investigación disciplinaria.

Este principio se configura sobre los siguientes presupuestos: predefinición legal del funcionario competente, radicación de la competencia en este con anterioridad a la comisión de la falta que genera el proceso disciplinario y un régimen procesal que no permita calificarlo de órgano excepcional.

Según la doctrina este principio también incluye la posibilidad de recusar al funcionario competente cuando se encuentre incurso en alguna de las causales de recusación previstas en la ley disciplinaria y debe entenderse en consonancia con el de aplicación inmediata de la ley, dado que las normas legales que fijen nuevas reglas de competencia se deben aplicar, sin perjuicio del principio de favorabilidad, desde el momento en que entren a regir, salvo lo que la misma ley determine.

En este caso, la competencia no puede valorarse “como una simple formalidad legal y menos creerse que su inobservancia se subsane con el silencio, la voluntad de los sujetos procesales, o la indiferencia de los funcionarios, pues sin ella el valor jurídico de las decisiones se verá permanentemente intervenido por la ilegitimidad representada en la suplantación del juez natural, verdadero detentador del poder conferido por el Estado para juzgar<sup>23</sup>”.

<sup>23</sup> C. S. de J., Sala de Casación Penal, sent. de 17 abril 1995, M. P. Juan Manuel Torres Fresneda.



La tercera regla atañe a la observancia de la plenitud de las formas del procedimiento regulado en la Constitución y en el Código Disciplinario Único. “La potestad de aplicar la ley en el proceso y hacer que lo juzgado se ejecute —la *potestas iudicialis*— debe ejercerse en todo caso ciñéndose a las reglas fijadas por la ley para asegurar, mediante ritualidades garantizadoras, la defensa del acusado y la imparcialidad del juez. Las formas propias del juicio dicen relación con la gama de garantías reconocidas constitucional e internacionalmente en favor del ciudadano para preservarle del arbitrio en la actividad del Estado cuando se ve sometido a la función punitiva”<sup>24</sup>.

El precepto constitucional que establece que es nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación del debido proceso<sup>25</sup> tiene, tanto en materia disciplinaria como correlativa, la disposición que prescribe que la prueba recaudada sin el lleno de las formalidades sustanciales o con desconocimiento de los derechos fundamentales se tendrá como inexistente<sup>26</sup>.

Una y otra disposición integran un bloque de constitucionalidad que relleva no solo las violaciones al debido proceso en el recaudo de las pruebas, como condición de inexistencia de estas, sino también cualquier desconocimiento de los derechos fundamentales del investigado, derivado tal predicamento de la posición prevalente que la axiología superior le concede a los derechos fundamentales y su condición de inviolables.

No obstante, queda claro que encontrándose latente en el proceso disciplinario, por mandato del principio de integración normativa, la posibilidad de aplicación de normas procesales pertenecientes a otros ámbitos adjetivos y además la de trasladar pruebas para que obren como medios de convicción en aquel, tanto las disposiciones procesales como medio de obtención de pruebas, como estas mismas, cuando son trasladadas, deben reflejar tanto el acatamiento a los principios estructurales del debido proceso como a los derechos fundamentales, en cada caso, so riesgo de su inaplicación o su exclusión, independientemente del interés público que pueda llegar a entrañar el asunto, dada la naturaleza del proceso, que en todo caso no puede dar lugar a que se considere una justificación constitucional para admitirlas como medios de convicción.

<sup>24</sup> MARIO MADRID-MALO GARIZABAL, *Derechos fundamentales*, Santa Fe de Bogotá, Ediciones Esap, 1992.

<sup>25</sup> Const. Pol., art. 29, inc. final.

<sup>26</sup> C. D. Ú., art. 140.

Pese a ello, algunos sectores de la doctrina plantean, —utilizando conceptos tales como *digeribilidad* y aprovechamiento de los frutos del árbol envenenado— la no absolutización de la sanción de exclusión, sobre la base de beneficiar a quienes no hayan envenenado dicho árbol, para evitar que una arbitraria sacralización de esta metáfora interfiera con la realización del interés público ínsito en los procesos de corte punitivo.

Aunque se trata de interpretaciones bastante discutibles, lo cierto es que se han señalado eventos en los que puede haber puntos de confluencia que morigeren el extremismo propio de ambas posiciones y propendan a una adecuación entre fines del proceso disciplinario y respeto a los derechos humanos.

Estos eventos son: primero, los casos en los que procede sin miramiento alguno la exclusión de la prueba, cuando la ilicitud en la obtención de esta es manifiesta; segundo: cuando siendo discutible la ilicitud en la obtención del medio de convicción, es notoria la responsabilidad de quien la aporta o utiliza; no obstante, en caso de duda sobre dicha ilicitud, aquella se debe resolver en favor del disciplinado; y un tercero, que aunque relacionado con la existencia de la ilicitud de la prueba propende a que se beneficie quien la aporta, siempre y cuando haya duda sobre su intervención en la obtención de ella.

También se deberá considerar frente al valor demostrativo de los instrumentos de pruebas a quien le sea imputable la ilicitud de estos o su obtención, para impedir que como responsables de tales comportamientos se beneficien de ellos, sin descartar, consideradas estas circunstancias, que el medio probatorio pueda eventualmente ser utilizado en favor de quien no tenga que ver con las violaciones del debido proceso.

En todo lo cual, el operador disciplinario debe observar si en los procedimientos de obtención de los instrumentos probatorios no ha mediado, evaluadas las circunstancias en concreto, culpa grave o dolo del afectado o una causal de justificación de la conducta oficial que ampare la conducta del agente público, haciendo las ponderaciones debidas según la importancia de los derechos fundamentales en juego, para estar en “condiciones de determinar si la ilicitud en la obtención de instrumentos probatorios es imputable o no a quien los aporta, los propone o pretende beneficiarse de ellos”. A su vez, esa determinación exige decidir “[...] acerca de las situaciones de duda respecto de la intervención de un sujeto procesal en la obtención ilícita”<sup>27</sup>.

<sup>27</sup> ANDRÉS DE LA OLIVA SANTOS, *Escritos sobre derecho, justicia y libertad*, México-Bogotá, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.

Los análisis anteriores llevan a la doctrina a considerar que la producción u obtención del instrumento probatorio con violación del debido proceso no puede beneficiar en ninguna circunstancia a su autor y en su caso debe operar la regla de exclusión.

Cuando es discutible la violación del debido proceso en la obtención del medio probatorio, corresponde a manera incidental adelantar un debate procesal sobre la licitud o ilicitud de aquel y debe estar interferida la conclusión final sobre su inclusión o exclusión por el principio *pro disciplinado*, atendida la vigencia de este principio en materia disciplinaria, para todos los efectos procesales.

#### 7. EFECTO GENERAL INMEDIATO DE LAS NORMAS PROCESALES

La aplicación inmediata de la ley es también más que un principio jurídico, una norma que consagra una regla técnica de tal aplicación —que fija la jurisdicción y competencia o determina lo concerniente a la sustanciación y ritualidad del proceso, desde el momento en que entre a regir, salvo lo que la misma ley determine—, lo cual debe interpretarse en consonancia con el debido proceso.

En general, la garantía constitucional y legal de los servidores públicos y de los particulares que ejerzan funciones públicas de no ser procesados sino conforme a leyes sustantivas y procesales preexistentes a la falta disciplinaria que se les atribuya se refiere a las faltas disciplinarias y al correspondiente régimen sancionatorio, pero no a los temas de jurisdicción, competencia, sustanciación y ritualidad del proceso.

No obstante, aunque las disposiciones adjetivas de la ley disciplinaria tienen como finalidad el ejercicio y la efectividad de la acción disciplinaria como mecanismo de investigación y sanción de las faltas disciplinarias, aun su aplicación inmediata en los temas aludidos está condicionada a que no agrave la situación del procesado disminuyendo las condiciones para el ejercicio de su derecho de defensa.

Este precepto jurídico tiene como antecedente legal el artículo 40 de la ley 153 de 1887, que a la letra dice: “Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir”. Pero la nueva disposición disciplinaria amplía el alcance de la regla de aplicación inmediata de la ley a las materias de jurisdicción y competencia.

En este sentido, quedan comprendidas dentro de su amplio espectro las normas regulatorias de la potestad disciplinaria en cabeza de los órga-

nos del Estado, el conocimiento de los asuntos disciplinarios a estos, los nuevos mecanismos de impulsión procesal y las ritualidades y actos que se deben observar, en el entendido de que el legislador obra movido por la defensa y protección de los derechos humanos y el deseo de procurar una pronta y eficaz administración de la justicia material.

Ahora bien, los reparos de algún sector de la doctrina aducidos a esta disposición legal por el desconocimiento del ordenamiento superior —particularmente del artículo 29, en lo referente a la extensión de las reglas del debido proceso a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, que traslada al campo disciplinario lo atinente a la exigencia de que la ley aplicable al momento de la comisión de la falta sea la que se encuentre vigente— fueron despejados por la Corte Constitucional, cuando reconoció que en materia procesal el principio de que una ley posterior estaría impedida para regir una situación jurídica que ha surgido con anterioridad a su vigencia se encuentra invertido, dado que la regla general es que “la aplicación de la ley procesal en el tiempo es inmediata, debido al carácter público de la misma, y que la ley nueva rige los procedimientos que se han iniciado bajo la vigencia de la ley anterior; excepto las diligencias, términos y actuaciones que hayan comenzado a correr o a ejecutarse bajo la vigencia del régimen derogado”.

“En efecto, la normatividad, [*sic*] la doctrina y la jurisprudencia han entendido que la regla básica en este campo es la de la aplicación inmediata de las normas procesales, ya que el diseño de los trámites a que debe someterse una discusión jurídica no es asunto que incida necesariamente en el contenido del derecho sustancial, por lo que su alteración no modifica la intangibilidad de los derechos adquiridos, protegida constitucionalmente en el artículo 58 de la Carta”<sup>28</sup>.

Así que cuando se hace referencia por la aludida disposición, a leyes preexistentes al acto que se imputa, no se distingue entre ley sustantiva y ley adjetiva. De suerte que frente a esta comprensión genérica del texto superior cabe concluir que las normas procesales instituidas como ritualidades, escenarios y formas para hacer efectiva la responsabilidad de los sujetos disciplinables también están incluidas en el precepto constitucional en cuestión.

En tal sentido cualquier consideración en torno a la aplicación de una norma de esta naturaleza, con posterioridad a la comisión de una falta, sin la mediación del principio de favorabilidad, es inconstitucional, porque la

<sup>28</sup> Corte Const., sent. C-181 de 12 marzo 2002, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.



ley disciplinaria, por virtud de este mandato constitucional, no puede ser ultractiva, ni retroactiva, y cualquier excepción a estos imperativos instrumentales de las leyes sancionatorias debe fundarse en el principio de favorabilidad.

Por tanto, se ha dicho con mucho tino por la doctrina que en cuanto se refiere a la sustanciación y ritualidad del proceso, debe "evaluarse en cada caso concreto si el cambio en los trámites representa beneficio o no para el investigado, pues en ocasiones disposiciones que regulan ese sector pueden tener efectos sustanciales para el disciplinado, frente a lo cual opera el principio de favorabilidad; v. gr., piénsese en una norma que establece una instancia más de control a las decisiones del proceso disciplinario, caso en el cual, aunque la norma es ritual, tiene efectos sustanciales para el investigado, el cual podrá invocarla por vía del principio de favorabilidad aun cuando esta no se encuentre vigente"<sup>29</sup>.

## 8. RECONOCIMIENTO DE LA DIGNIDAD HUMANA

Quien intervenga en la actuación disciplinaria será tratado con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

Este principio rector no distingue, como no debe hacerlo, la clase de intervención que se precisa para ser garante del aludido trato, pues debe suponerse entre los sujetos procesales y el operador disciplinario igual reciprocidad y relaciones respetuosas en el escenario del proceso disciplinario, con objeto de realzar la función disciplinaria, tanto desde la perspectiva activa como la pasiva.

Si el hombre es el valor supremo, los presupuestos de lo humano se hallan bajo la protección estatal más enérgica. Tales presupuestos consisten, sobre todo, en la personalidad del hombre, en el sentido de su autodeterminación y su conexión social en el sentido de su tendencia a la comunicación con los demás hombres<sup>30</sup>.

En todo caso, se trata de una exigencia que reivindica como principio la autonomía ética de los intervinientes en el proceso disciplinario, como núcleo esencial que debe ser respetado en su real valor, entre sí por todos ellos y las demás personas que se relacionen por cualquier circunstancia con aquel, aun prescindiendo de la consecución de otros fines.

<sup>29</sup> BARRETO ARDILA, *Principios y normas rectoras del derecho disciplinario*, op. cit., pág. 122.

<sup>30</sup> EKKEHART STEIN, *Derecho político*, trad. de Fernando Sainz Moreno, Madrid, Aguilar, 1973.

"La dignidad humana es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás"<sup>31</sup>. Se ajusta, por consiguiente, este requerimiento legal al pleno sentido de la proposición kantiana que asevera que el hombre no puede ser utilizado jamás como una cosa, o como un medio para lograr un fin cualquiera, sino que debe ser tratado como un fin en sí mismo, de forma tal que en el desarrollo del proceso o por razón de cualquier limitación que se le imponga en el goce de sus derechos fundamentales como consecuencia de una sanción disciplinaria, no vea disminuida su condición de persona ni desconocidos los valores espirituales que conforman su autonomía ética.

Este principio, consolidado como uno de los pilares sobre el cual se edifica nuestro régimen republicano, esto es, el respeto a la dignidad humana, debe informar así todas las actuaciones del Estado porque tiene como alcance, atendiendo básicamente el carácter personalista de nuestra Constitución Política, la protección de los valores espirituales y morales del ser humano, en este caso específico, de los intervinientes en el proceso disciplinario, cualquiera sea el papel que tengan dentro de este, y particularmente del procesado, por encontrarse en una situación potencial de sometimiento que lo vuelve más vulnerable a actuaciones que le puedan mancillar la dignidad, bien sea aplicando la norma jurídica o utilizando procedimientos que lo degrade a la condición de cosa.

## 9. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Este principio rector es un desarrollo legal ya particularizado de la presunción de inocencia como elemento estructural del debido proceso, del que trata el artículo 29 de la Constitución Política, producido como consecuencia lógica del cumplimiento del mandato expreso contenido en su inciso 1º, en el sentido de que el debido proceso se aplique a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, de manera que quienes desempeñen funciones públicas cuando sean procesados disciplinariamente también puedan ser protegidos contra las arbitrariedades y se les ofrezcan medios idóneos y garantías para materializar el ejercicio de su defensa.

La presunción de inocencia es una presunción *iuris tantum* y representa una fórmula jurídica para designar tanto en el ámbito del proceso

<sup>31</sup> Tribunal Constitucional de España, sent. 53 de 1985, FJ 8, tomado FRANCISCO RUBIO LORENTE, *Derechos fundamentales y principios constitucionales*, Ariel, 1995.

penal como en el de las infracciones administrativas al que tiene la carga de la prueba, y en este sentido constituye un derecho inalienable del procesado, "mientras no se cumpla el requisito de desvirtuarla, demostrándole su culpabilidad con apoyo en pruebas fehacientes debidamente controvertidas, dentro de un esquema que asegure la plenitud de las garantías procesales sobre la imparcialidad del juzgador y sobre la íntegra observancia de las reglas predeterminadas en la ley para la indagación y esclarecimiento de los hechos, la práctica, discusión y valoración de las pruebas y la definición de responsabilidades y sanciones"<sup>32</sup>.

Básicamente tres circunstancias explican la presunción de inocencia como elemento integrante del debido proceso y principio rector de las legislaciones adjetiva, penal y disciplinaria.

La primera circunstancia se traduce en la exigencia de un proceso garantista, como medio institucional legítimo de intervención estatal en la esfera de derechos y libertades del procesado con el propósito de adelantar la investigación y procurar la sanción de conductas que lo involucren en atentados contra el ordenamiento jurídico o el adecuado y correcto funcionamiento de la administración pública y la eficiente prestación de los servicios a cargo del Estado.

La segunda se expresa en la obligación del Estado como titular de las potestades punitivas y sancionadoras de demostrar la responsabilidad del procesado en aplicación del principio de que la prueba incumbe a quien afirma y no a quien niega, en razón de las mayores facilidades que asisten a la prueba del hecho positivo, lo cual no sucede con quien niega, por la dificultad de probar directamente lo que no ha tenido ocurrencia.

El principio de la presunción de inocencia impone que la carga de la prueba corresponda a los acusadores y que para desvirtuarla sea necesario que la prueba practicada haya tenido lugar en un juicio, con todas las garantías procesales y formalidades previstas. Para condenar es indispensable la certeza de la culpabilidad, pues la inocencia se presume cierta<sup>33</sup>.

La tercera se funda en el hecho de que modernamente no es compatible con la dignidad del ser humano la inversión del principio de la presunción de inocencia como punto de partida de cualquier actuación limitativa del Estado, en contra de sus derechos y libertades mientras se le declara la responsabilidad. No se desconoce así una regla de la experien-

cia consistente en que el hombre, la mayoría de las veces, no comete acciones criminosas, y por ende se le debe presumir inocente, y un presupuesto, que lejos de cosificarlo lo enaltece en atención a su naturaleza, permitiéndole desarrollar su defensa a partir de bases razonables que lo alientan positivamente como interlocutor dentro de un proceso y no lo disminuyen como persona.

Se trata, no de una presunción de bondad, sino negativa de acciones y omisiones disciplinarias, que se funda en la experiencia del comportamiento humano y en la propia imposibilidad lógica en que se encuentra el inculpado de demostrar una negación indefinida, como es la de no haber contravenido la ley disciplinaria<sup>34</sup>.

El traslado de la presunción de inocencia al ámbito disciplinario cobra sentido cuando el operador disciplinario funda su fallo en la presunción de culpabilidad del disciplinado sin tener elementos probatorios para ello, sin prever que hay un necesario escalonamiento del proceso como medio de averiguación y esclarecimiento de hechos y responsabilidades que deja entrever que el Estado no tiene de antemano nada declarado o concluido sobre los aspectos objetivo y subjetivos que enmarcan la determinación de la responsabilidad disciplinaria y que por consiguiente debe averiguar con las ritualidades diseñadas por la ley, con el fin de llegar a resultados que permitan resquebrajar este principio.

Mientras esta circunstancia ocurre, conserva su valor la negación indefinida del procesado argüida en su defensa. Por ello, la presunción de inocencia, aunque constituye un límite objetivo para las autoridades públicas en la valoración de la conducta investigada, es relativa, y se va minando en la medida en que la dialéctica probatoria propia del proceso va llevando a su fallador a la convicción de que el procesado es responsable, pero solo se desvirtuará mediante la declaración definitiva de tal responsabilidad.

Estas comprobaciones de probanza plena deben ser razonadas suficientemente, puesto que entre la percepción física de las pruebas y la afirmación de la existencia de los hechos hay un espacio que debe ser llenado por la actividad intelectual del juez, al que es inevitable reconocer un margen de apreciación más bien amplio. La valoración de las pruebas es una operación rigurosamente personal, aunque de ella se quiera reducir en lo posible el subjetivismo del enjuiciamiento<sup>35</sup>.

<sup>32</sup> Corte Const., sent. C-176 de 12 abril 1996, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

<sup>33</sup> Corte Const., sent. T-097 de 7 marzo 1994, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>34</sup> Paráfrasis de apartes de la sentencia de la Sala de Casación Penal de la C. S. de J., proferida el 20 junio 1966.

<sup>35</sup> NIETO GARCÍA, *op. cit.*, pág. 386.



## 10. RESOLUCIÓN DE LA DUDA

Cuando la administración decide ejercer su potestad sancionatoria tiene que cumplir con el deber de demostrar que los hechos en que se basa la acción están probados y que la autoría o participación en la conducta tipificada como infracción disciplinaria es imputable al procesado. Recuérdese que en materia disciplinaria la carga probatoria corresponde a la administración o a la Procuraduría General de la Nación, según el caso, dependiendo de quién adelante la investigación, y son ellas quienes deben reunir todas las pruebas que consideren pertinentes y conducentes para demostrar la responsabilidad del disciplinado<sup>36</sup>.

Si así no ocurre, el principio *in dubio pro disciplinado* obliga al juzgador disciplinario a resolver en favor del procesado cualquier duda razonable cuando no haya modo de eliminarla.

Aunque este principio se encuentra en relación recíproca con el de la presunción de inocencia, ambos son diferentes entre sí. El *in dubio pro disciplinado* encuentra “su fundamento en una cierta benevolencia del derecho que prefería optar por la decisión más favorable en lugar de imponer al acusado la más rigurosa”<sup>37</sup>. “Es una norma medio, que establece una consecuencia jurídica para los eventos en que exista duda sobre la responsabilidad del procesado. Es una especie de tarifa legal para la duda en favor del reo, cuyo desconocimiento lleva a la violación del debido proceso”<sup>38</sup>.

Por eso entra en juego cuando frente a la oportunidad procesal de decidir, el alcance demostrativo de una diligencia probatoria no logra desvirtuar el principio de la presunción de inocencia. En este caso, la tensión entre la insuficiencia incriminatoria del acervo probatorio y la presunción de inocencia debe ceder en favor del estado de inocente que aún conserva el procesado, por causa de una duda razonable imposible de eliminar.

Aquí “no basta que en cualquier etapa procesal aparezca la duda, pues tal como ya se indicó, en el estadio de la investigación el proceso se mueve bajo esta posibilidad, en consecuencia serán allí abundantes las dudas que podrán ser eliminadas conforme con la obligación de celeridad que debe dar el investigador al proceso, al estar facultado para decretar y practicar pruebas de oficio”<sup>39</sup>.

<sup>36</sup> Corte Const., sent. C-244 de 30 mayo 1996, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

<sup>37</sup> Corte Const., sent. T-097 de 7 marzo 1994, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>38</sup> C. S. de J., Sala de Casación Penal, sent. de 5 abril 1991.

<sup>39</sup> BARRETO ARDILA, *Principios y normas rectoras de la ley disciplinaria*, op. cit., pág. 114.

Mientras que la presunción de inocencia vincula de manera permanente al juzgador disciplinario durante el transcurso del proceso, el principio *in dubio pro disciplinado* lo hace en la oportunidad de decidir una vez evaluadas las pruebas practicadas y determinado su deficiente alcance incriminatorio con objeto de excluir una eventual condena dubitativa. “La sentencia condenatoria debe estar fundada en la certeza, y no solo eso, se trata de una certeza reglada, formalizada, diferente de la mera convicción subjetiva”<sup>40</sup>.

No obstante, “la duda debe ser razonable, esto es, concordante con la prueba existente en el proceso, pues mal harían la administración o la Procuraduría en aducir la duda como fundamento de una decisión favorable al disciplinado, cuando del acervo probatorio recaudado se concluye que sí es responsable de los hechos que se le imputan, proceder que en caso de producirse daría lugar a las correspondientes acciones penales y disciplinarias en contra de la autoridad que así actuara”<sup>41</sup>.

## 11. GRATUIDAD DE LA ACTUACIÓN DISCIPLINARIA

Aunque la Constitución Política no relaciona la gratuidad entre los principios que fundan la función administrativa, “este se infiere de los objetivos mismos que persigue la labor de impartir justicia y de la realización plena del derecho a la igualdad contenido en el artículo 13 superior”<sup>42</sup>. Se consagra legalmente como principio de la ley disciplinaria en respuesta a la responsabilidad que le compete al legislador de “definir, en cada proceso, si se amerita o no el cobro de las expensas judiciales, así como el determinar, según las formas propias de cada juicio, qué actuaciones generen liquidación de agencias en derecho, costas y otras erogaciones”<sup>42</sup>.

El principio de gratuidad apunta a hacer efectivo el derecho constitucional a la igualdad. “Pero valga anotar, esas condiciones de igualdad no se predicán únicamente de las oportunidades para acceder a la administración de justicia, sino también de las condiciones mismas en que se accede. Y en este punto juega [*sic*] un papel preponderante la capacidad económica de las partes, la cual no puede colocar a una de ellas en situación de privilegio frente a la otra ni propiciar, por consiguiente, la discriminación”<sup>43</sup>.

<sup>40</sup> Corte Const., sent. T-097 de 7 marzo 1994, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>41</sup> Corte Const., sent. C-244 de 30 mayo 1996, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

<sup>42</sup> Corte Const., sent. C-037 de 5 febrero 1996, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

<sup>43</sup> *Idem*.

La exigencia legal de que ninguna actuación procesal cause erogación a quienes intervengan en el proceso, salvo las copias que solicite el disciplinado o su apoderado, se estructura, además, atendida la naturaleza y el objetivo del procedimiento administrativo disciplinario sobre la necesidad de que el Estado, como encargado de demostrar la responsabilidad del procesado, asuma las expensas requeridas para tal fin y no el procesado, que goza del amparo de la presunción de inocencia.

## 12. EJECUTORIEDAD

El destinatario de la ley disciplinaria cuya situación se haya decidido mediante fallo ejecutoriado o decisión que tenga la misma fuerza vinculante, proferidos por autoridad competente, no será sometido a nueva investigación y juzgamiento disciplinarios por el mismo hecho, aun cuando a este se le dé una denominación distinta.

El anterior principio se consagra sin perjuicio de la revocatoria directa establecida inicialmente para los fallos sancionatorios según los términos y causales previstos en la ley disciplinaria, pero luego extendida a los fallos absolutorios por una decisión de *exequibilidad* condicionada<sup>44</sup>, adoptada por la Corte Constitucional.

En esta providencia esta corporación precisa que en el tema atinente a la revocatoria de los fallos disciplinarios, entran en tensión dos principios constitucionales, a saber: el principio de seguridad jurídica y el de justicia material. El principio de seguridad jurídica lo hace bajo la forma del valor de cosa decidida que tiene el fallo disciplinario y bajo la forma del principio *non bis in idem*, que rige en el ámbito del derecho sancionatorio del Estado.

En virtud de ese principio, el disciplinado tiene derecho a que se mantenga y perdure en el tiempo la decisión definitiva proferida y a que ello sea así como un mecanismo de promoción de la convivencia pacífica; el principio de justicia material lo hace bajo la forma del deber que tiene el Estado de promover la vigencia de un orden justo, pues uno de los ámbitos abarcados por ese deber es el del derecho disciplinario: al Estado también le incumbe el deber de investigar y sancionar las infracciones de los deberes funcionales imputables a sus servidores, pues para ello ha radicado el poder disciplinario preferente en el ministerio público y ha establecido la jurisdicción disciplinaria.

<sup>44</sup> Corte Const., Sent. C-014 de 2004, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

Estas circunstancias hacen que, de manera general, sea improcedente “la revocatoria directa contra los fallos disciplinarios absolutorios o la decisión de archivo de la actuación es legítima, pues resulta coherente con la Carta la decisión legislativa de dar primacía, en ese ámbito del derecho sancionador del Estado, al derecho a la seguridad jurídica que ampara al investigado sobre el derecho de justicia material”.

“Con todo, dada la necesidad de conciliar el alcance del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, de los contenidos materiales del debido proceso, del derecho de igualdad, del derecho de participación y de los derechos de las víctimas, como también las funciones de la Procuraduría General de la Nación, con el régimen de la revocatoria de los fallos absolutorios o decisiones de archivo, la Corte declarará exequibles los apartes demandados del artículo 123 y los citados apartes de los artículos 122 y 124[,] en el entendido [de] que cuando se trata de faltas constitutivas de violaciones del derecho internacional de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario, también procede la revocatoria del fallo absolutorio y del auto de archivo. Tal revocatoria procede de oficio o puede ser solicitada por la víctima o los perjudicados, aunque con las limitaciones derivadas de la interposición de recursos, y la competencia para su decisión recae en el funcionario que profirió el fallo o en el superior o en el procurador general”.

La nueva denominación que para el principio enunciado introduce el artículo 11 de la ley disciplinaria, más que a un intento serio del legislador por delimitar los ribetes de la prohibición del doble juzgamiento en materia disciplinaria y explorar las características propias que pudiere tener en este campo, obedece a un afán extremo de sentar diferencias formales para una misma institución, dependiendo del lente dogmático a través del cual se le mire, es decir, el penal o el disciplinario.

Creemos, al menos en lo que hace al tema objeto de estudio, que el susodicho propósito se logra con poca fortuna debido a que el término *ejecutoriedad* adolece de cierto grado de equívocidad en su utilización doctrinal, que puede llevar a confusiones mayores que la claridad y especificidad que se pretendió ganar con su adopción para el derecho disciplinario.

Si de sacrificar la tradicional expresión latina *non bis in idem* se trataba, en procura de introducir una diferenciación nominal de este principio para el derecho disciplinario, habríamos preferido que hubiera sido denominado de “estabilidad del fallo disciplinario”, en cuanto un nuevo juzgamiento atentaría contra la eficacia de este, salvo las excepciones legales, por constituirse potencialmente en una pretensión formal o mate-



rial de modificación de los efectos de una situación jurídica creada por medio de aquel, particularmente si es favorable.

En todo caso hemos hablado de *ejecutoriedad*, pues la expresión *ejecutoriedad* atañe a aquella característica de la sanción disciplinaria, “en virtud de la cual la administración no tiene necesidad de incoar un proceso de ejecución para que lo dispuesto en ella sea cumplido aun en contra de la voluntad del disciplinado, y no a la prohibición del doble juzgamiento de que trata el principio materia en examen, cuya principal relación con el de la cosa juzgada, se establece en su fase negativa”<sup>45</sup>.

Dejemos, por tanto, de lado la discusión en torno al acierto del legislador en el cambio de esta denominación y concentrémonos en precisar las características comunes de uno y otro, en cuanto comparten la particularidad de ser elementos integrantes del debido proceso, y sus diferencias relevantes, no obstante no encontrarse el de cosa juzgada relacionado de forma expresa en el artículo 29 de la Constitución Política.

Este principio “no es solo una prohibición dirigida a las autoridades judiciales con el fin de impedir que una persona ya juzgada y absuelta vuelva a ser investigada, juzgada y condenada por la misma conducta. También es un derecho fundamental que el legislador debe respetar. Una norma legal viola este derecho cuando permite que una persona sea juzgada o sancionada dos veces por los mismos hechos”<sup>46</sup>.

Mientras “la cosa juzgada, que confiere a las providencias la fuerza de verdad legal dentro del ámbito individualizado del asunto litigioso resuelto, se funda en el principio de la seguridad jurídica, la cual para estos efectos reside en la certeza por parte de la colectividad y sus asociados en relación con la definición de los conflictos que se llevan al conocimiento de los jueces”<sup>47</sup>, el principio de *non bis in idem* deriva del principio de legalidad y funda su valor en la autoridad del principio de la cosa juzgada, el cual supone un agotamiento de la potestad sancionadora del Estado en favor del procesado, que le permite no ser sometido nuevamente a un nuevo juicio por la misma conducta.

Este principio, “actúa así como una protección al acusado o condenado contra una posible doble incriminación total o parcial”<sup>48</sup>. La cosa

<sup>45</sup> JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, “Sobre la ejecutoriedad de los actos administrativos”, en *Revista de Derecho Inmobiliario*, 1907, pág. 8, cit. por JOSÉ MARÍA BOQUERA OLIVER, *Estudios sobre el acto administrativo*, 3ª ed., Madrid, Civitas, 1985.

<sup>46</sup> ÁLVARO TAFUR GALVIS, “El principio non bis in idem”, en *Faceta Jurídica*, núm. 22, Leyer, mayo y junio de 2007.

<sup>47</sup> Corte Const., sent. C-543 de 1º octubre 1992, M. P. José Gregorio Hernández.

<sup>48</sup> Corte Const., sent. T-575 de 10 diciembre 1993, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

juzgada es una condición sin la cual no se puede invocar el *non bis in idem* y encuentra su fundamento en la defensa de la seguridad jurídica, la cual se vería gravemente afectada si se permitiera una nueva discusión o una discusión indefinida en torno a los asuntos ya decididos o que se llevaran al conocimiento de las autoridades, bajo dos premisas, a saber: una positiva, que atañe a la protección de la decisión, y otra negativa, en cuanto agota el ejercicio de la potestad disciplinaria.

Con la vigencia de la cosa juzgada, como principio, se asegura la estabilidad de las decisiones disciplinaria como garantía de respeto al orden jurídico, que las controversias tengan un fin y que lo discutido en el escenario de un proceso disciplinario, por regla general, no se vuelva a ventilar en un nuevo proceso de la misma naturaleza.

Además, el principio *non bis in idem*, referido a la potestad sancionadora de la administración, puede decirse “constituye una garantía política en cuanto se proscribe por mandato constitucional el juzgamiento y la imposición de más de una sanción por un mismo hecho; pero igualmente tiende a garantizar la seguridad jurídica, a través [sic] de la intangibilidad o inalterabilidad de las decisiones de la administración que han definido una situación jurídica favorable o desfavorable al administrado”<sup>49</sup>.

En el contexto del artículo 11 de la nueva ley disciplinaria, el significado del término *investigación*, como fase primera, del proceso disciplinario, tiene dos valoraciones, una instrumental y otra teleológica. Se anticipa así en garantías a la Constitución Política en una de las etapas del proceso disciplinario, con la advertencia de que investigar no es juzgar.

A todo esto, la ley disciplinaria agrega el término *investigación* como una etapa del proceso disciplinario: 1) comprensiva del recaudo de pruebas para esclarecer la ocurrencia de la falta disciplinaria y sus autores, y 2) como conclusión definitiva de una situación disciplinaria.

El juzgamiento, como fase segunda, representa la oportunidad de evaluar en su totalidad el acervo probatorio con objeto de emitir un fallo. Por consiguiente, en el caso de que se dé una pluralidad de procesos, aun en cualquiera de sus fases, simultánea o sucesivamente se contraviene el principio *non bis in idem*.

Para no hacerlo así, habría que establecer cuándo se está instruyendo paralela o nuevamente, un hecho que ya está en investigación o fue fallado, y por ende, existe la obligación de garantizarle al disciplinado la vigencia de este principio, mediante una comparación entre dos situaciones: una ya resuelta con otra que se va a debatir, o entre dos por resolver.

<sup>49</sup> Corte Const., sent. C-214 de 25 abril 1994, M. P. Antonio Barrera Carbonell.

Este requerimiento lo permite el análisis, en sí mismo, de la ejecución de los hechos objeto de las sendas investigaciones, de forma tal que si coinciden, aun parcialmente, en sus actos ejecutivos y circunstancias más importantes, como autor, lugar, tiempo y modo de comisión, al igual que en el resultado, se está ante la misma conducta.

“La identidad en la persona significa que el sujeto inculpatado debe ser la misma persona física en dos procesos de la misma índole.

“La identidad del objeto está construida por la del hecho respecto del cual se solicita la aplicación del correctivo [...] Se exige entonces la correspondencia en la especie fáctica de la conducta en dos procesos de igual naturaleza.

“La identidad en la causa se refiere a que el motivo de la iniciación del proceso sea el mismo en ambos casos”<sup>50</sup>.

Aunque los términos en que está redactado este principio permiten concluir que por su alcance se impide, exclusivamente, la duplicidad de sanciones disciplinarias respecto de un mismo procesado, en cuanto a la comisión de unos mismos hechos y una misma causa material, no por ello puede deducirse que en igual sentido la norma plantea una incompatibilidad entre la sanción penal y la disciplinaria, cuando la conducta desplegada por el procesado configura a la vez un ilícito penal y una falta disciplinaria punibles, ambas por medio de procedimientos diferentes, correspondientes a ordenamientos sancionatorios diversos con perspectivas de defensa social disímiles.

Si la conducta afecta dos ordenamientos distintos, cabe aplicar dos regímenes sancionatorios diferentes, el penal y el disciplinario. Son plenamente compatibles por obedecer a valoraciones ético-jurídicas distintas, que los hace independientes y les permite coexistir sin interferencias en la investigación y sanción de los hechos que además de configurar falta disciplinaria constituyen delito.

Quien en el desempeño de función pública comete “un hecho constitutivo a la vez de delito y falta disciplinaria, afecta un bien jurídico más que el simple particular, imponiéndose entonces su doble juzgamiento, sin que ello entrañe desconocimiento del mencionado principio”<sup>51</sup>.

“En las condiciones anteriores no se viola el principio de *non bis in idem* cuando un ciudadano es procesado en razón de la misma conducta,

<sup>50</sup> C. S. de J., sent. de 22 noviembre 1990.

<sup>51</sup> C. S. de J., Sala de Casación Penal, sent. de 22 febrero 1988, M. P. Guillermo Duque Ruiz.

desde la perspectiva disciplinaria y penal, porque a pesar de ser emanación de la misma función punitiva, busca la protección de bienes y derechos sustancialmente diversos”.

En primer lugar, “el ciudadano es sancionado en calidad de funcionario que incumplió por acción u omisión deberes especialmente señalados conforme a un reglamento, que tiene como finalidades primordiales la eficacia, la moralidad y la correcta administración pública”; y en segundo lugar “el ciudadano es castigado porque vulneró normas mínimas de convivencia social, que amenazan la estabilidad y seguridad del individuo, de la sociedad”<sup>52</sup> y del Estado.

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 la deshonestidad del funcionario o empleado público es elemento del tipo penal, pues entonces se violaría el postulado *non bis in idem*<sup>53</sup> o cuando se sancionaran “en el proceso penal y en el proceso disciplinario unos mismos hechos, siempre que el carácter de la sanción sea el mismo y afecte doblemente la misma categoría de derechos del individuo; así pues, no puede haber lugar a una multa penal y a una multa disciplinaria, pues por unos mismos hechos se estaría afectando dos veces el patrimonio del disciplinado; no puede imponerse una inhabilidad para ejercer funciones públicas en el proceso disciplinario y una interdicción de derechos y funciones públicas en el penal”<sup>54</sup>.

Acerca del tema, CARLOS ARTURO RAMÍREZ VÁSQUEZ, propone como fórmula de solución para evitar la afectación al *non bis in idem*, crear un requisito de procedibilidad por vía legal, en orden a condicionar el ejercicio de la acción disciplinaria frente a las faltas gravísimas, exigiendo la comprobación previa del interés de parte de la jurisdicción penal.

“En consecuencia, sostiene, la jurisdicción penal deberá manifestar su interés, informando a la disciplinaria si por el mismo hecho adelantó algún proceso o actuación que hubiese culminado con sentencia o decisión que hizo tránsito a cosa juzgada, ya que en dicho evento constituirá un im-

<sup>52</sup> C. S. de J., Sala de Casación Penal, sent. de 9 diciembre 1992, M. P. Édgar Saavedra Rojas.

<sup>53</sup> JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal fundamental*, t. 1, Bogotá, Edit. Temis, 1998.

<sup>54</sup> BARRETO ARDILA, *Principios y normas rectoras de la ley disciplinaria*, pág. 126.



pedimento para el Estado de imponer sanción adicional de índole disciplinario, incluso, cuando la sentencia o decisión sea de carácter absoluto, no sería posible iniciar proceso disciplinario, ya que en la práctica se estaría ante una doble persecución por un mismo hecho<sup>55</sup>.

### 13. CELERIDAD DE LA ACTUACIÓN DISCIPLINARIA

El funcionario competente impulsará oficiosamente la actuación disciplinaria y cumplirá estrictamente los términos previstos en el Código Disciplinario Único, como forma de realizar la justicia material dentro de términos temporalmente razonables y sin dilaciones indebidas que sometan indefinidamente al procesado a la expectativa del ejercicio del *ius puniendi* del Estado, en grave detrimento de su buen nombre, en particular cuando ha sido implicado injustamente en la comisión de una falta disciplinaria y con el transcurso del tiempo se genera el riesgo de demostrar esta circunstancia, bien por la dificultad de operar o manejar los medios de pruebas con destino al proceso, o bien por la disminución de la capacidad de recordar del testigo.

Este deber oficioso de impulsión del procedimiento consagrado por esta norma rectora de la ley disciplinaria se deriva de los principios de seguridad jurídica, presunción de inocencia y derecho de defensa, los cuales les imponen a los órganos titulares de la potestad disciplinaria, por iniciativa propia, cumplir con todos los actos investigativos necesarios encaminados a evitar cualquier vacío procesal y poder así demostrar los hechos constitutivos de la falta disciplinaria y la responsabilidad del procesado, dentro de los plazos que la misma ley prescribe, sin condicionarse exclusivamente a la actividad probatoria y alegatos del disciplinado o su defensor cuando lo tuviere, como consecuencia directa de la carga de la prueba radicada en cabeza del Estado.

En esta tarea cuenta como regla de acción la necesidad de dar cumplimiento al mandato constitucional de desarrollar la función administrativa con fundamento en el principio de celeridad, entre otros, con objeto de evitar dilaciones injustificadas por el incumplimiento de los términos o por

<sup>55</sup>CARLOS ARTURO RAMÍREZ VÁSQUEZ, *El principio non bis in idem y su incidencia en el derecho penal y disciplinario colombiano*, Bogotá, Grupo Editorial Gustavo Ibáñez, 2007, pág. 145.

<sup>56</sup>Corte Const., sent. T-597 de 9 diciembre 1992, M. P. Ciro Angarita Barón.

la indebida utilización de los recursos y mecanismos procesales que impiden darles un curso ágil y expedito a las investigaciones disciplinarias que se adelanten.

Sin embargo, el deber comentado, que por lo demás implica la supresión de trámites y diligencias innecesarios como norma de acción en la dirección de las actuaciones disciplinarias, debe tener como perspectiva los derechos fundamentales del procesado y la prevalencia del derecho sustancial.

No en vano ha de interpretarse la observancia de las formas propias del juicio, como regla del debido proceso, en consonancia y armonía con lo dispuesto en el artículo 228 de la Constitución Política, referente a la prevalencia del derecho sustancial. De esta manera, se impide sin vulnerar derechos fundamentales, que con fórmulas rituales excesivas e innecesarias se logre la conclusión oportuna del proceso disciplinario y por consiguiente la resolución de la cuestión debatida.

Por encima de las ritualidades procesales —que al fin de cuentas no son más que meros instrumentos al servicio de la realización plena del derecho, nunca el derecho mismo— el juez del Estado social de derecho debe optar necesariamente por satisfacer las exigencias concretas de la justicia material<sup>56</sup>.

En estas circunstancias, el instructor está en el deber de considerar su cumplimiento, cuando en particular, las diligencias y los trámites sean ajenos al procedimiento disciplinario y sus finalidades o cuando siendo propios de este, su realización obliga a establecer o desvirtuar un extremo de la investigación o reitera uno ya establecido por un medio probatorio estimado como suficiente.

“No son admisibles interpretaciones restrictivas del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas en una sociedad democrática, pues no son conforme con el sentido y objeto del precepto constitucional; postulado este que igualmente se obtiene del principio de interpretación más favorable a la efectividad de los derechos fundamentales, consagrados reiteradamente por nuestra doctrina constitucional, que impide restringir el alcance y contenido del anteriormente citado derecho fundamental con base a [*sic*] distinciones sobre el origen de las dilaciones que el propio precepto constitucional no establece<sup>57</sup>.”

<sup>57</sup>Tribunal Constitucional Español, SS, 223-1988, de 24-11 y 81-1898, de 8-5. Cita tomada de FORERO SALCEDO, *Principios y garantías constitucionales en el ámbito disciplinario de los servidores estatales*, op. cit.

#### 14. FAVORABILIDAD

Este principio se identifica con el de legalidad. Ambos se condensan en una garantía mínima para el disciplinado, consistente en que su situación no puede ser variada de forma desfavorable o más grave que la existente al momento de cometer la falta. "Como principio universal del derecho penal, no puede estar sujeto a ningún tipo de condicionamiento. Su realización no depende sino de sí mismo. Por ello, cuando el factor temporal hace posible su presencia, ha de aplicársele sin tasa ni media"<sup>58</sup>.

A *contrario sensu*, este principio permite aplicar todas las hipótesis derivadas de normas sustantivas o adjetivas que mejoren la situación del procesado frente a las disposiciones que la restrinjan o desfavorezcan. Por la primera de estas circunstancias, el principio de favorabilidad se considera excepción al principio de aplicación inmediata de la ley.

Aunque "la doctrina y la jurisprudencia se han ocupado de este principio en especial para resolver conflictos de carácter temporal entre las leyes, también es cierto que el principio de favorabilidad está esencialmente concebido para resolver conflictos entre leyes que coexisten de manera simultánea en el tiempo"<sup>59</sup>, como cuando la nueva ley no deroga la anterior, sino que la reemplaza con una mejor adecuación a los intereses del disciplinado.

Su contrapartida se condensa en la máxima latina *tempus regit actum* como la cesación de los efectos de las leyes restrictivas o desfavorables, no bien estas han dejado de regir. Se entiende que por cuenta del principio de favorabilidad yace en el legislador la idea de restringir al máximo la imposición de sanciones disciplinarias.

Aplicar el principio de favorabilidad frente a un caso concreto, bien se dé en el tránsito de legislación o frente a la vigencia simultánea de disposiciones en el tiempo, no implica la disección estructural de las normas para tomar de ellas las condiciones favorables con el fin de conjugarlas con las favorables de otras normas.

En este sentido no cabe invocar como uno de sus alcances, que en torno a tipos disciplinarios con sanciones específicas se impute, de una parte, el supuesto de hecho y de otra, la sanción fijada en uno distinto, con desconocimiento de sus circunstancias modificatorias.

Se trata, por consiguiente, de darle cabida a otro principio que integra el de favorabilidad, denominado *inescindibilidad de la preceptiva* o normativa, cuyo alcance impone aplicar una ley en su integridad por ser más favorable, dado que se trata de circunstancias constitutivas de la conducta que no admiten división, incluidas aquellas disposiciones que individualmente consideradas puedan resultar restrictivas en cuanto a las disposiciones que se desplazan por aplicación de este principio, siempre y cuando el resultado final sea más beneficioso para el disciplinado.

De no ser así, el juzgador disciplinario que fraccionara leyes en su aplicación estaría creando un nuevo precepto, circunstancia que le demandaría arrogarse facultades del órgano legislativo. Es decir, no resulta válido desde ninguna perspectiva "tomar de una ley lo que en determinado aspecto favorezca al procesado y de la otra, lo que desde otro lo beneficie igualmente, porque en la hipótesis el juzgador no estaría aplicando de las leyes enfrentadas la más favorable, sino creando una tercera con pedazos de aquellas, con lo que se convertirá arbitrariamente en legislador"<sup>60</sup>.

Esta excepción, tomando para el caso un razonamiento del profesor REYES ECHANDÍA, tiene un fundamento profundamente humano, cuando el propio legislador ha considerado que el hecho no debe ser tenido ya como falta disciplinaria o que una sanción demasiado severa debe sustituirse por una más benigna, y así lo declara en la nueva ley, sería contrario a un elemental y humano deber de justicia aplicar de la norma incriminadora precedente<sup>61</sup>.

Como los principios generales del derecho penal se deben hacer extensivos por mandato del artículo 29 de la Constitución Política al derecho disciplinario, la extrapolación del principio de favorabilidad al campo disciplinario presupone según las reglas de los artículos 43 y siguientes de la ley 153 de 1887 la adaptación que a continuación se detalla:

1) La ley preexistente prefiere a la ley *ex-post-facto* en materia disciplinaria. Nadie podrá ser investigado o sancionado disciplinariamente sino por virtud de ley que haya sido promulgada antes del hecho que da lugar a la investigación.

2) En materia disciplinaria la ley favorable o permisiva prefiere en los procesos a la odiosa y restrictiva, aun cuando aquella sea posterior al tiempo en que se cometió la falta disciplinaria. Esta interpretación favorece a los disciplinados que estén sufriendo aún la sanción.

<sup>58</sup> C. S. de J., Sala de Casación Penal, sent. de 14 febrero 1992.

<sup>59</sup> Corte Const., sent. T-438 de 1º julio 1992, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>60</sup> C. S. de J., Sala de Casación Penal, auto de 10 diciembre 1981.

<sup>61</sup> ALFONSO REYES ECHANDÍA, *op. cit.*



Las anteriores reglas tienen las siguientes aplicaciones:

- a) Si la nueva ley le quita explícita o implícitamente el carácter de falta disciplinaria a un hecho que antes lo tenía, envuelve indulto.
- b) Si la nueva ley aminora de un modo fijo la sanción que antes era también fija, se declarará la correspondiente sanción más benigna.
- c) Si la nueva ley reduce el *maximum* de la sanción y aumenta el *minimum*, se aplicará de las dos leyes la que invoque el interesado.
- d) Si la nueva ley disminuye la sanción principal y aumenta las accesorias, prevalecerá sobre la ley antigua.
- e) Los casos dudosos se deben resolver por interpretación benigna.

Otro punto que se ha de considerar, frente a la aplicación del principio de favorabilidad, se relaciona con las figuras de la derogatoria y la *inexequibilidad* por las diferentes concepciones doctrinarias existentes, en particular sobre esta última.

Tanto la derogatoria como la *inexequibilidad* persiguen como meta el retiro de una disposición del ordenamiento jurídico. Pero mientras que con la derogatoria este propósito se logra mediante el ejercicio de una competencia natural del Congreso de la República, consistente en hacer las leyes, con la *inexequibilidad* se logra mediante el ejercicio de una función de control judicial radicada en la Corte Constitucional, consistente en valorar la conformidad de las leyes con la Carta Política.

La valoración jurídico-política que supone este último ejercicio y sus alcances determinan la inexistencia de la norma para efectos de su comparación a menos que el fallo de *inexequibilidad* haya dispuesto lo contrario, porque su consecuencia inmediata es que reviva la norma anterior, mientras que en el caso de la derogatoria, la sustitución de una norma por otra se ha dispuesto por razones políticas o de inconveniencia que hacen imperativa la aplicación de las nuevas disposiciones a partir de la fecha señalada para su vigencia, pero permiten cotejar ambas por ser evidente su sucesión en el tiempo.

## 15. IGUALDAD ANTE LA LEY

El reconocimiento constitucional de la igualdad para todas las personas en el sentido de que nacen libres e iguales ante la ley y deben recibir por consiguiente la misma protección y trato de las autoridades y gozar de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discrimi-

nación o razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, no constituye un derecho subjetivo autónomo, existente por sí mismo, dado que su contenido debe establecerse con respecto a relaciones jurídicas concretas.

A supuestos de hecho iguales deben serle aplicables iguales consecuencias jurídicas. Cuando se hayan de introducir diferencias entre los supuestos de hecho, tiene que existir una suficiente justificación de esa diferencia, que aparezca como fundada y razonable.

En los términos en que se encuentra concebido constitucionalmente este principio, opera desde una doble perspectiva: como prohibición a la función normativa del Estado, de configurar supuestos de hecho de las normas, que permitan dar un trato discriminatorio a las personas que se encuentren legítimamente en igualdad de situaciones y circunstancias, y como referente de aplicación a los operadores judiciales y disciplinarios, que se encuentran obligados a aplicar la ley de modo igual a todas las personas que se hallen en la misma situación jurídica, sin establecer diferencia alguna en razón de esta condición o de cualquiera otra circunstancia no prevista en la norma de que se trate.

El principio de la igualdad se traduce en el derecho de que no se instauren o reconozcan excepciones o privilegios que excluyan a unos individuos de lo que se concede a otros en idénticas circunstancias; con lo que se sigue necesariamente que la real y efectiva igualdad consiste en aplicar la ley en cada una de las hipótesis, de acuerdo con las diferencias plasmadas en ellas<sup>62</sup>.

El texto del artículo 15 de la ley disciplinaria no recoge en su totalidad el del artículo 13 de la Carta Fundamental, porque omite reproducir, por razón de la materia que desarrolla, las obligaciones constitucionales del Estado de promover y proteger los grupos discriminados o marginados y de personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, de manera que la igualdad sea real y efectiva, por ser este más un predicamento de circunstancias propias de otro ámbito, que del proceso disciplinario.

No obstante, en el evento en que el proceso disciplinario sea utilizado como escenario para patentizar un acto de discriminación o abuso contra una persona perteneciente a tales grupos o que se encuentre en las citadas condiciones, se podrá invocar directamente el amparo constitucional del

<sup>62</sup> Corte Const., sent. T-564 de 7 diciembre 1993, M. P. Antonio Barrera Carbonell.

derecho a la igualdad, en los términos planteados en los dos incisos restantes.

Un operador disciplinario no debe modificar arbitrariamente el sentido y alcance de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, y cuando así lo haga, por considerar que debe apartarse de sus precedentes, está obligado a ofrecer para el nuevo caso una fundamentación suficiente y razonable.

Toda desigualdad no constituye necesariamente una discriminación; la igualdad solo se viola si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable, y la existencia de dicha justificación debe apreciarse según la finalidad y los efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida<sup>63</sup>.

La igualdad es la médula de la justicia y presupone la abstracción de las desigualdades existentes entre los hombres. La justicia reviste la forma de lo general, pero aspira siempre a tener en cuenta el caso concreto.

“Desde ARISTÓTELES, se distinguen dos clases de justicia, en cada una de las cuales se plasma bajo una forma distinta el postulado de la igualdad: la justicia conmutativa representa la igualdad absoluta entre una prestación y una contraprestación, por ejemplo entre la mercancía y el precio, entre el daño y la reparación, entre la culpa y la pena.

“La justicia distributiva preconiza la igualdad proporcional en el trato dado a diferentes personas, por ejemplo, el reparto entre ellas de los tributos fiscales con arreglo a su capacidad de tributación, su promoción a tono con su antigüedad en el servicio y con sus méritos. La justicia conmutativa presupone la existencia de dos personas jurídicamente equiparadas entre sí; la justicia distributiva, por el contrario, presupone tres personas cuando menos: una persona colocada [*sic*] en un plano superior y que impone cargas o confiere beneficios a dos o más subordinadas a ellas”<sup>64</sup>.

El principio de igualdad vincula a todas las autoridades públicas, pero no por ello excluye como destinatarios a los particulares respecto de quienes la persona se halle en estado de subordinación o indefensión, o cuando por estar encargados de la prestación de un servicio público o con su conducta puedan afectar grave y directamente el interés colectivo, se encuentren en condiciones de conculcar derechos fundamentales.

<sup>63</sup> Corte Const., sent. T-422 de 19 junio 1992.

<sup>64</sup> RADBRUCH, *op. cit.*

Sin embargo, en el ámbito de las relaciones privadas, los derechos fundamentales, particularmente el principio de la igualdad, debe hacerse compatible con valores que tienen origen en el principio de la autonomía de la voluntad y que se expresan por medio de las relaciones obligacionales y derechos que nacen de la correspondiente situación jurídica.

## 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.

Las atribuciones y cometidos de los órganos públicos —institucionales y personales— se deben detallar en la Constitución, la ley y el reglamento. A las autoridades públicas en el desarrollo de sus funciones, y dado el carácter reglado de la administración pública, solo les está permitido realizar lo que les autoriza el ordenamiento jurídico.

Esta particular característica que preside la organización y el funcionamiento del Estado se concibe como uno de los principios más adecuado y transparente para lograr sus fines, y constituye un límite exterior que no puede trascender o rebasar el servidor público, so pretexto de que no se encuentra prohibido.

Cuando un comportamiento escapa a estas previsiones por constituir una extralimitación de funciones, omisión de sus deberes, un abuso de sus derechos o una violación de una prohibición, se estima que afecta el deber funcional, en lo que al aporte de esa concreta autoridad se refiere, particularmente considerada esta dentro del engranaje funcional del aparato estatal, y por ende, debe ser objeto de investigación y sanción para prevenir nuevos comportamientos irregulares y garantizar la buena marcha de la gestión pública.

La ley disciplinaria es una herramienta de auto-ordenación y control que tiene la administración pública para garantizar el cumplimiento de los fines y funciones del Estado, en lo que hace a las conductas de los servidores públicos que puedan llegar a afectar, sin justificación alguna, el deber funcional con que aquel pretende lograr aquellos.

En este contexto general, las sanciones disciplinarias como actos punitivos conclusivos del proceso disciplinario tienen una doble función, asignada por la ley, a saber preventiva y correctiva, dado que con su imposición se busca garantizar la efectividad de los principios y fines pre-



vistos en la Constitución, la ley y los tratados internacionales, que se deben observar en el ejercicio de la función pública.

Con esta normativa, los fines buscados con la imposición de la sanción disciplinaria se orientan como un medio para lograr los del Estado, por medio de la protección del ejercicio de la función pública por sí mismo, soportado esta protección, a su turno, en el respeto de los fines y principios sobre los cuales debe adelantarse la función pública.

Esta exigencia, en todo caso, va de consuno con el establecimiento del deber funcional como eje constitutivo de la falta, por acción, omisión o extralimitación del destinatario de la potestad disciplinaria y privilegia la protección de las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, al igual que la tarea de asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares como centro de acción directo o indirecto de las autoridades estatales, expresado mediante deberes funcionales.

Por consiguiente, la finalidad de la sanción disciplinaria no debe explicarse por sí misma o como un objetivo *per se*, sino como un medio de prevención general y especial y de corrección, mediante el cual se protege el ejercicio de la función pública. General, porque se trata de motivar a los restantes servidores públicos a desplegar un comportamiento ajustado a derecho: de modo negativo, intimidándolos con la imposición de una sanción, y de modo positivo, configurando la conciencia de los servidores públicos y determinando su comportamiento social y laboral; y especial, porque trata de evitar que el autor concreto de una falta disciplinaria cometa otras en el futuro. Así pues, las finalidades preventivas terminan derivándose del medio correctivo específico con el que se reprende al disciplinado por la falta cometida.

En uno y otro caso converge el propósito de garantizar la buena marcha de la gestión pública, “concebida esta como un servicio que presta el Estado a los ciudadanos para garantizar su bienestar y el desarrollo adecuado del hombre como tal, en una sociedad reglada y controlada”<sup>65</sup>.

También se ha visto en la sanción disciplinaria un efecto de advertencia, con clara incidencia en el campo de la culpabilidad, en todos y cada uno de los destinatarios específicos, en cuanto los modelos de comportamiento aprehendidos en los deberes implican una determinación de la conducta conforme a ellos. Lo cual persigue fundamentalmente que se

<sup>65</sup>C. S. de J., Sala de Casación Penal, sent. de 9 diciembre 1992, M. P. Édgar Saavedra Rojas.

introyecten como valores fundamentales de la especial misión que a ellos se les ha asignado en un Estado social y democrático de derecho.

Sin embargo, dicho efecto es consecuencia de los fines preventivos asignados legalmente a la sanción y no un fin de esta en sí mismo. De donde se puede concluir que en el citado razonamiento se incurre en el yerro argumentativo de adscribirle a la consecuencia de un fin un carácter que no tiene, la de ser causa.

Ahora bien, respecto a las consideraciones de la jurisprudencia —también planteadas frente a las sanciones disciplinarias, en cuanto que operan con una función progresiva de advertencia para el infractor, la cual habilita una de mayor entidad cuando el fin preventivo de estas no se ha cumplido y como resultado de ello se infringe nuevamente el régimen disciplinario— debe observarse que mantienen un valor relativo a la configuración legal del respectivo estatuto disciplinario de que se trate, porque atendida la gravedad de la falta, aunque se haya cometido por primera vez, debe procederse a imponer la de separación del servicio.

## 17. DERECHO A LA DEFENSA

Durante la actuación disciplinaria el investigado tiene derecho a la defensa material y a la designación de un abogado. Cuando se juzgue como persona ausente podrá estar representado por apoderado judicial; si no lo hiciere, se designará defensor de oficio, que podrá ser de las universidades reconocidas legalmente.

El principio rector del derecho a la defensa integra el debido proceso, y para el caso en estudio tiene más una presentación de carácter enunciativo que descriptivo, pues se encarga más de la estructura que del contenido de este, al hacer referencia tanto a la defensa material como a la técnica, en procura de su reconocimiento y vigencia en el proceso disciplinario y exponer algunos eventos en los cuales se debe garantizar esta última, sin adentrarse en mayores detalles en cuanto al alcance de ellas se refiere.

Sin embargo, tal exigencia normativa en el contexto del proceso disciplinario debe remitirse especialmente a los incisos 4 y 5 del artículo 29 de la Constitución Política, dado que tiene repercusiones positivas, no solo para el operador disciplinario y los resultados de las actuaciones disciplinarias de proceder en función de respetar este derecho, sino también para el disciplinado, que desde el momento mismo de ser relacionado con estas debe hacerse subjetivamente acreedor a esta garantía constitucional.

Por ello, la primera concreción del derecho a la defensa es la de ser oído directamente, en las oportunidades, etapas y formas establecidas por la ley disciplinaria, atendiendo el operador disciplinario las peticiones y razonamientos del procesado y dándoles oportuna respuesta.

El derecho de defensa comporta entre otras prerrogativas el derecho a ser oído y vencido en juicio<sup>66</sup>, de modo que el derecho de defensa se compone de un sistema interrelacionado de derechos y garantías que tienden a asegurar la “plena oportunidad de ser oído, de hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas en contra y de solicitar la práctica y evaluación de las que se estiman favorables, así como de ejercitar los recursos que la ley otorga”<sup>66</sup>.

La segunda se relaciona con la posibilidad de escoger un abogado que asuma su defensa en el proceso o de que se le designe uno de oficio; pero frente a estas opciones prevalece la primera, en atención a que el procesado es dueño de las condiciones de todo orden en que quiere plantear su derecho, presentando alegatos y práctica de pruebas. No obstante, en uno y otro caso, la presencia del defensor deriva de la garantía de inviolabilidad de este derecho para procurar, al menos teóricamente, en la tramitación de los procesos disciplinarios igualdad de condiciones entre quien ejerce la potestad disciplinaria en nombre del Estado y quien procesalmente la soporta, mediante el ejercicio de una defensa eficaz.

Cuando el disciplinado se juzga como persona ausente surge además la exigencia legal de la defensa obligatoria mediante apoderado judicial, procurada por sus propios medios o mediante designación de oficio. En este caso, tal como lo autoriza la norma en estudio, la designación puede recaer en un estudiante de consultorio jurídico de una universidad reconocida oficialmente.

A este respecto cabe citar las consideraciones que sobre el punto hizo la Corte Constitucional en cuanto al derecho a la defensa técnica en el campo penal, y que por guardar estrecha relación con las mismas exigencias para el campo disciplinario, se transcriben a continuación: “Esta normatividad tiene el sentido de asegurar que la garantía constitucional de la defensa no sea frustrada por la fuerza de las circunstancias, apelando al concurso de quienes están próximos a cumplir los requisitos necesarios para optar el título y tienen conocidos los fundamentos básicos de índole sustancial y procesal, indispensables para asumir la representación judicial de personas económicamente débiles [...] pero bajo la condición de que

el ejercicio de la función de defensa a la cual se refieren tenga lugar de modo extraordinario, es decir, tan solo subsidiariamente, ante la carencia absoluta en el municipio correspondiente de abogados titulados o temporalmente habilitados según la ley, o ante la imposibilidad física de contar con su presencia o la de un defensor público. Si no fueren así, se tendría una situación de inferioridad de algunos procesados, defendidos sin la suficiente seguridad de que sus intereses se confían a personal dotado de la suficiente preparación académica y jurídica, mientras otros lo son por profesionales titulados, con la experiencia y los conocimientos propicios a una defensa técnica. Ello vulneraría el principio de igualdad, pues partiría de discriminación injustificada, aparte de quebrantar ostensiblemente el debido proceso”<sup>67</sup>.

De acuerdo con esta lectura constitucional extrapolada a la norma objeto de estudio, cabe advertir que solo procedería designar estudiantes de derecho para asumir la defensa técnica en los citados casos de excepción.

Pese a lo anterior, de poco o nada le sirve a un defensor la consagración del derecho a la defensa técnica si el operador disciplinario lo priva de la posibilidad de cumplir su cometido idóneamente, al impedirle mediante advertencias o intimidaciones, o mediante sus propias interpretaciones del alcance demostrativo de las pruebas solicitadas, que no les dé pertinencia y conducencia, para negarlas.

La tercera atañe a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas, como condición necesaria para la verdadera realización de una justicia disciplinaria que afiance la seguridad jurídica resolviendo dentro de los términos legales la situación del investigado, porque es de sumo interés no solo para él, sino también para la colectividad, que se ponga fin a la situación de incertidumbre que apareja el desarrollo de un proceso disciplinario, dispensándole una solución razonable, de acuerdo con el acervo probatorio y las normas aplicables al caso.

El derecho a un debido proceso sin dilaciones injustificadas implica un equilibrio razonable entre el principio de celeridad y el derecho de defensa. La ley debe buscar entonces armonizar el principio de celeridad, que tiende a que el proceso se adelante en el menor lapso posible, y el derecho de defensa, que implica que la ley debe prever un tiempo mínimo para que el imputado pueda comparecer al juicio y pueda preparar adecuadamente su defensa<sup>68</sup>.

<sup>67</sup> *Idem.*

<sup>68</sup> Corte Const., sent. T-699 de 2000, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

<sup>66</sup> Corte Const., sent. C-617 de 1996, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.



La cuarta alude a no declarar con juramento o sin él, contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, con objeto de evitar versiones que por la relación que entrañen, o la solemnidad que les es advertida mediante el juramento, supongan coacciones, amenazas o repugnen a la conciencia y autonomía moral del investigado y constituyan, además de violación a su dignidad y a su defensa, un real obstáculo al esclarecimiento de los hechos, por la natural propensión que existe instintivamente en el ser humano a su propia protección y a la de los suyos.

El derecho a no declarar en las condiciones expuestas implica una valoración del riesgo desde la perspectiva del investigado y no del operador disciplinario, que no puede, sin violar su derecho a la defensa, compelel su versión con juicios tales como: "Si no debe nada, ¿a qué le teme declarar?" o "Cuando usted considere que puede involucrarse o involucrar a algún familiar, guarde silencio en dicho punto". De suerte que cuando por temor o estrategia defensiva el procesado se abstenga de rendir la versión solicitada, su silencio no puede ser estimado en ningún caso en su perjuicio.

La quinta se refiere a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra, por lo que se les impone a los operadores disciplinarios el deber de extremar la averiguación de los hechos en busca de la verdad material mediante el respeto de los derechos y garantía de los sujetos procesales, y no circunscribirse a la actividad de estos, pues existe, atendidos los fines del proceso disciplinario, la obligación de hacer una investigación integral en la que se produzcan decisiones justas.

También se refiere a que las pruebas que se practiquen no violen el debido proceso. Es decir, el respeto al debido proceso se torna constitucionalmente, en la producción de las pruebas, en condición de validez de ellas.

Se parte así, con este postulado, de la consideración axiológica de que el investigado no debe ser tenido únicamente como objeto de prueba, procurando solo su colaboración pasiva, sino que también se debe evaluar, además de la utilidad del medio probatorio, para el esclarecimiento de los hechos y la determinación de la responsabilidad, que los intereses en juego dentro del proceso disciplinario y las mismas competencias de las autoridades administrativas difícilmente admiten una actividad probatoria que ponga en riesgo la integridad física o moral de las personas involucradas o relacionadas con este.

En resumen: es preocupación de la jurisprudencia constitucional que en lo concerniente a los medios de prueba, como algo consustancial al derecho de defensa, se le reconozca y permita al disciplinado ejercer los siguientes derechos:

- 1) el derecho para presentarlas y solicitarlas;
- 2) el derecho para controvertir las pruebas que se presenten en su contra;
- 3) el derecho a la publicidad de la prueba, pues de esta manera se asegura el derecho de contradicción;
- 4) el derecho a la regularidad de la prueba, esto es, observando las reglas del debido proceso, siendo nula de pleno derecho la obtenida con violación de este;
- 5) el derecho a que de oficio se practiquen las pruebas que resulten necesarias para asegurar el principio de realización y efectividad de los derechos; y
- 6) el derecho a que evalúe el juzgador las pruebas incorporadas al proceso.

El derecho consagrado en el numeral sexto impone además como principio del proceso que el operador disciplinario sea congruente en el fallo sancionatorio con el marco de la acusación que lo fundamenta procesalmente, de forma que al procesado no se le sorprenda con hechos y circunstancias nuevas no tenidas en cuenta como objeto del correspondiente reproche disciplinario.

Y aunque en materia disciplinaria el pliego de cargo puede variar una vez concluida la práctica de pruebas y hasta antes del fallo de primera o única instancia, por error en la calificación jurídica o por prueba sobreviviente, lo trascendental es "[...] que ante la variación de la acusación el encartado también pueda modificar su estrategia defensiva, y que igualmente se le respete el derecho de contradecir los hechos nuevos, además de que se tengan en cuenta los propios. En igual sentido, de tiempo atrás, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha entendido que la congruencia no puede entenderse como una exigencia de perfecta armonía e identidad entre la acusación y el fallo, sino como una garantía de que el proceso transita alrededor de un eje conceptual fáctico-jurídico que le sirve como marco y límite de desenvolvimiento y no como una «atadura irreductible», con lo cual, en la sentencia el juez puede, dentro de ciertos límites, degradar la responsabilidad sin desconocer la consonancia"<sup>69</sup>.

<sup>69</sup> Corte Const., sent. T-480 de 2006, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Queda, por consiguiente, claro que la degradación de la responsabilidad cuando se desconoce la consonancia entre pliego de cargos y fallo sancionatorio es violatoria del principio de congruencia y, por ende, del derecho de defensa, y causa la invalidación del proceso o, las correcciones o ajustes del caso, al surtirse la segunda instancia, siempre que hubieran sido planteadas en el recurso de apelación o en el trámite de la consulta, cuando a ella hubiera lugar.

En materia disciplinaria creemos que únicamente es posible la degradación de la responsabilidad en el fallo modificando la calificación del aspecto objetivo de la conducta, mas no del subjetivo. Veamos por qué: una falta calificada en el auto de cargos como gravísima puede llegar a ser sancionada como grave y una grave como leve, si así lo dictamina probatoriamente el curso del proceso, sin que por ello se rompa la consonancia entre la acusación y el fallo sancionatorio, porque la degradación de la calificación jurídica de estas en nada varía su estructura fáctica ni el debate gestado en torno a su existencia o irrelevancia jurídica.

En cambio, no sucede lo mismo con la degradación o cambio de la calificación del aspecto subjetivo si se toman en consideración las marcadas diferencias estructurales existentes entre el dolo, la culpa gravísima y la culpa grave. El hecho de que así implicare dicha modificación una sanción menos drástica que la que pudiera corresponderle al disciplinado con la calificación inicial, no se corresponde con el respeto a sus derechos y garantías debidos, sino se le concediera una nueva oportunidad de defenderse de la calificación más favorable a sus intereses procesales invalidando el proceso a partir del auto de cargos, así se le llegara a imponer, por razón del cambio de la calificación jurídica efectuado en el fallo, una sanción diferente, pretextando su benignidad.

La séptima se refiere a impugnar la decisión sancionatoria, instituida sobre el riesgo de falibilidad que puede existir en toda obra humana en este caso, en los fallos disciplinarios, razón por la cual la misma ley disciplinaria los vuelve impugnables otorgando el mecanismo procesal de los recursos como medio para ventilar los errores que puedan haberse cometido en su expedición y legitimar así los resultados del proceso disciplinario frente a los sujetos procesales, particularmente, el investigado.

La octava implica no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Este principio se consagra en la nueva ley disciplinaria, con la denominación de "ejecutoriedad", al cual remitimos al lector para el estudio correspondiente.

## 18. PROPORCIONALIDAD

La sanción disciplinaria debe corresponder a la gravedad de la falta cometida. En la graduación de la sanción deben aplicarse los criterios que fija esta ley.

"En lo que hace al principio de proporcionalidad, hay que señalar que, a partir de su conexidad con los principios de legalidad y tipicidad, el mismo busca que la conducta ilícita adoptada por el legislador no solo tenga un claro fundamento jurídico, sino que permita su aplicación sin afectar irrazonablemente los intereses del potencial implicado o que tal hecho solo se presente en grado mínimo, de manera que este quede protegido de los excesos o abusos de poder que podrían provenir del empleo indiscriminado de la facultad legislativa o de la discrecional atribuida a la administración"<sup>70</sup>.

Del principio rector de proporcionalidad tal como lo describe la norma en examen se derivan dos importantes consecuencias jurídicas, íntimamente imbricadas entre sí, que se han de tener en cuenta al imponer las sanciones disciplinarias:

- 1) El reconocimiento de su carácter reglado y,
- 2) Su legitimación como acto punitivo.

La proporcionalidad, en este contexto, se refiere a una relación de conformidad o correspondencia que se exige cuantitativa y cualitativamente entre la sanción y la transgresión a la norma que motiva su imposición, y que además de aparejar la pretensión de adecuación racional, tanto por vía legislativa como por vía operativa entre la violación y respuesta institucional, va de la mano con el principio de ejecutoriedad, ínsito el agotamiento de la potestad punitiva del Estado, pues no consulta el alcance de este principio, que desde la misma perspectiva de control jurídico, se reaccione excesivamente imponiendo una doble sanción por los mismos hechos.

La correspondencia que debe existir entre una y otra se exige por vía legislativa mediante mandato al Congreso de la República de observar en las regulaciones en abstracto estas consecuencias punitivas particularmente, cuando las define y establece su procedencia, los criterios para graduarlas y sus límites temporales; y por vía operativa, como mandato al operador disciplinario, cuando evalúa la conducta infractora en el escenario del proceso disciplinario, con miras a aplicar, en concreto, una sanción disciplinaria.

<sup>70</sup> Corte Const., sent. C-796 de 2004.



En este último caso, dicho funcionario se encuentra vinculado por las citadas reglas legales que reducen su discrecionalidad para elegir la sanción que ha de imponer porque de antemano ya lo ha determinado la ley, y la extensión de aquella, pues debe consultar criterios, como la reiteración de la falta, el resarcimiento del daño causado y la devolución, restitución o reparación del bien afectado con la conducta constitutiva de la falta, siempre que tal devolución, restitución o reparación no se hubiere decretado en otro proceso; el grave daño social de la conducta, la afectación a derechos fundamentales, el conocimiento de la ilicitud y la pertenencia del servidor público al nivel directivo o ejecutivo de la entidad, entre otros.

## 19. MOTIVACIÓN

La configuración de la motivación como principio de la ley disciplinaria, exigida en toda decisión de fondo —interlocutorias— y los fallos que se profieran en el curso de la actuación disciplinaria, salvo lo dispuesto en normas especiales, traducen la observancia de otro de raigambre constitucional sobre el cual se soporta el ejercicio de la función administrativa: el de publicidad. Este exige el suministro de las razones jurídicas y fácticas para efectos de un control de orden gubernativo y otro de orden judicial, con el fin de poner en evidencia si el pronunciamiento en cuestión guarda correspondencia con la realidad probatoria y jurídica del proceso y con los fines señalados para ejercer la potestad disciplinaria.

La motivación es el conjunto de razones o explicaciones, que fundan las decisiones judiciales<sup>71</sup>. Motivar es justificar racional y humanamente las decisiones. El deber legal de motivar garantiza la existencia de fallos disciplinarios justos y protege al disciplinado de la arbitrariedad del operador disciplinario, puesto que la ausencia de motivación fue en el pasado —y lo es en la actualidad— el boquete abierto para que aquel pueda decidir conforme a sus caprichos o intereses<sup>72</sup>.

Por tales razones la motivación, antes que un requisito formal, es uno de fondo, y termina por ser el medio más adecuado para expresar la causa del acto.

<sup>71</sup> CARLOS ARTURO CANO JARAMILLO, *La reducción del texto jurídico*, Santa Fe de Bogotá, Linotipia Bolívar y Cía., 1996.

<sup>72</sup> Tomado en similar sentido de C. S. de J., Sala de Casación Penal, sent. de 18 abril 1988, M. P. Édgar Saavedra Rojas.

“Más técnicamente: la motivación es interna *corporis*, no externa; hace referencia a la perfección del acto más que a formas exteriores del acto mismo. Quiere decirse que la motivación ha de ser suficiente, esto es, ha de dar razón plena del proceso lógico y jurídico que ha determinado la decisión, lo cual no sucede frente al acto demandado. La motivación de la decisión comienza, pues, por marcar la diferencia entre la discrecionalidad y lo arbitrario, y ello, porque si no hay motivación que se sostenga, el único apoyo de la decisión será la sola voluntad de quien la adopta, apoyo insuficiente, como es obvio, en un estado de derecho en el que no hay margen, por principio, para el poder puramente personal, máxime si no le era dado por el ordenamiento jurídico hacer uso discrecionalmente de la facultad de motivar, toda vez que se trata de un proceso reglado, lo cual deja por este solo hecho y por virtud de la exigencia legal invocada, los actos como arbitrarios”<sup>73</sup>.

Además, la motivación exige que sean analizados todos los hechos y asuntos planteados dentro del debate judicial, e inclusive que se expliquen en forma diáfana, juiciosa y debidamente sustentada las razones que llevaron al juez a desechar o aprobar los cargos que funden el caso en concreto<sup>74</sup>. Por tanto, se estima que no hay motivación suficiente o una debida motivación cuando el operador disciplinario omite referirse de forma completa a todas las cuestiones fácticas y jurídicas tomadas como presupuesto de la decisión, llevando a cabo una evaluación acabada de su alcance y de los puntos de vista de los sujetos procesales consignados dentro de la actuación procesal.

La Corte Constitucional ha erigido en causal de procedibilidad de la acción de tutela la argumentación contradictoria o la ausencia de argumentación. Cuando una autoridad, debiendo motivar el acto no lo motiva, es decir, “profiere su decisión sin sustento argumentativo o los motivos para dictar la sentencia no son relevantes en el caso concreto, de suerte que puede predicarse que la decisión no tiene fundamentos jurídicos o fácticos”<sup>75</sup>, procede la acción de tutela para buscar el amparo del debido proceso.

## 20. INTERPRETACIÓN DE LA LEY DISCIPLINARIA

En la interpretación y aplicación de la ley disciplinaria el funcionario de conocimiento debe tener en cuenta que la finalidad del proceso es la

<sup>73</sup> Corte Const., sent. SU-250 de 1998, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

<sup>74</sup> Corte Const., sent. C-037 de 1996, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

<sup>75</sup> Corte Const., sent. C-171 de 2006, M. P. Clara Inés Vargas.

*prevalencia de la justicia*, la efectividad del derecho sustantivo, la búsqueda de la verdad material y el cumplimiento de los derechos y garantías debidos a las personas que en él intervienen.

La existencia de funciones estatales separadas, radicadas en órganos diferentes, que en su mayor parte integran las ramas del poder público o se erigen por fuera de la estructura de esta en autónomos e independientes para cumplir las demás funciones del Estado, configura el principio de separación de funciones con tres cometidos excluyentes y privativos.

El primero consistente en hacer la ley; el segundo, en ejecutarla; y el tercero, en dictar la sentencia, las cuales les dan especificidad a los denominados procesos estatales.

Los procesos jurídicos estatales son diferentes entre sí; no pueden ser realizados por un solo órgano y comprenden sistemas normativos creadores de relaciones jurídicas en torno a la conducta de sujetos y órganos, y también la creación de órganos que son a su vez generadores de relaciones y normas.

Estos procesos estatales no se desarrollan bajo una única forma, pero las formas en que se desenvuelven estos, son denominadas doctrinalmente *procedimientos*, en el entendido de que corresponden a diferentes manifestaciones de actuar. El proceso organiza las funciones con las que se cumple un cometido estatal; los procedimientos y las distintas formas de manifestarse su actividad.

El procedimiento administrativo, si bien tiene en mira el elevado valor de la justicia, que se encuentra ínsito en toda actividad jurídica, enjuicia siempre valores de seguridad administrativa, de eficacia de la administración y la plena satisfacción de los intereses de la colectividad.

El procedimiento administrativo no sustenta ningún litigio, ni menos una querrela entre partes enemigas, puesto que su misión es satisfacer intereses de terceros que tiene en suma jerarquía, aunque tratando de no rozar los derechos particulares; no dicta un acto con contenido de sentencia, sino un acto administrativo que la misma administración debe ejecutar<sup>76</sup>.

La finalidad del procedimiento es, por consiguiente, permitir como realización del proceso un cabal ejercicio de la potestad disciplinaria expresada en la investigación y sanción de las conductas de quienes ejercen funciones públicas cuando contravienen el régimen disciplinario al que

<sup>76</sup> BARTOLOMÉ A. FIORINI, *Procedimiento administrativo y recurso jerárquico*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1971.

deben estar sujetos, haciendo prevalecer la justicia, el derecho sustancial y la verdad material bajo las formas rituales consagradas en la ley.

La interpretación de la ley disciplinaria, bajo estas reglas hermenéuticas, involucra tanto la finalidad del proceso como esquema legal de organización de funciones, y del procedimiento, como proyección o instrumentalización de esas funciones, dándole un alto contenido humano, ético y jurídico al ejercicio de la potestad disciplinaria.

El funcionario de conocimiento debe, por consiguiente, situar en un plano de jerarquía superior estos principios frente a los demás que puedan enrumbar su actividad procesal y complementar sus ejercicios hermenéuticos, en desmedro de la rigidez legal que pueda enmarcar el asunto bajo su conocimiento, para así poder realizar la justicia como valor.

Dado entonces que el principal valor jurídico por antonomasia es la justicia, a ella nos aproximamos echando manos de los principios axiológicos superiores, para identificar los casos en que podamos encontrarnos ante una norma manifiestamente injusta, para enervar su validez inaplicándola en función de la primacía de la Constitución Política y para verificar si estamos aplicando correctamente las normas disciplinarias.

No obstante, "existe un amplio acuerdo a la hora de determinar ciertos requisitos (formales) que deben cumplirse para que un acto de aplicación del derecho pueda considerarse justo: por ejemplo debe ser el resultado de la aplicación de normas generales y preexistentes al caso, deben haberse cumplido los requisitos del «debido proceso», lo que significa que los afectados tuvieron oportunidad de expresar sus puntos de vista, de aportar pruebas, etcétera".

La prevalencia de la justicia se apoya en la efectividad del derecho sustancial y la interpretación de la ley disciplinaria dentro del marco de prevalencia de la justicia y la efectividad del derecho sustancial. Hacer efectivo el derecho sustancial en el contexto del proceso disciplinario tiene dos connotaciones: realizar el debido proceso como valor fundamental, dentro del cual se encuentra implicada la presunción de inocencia, y decidir de fondo el correspondiente proceso.

Pero no obstante ser esta la finalidad de las normas procesales, el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal no es absoluto y, por consiguiente, deben los sujetos procesales cumplir con las cargas procesales, so riesgo de perder las oportunidades ofrecidas por el rito procesal al servicio de su causa, que entre otras razones, al ser acatadas y respetadas, redundan en la validez de todas las etapas y actos producidos.

Sin embargo, el operador disciplinario no puede perder de vista que el proceso a su cargo se gesta bajo los principios del sistema inquisitivo y



es por tanto de impulsión oficiosa, de manera que es en él, y no en el procesado o su defensor, en quien reposa su vigilancia y trámite. Además, estando también interferido el proceso por el principio de investigación integral, corresponde al investigador aplicar de su parte todo el celo y la atención necesarios para evitar que por falta de diligencia del investigado se deje de proponer una actividad probatoria conducente a establecer la verdad material, aunque esta lo favorezca, y en caso de llegar a suceder así, debe entrar a sustituirlo oficiosamente.

## 21. APLICACIÓN DE PRINCIPIOS E INTEGRACIÓN NORMATIVA

En la aplicación del régimen disciplinario prevalecerán los principios rectores establecidos en esta ley y en la Constitución Política. En lo no previsto en esta ley se aplicarán los tratados internacionales sobre derechos humanos, 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 que no contravengan la naturaleza del derecho disciplinario.

En el contexto procesal el artículo 21 del Código Disciplinario Único tiene operatividad cuando tal normativa “no cobija una situación jurídica determinada o contiene una regulación insuficiente para resolver un caso particular” y “el interprete debe hacer uso directo de la normatividad [sic] del bloque de constitucionalidad”, porque los tratados internacionales sobre derechos humanos y los convenios internacionales de la OIT ratificados por Colombia “no solo son instrumentos de utilidad hermenéutica para los derechos y deberes consagrados en la Carta, sino que son legislación obligatoria de carácter interno por el hecho de haber sido incorporados en el ordenamiento nacional a través [sic] de una ley de la República”.

“[...] así entonces, cuando la disposición alude a tal normatividad [sic] remite a un acto jurídico complejo que ha sido negociado por el ejecutivo, aprobado por el legislativo y revisadas [sic] por la Corte Constitucional. Este proceso de incorporación las [sic] convierte en fuente de derecho interno que resultan, como es obvio, de obligatorio cumplimiento. De allí que no resulte ilegítimo el reenvío que hace la ley de la referencia en caso de que no haya norma interna directamente aplicable al caso”<sup>77</sup>.

Ahora bien, respecto de los demás códigos enunciados en dicha disposición, debemos entender que en observancia de la regla lógica del artículo 21 y las propias de cada estatuto, los principios en ellos regulados siguen conservando su carácter prevalente frente a las normas ordinarias.

Otro punto derivado de la interpretación y aplicación del artículo 21 *ibidem* tiene que ver con el hecho de si las normativas legales enunciadas en su texto, como de instrumentalización subsidiaria, determinan o no por su colocación, un orden de aplicación respecto de los vacíos de que pueda adolecer el Código Disciplinario para resolver un caso específico.

La respuesta es negativa, pues, sin perder de vista la preeminencia normativa de la Carta Política, de los tratados internacionales sobre derechos humanos y los convenios de la OIT, ratificados por Colombia, el orden de aplicación de los Códigos Contencioso Administrativo, Penal, de Procedimiento Penal y Procedimiento Civil, en cuanto no contravengan la naturaleza del derecho disciplinario, se encuentra determinado por la especialidad del asunto que se ha de resolver.

Tal como ha sido concebida, esta disposición consulta más la naturaleza del problema y la invocación del instrumento normativo que sea pertinente, que cualquiera otra circunstancia. Una vez determinadas las normas correspondientes en razón de la especialidad, cabe anotar que su interpretación y aplicación proceden del modo que mejor se ajusten al espíritu general que informa todo el régimen disciplinario, de forma que no se rompan su armonía, congruencia y sentido.

Además, las normas ordinarias de esos estatutos se deben aplicar en defecto de norma del Código Disciplinario Único que regule el tema controvertido, siempre que no contravengan la naturaleza del derecho disciplinario. Es decir, son dos condiciones que habilitan la aplicación de estos estatutos normativos.

La primera, que sea en defecto o subsidio de norma especial; y la segunda, que no contravengan la naturaleza del derecho disciplinario, en cuanto normativa autónoma de carácter sustantivo y adjetivo que garantiza un ejercicio recto de la función pública y la investigación y sanción de los comportamientos que atenten contra este.

El carácter prevalente otorgado a las normas de los citados códigos no es excluyente ni está encaminado a agotar la interpretación y aplicación del Código Disciplinario Único, sino que fija un orden de prelación en la aplicación de estas disposiciones frente a las restantes del ordenamiento jurídico.

En la medida en que estos estatutos no puedan auxiliar la función disciplinaria, debe acudirse a otros códigos, por mandato del artículo 8º de la ley 153 de 1887, en procura de lograr la solución al caso controvertido.

En no pocos casos, la aplicación de los principios rectores de los enunciados generará una multiplicidad de preceptos legales aplicables al asunto

<sup>77</sup> Corte Const., sent. C-067 de 2003, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

debatido. Unos, consagrados en el procedimiento disciplinario como normas ordinarias, y otros, en los demás ordenamientos, como principios rectores. La aplicación que hay que considerar en estas circunstancias es, desde la perspectiva y jerarquía del principio rector, en consonancia con la estructura lógico-objetiva del artículo 21 del Código Disciplinario Único.

La aplicación prevalente de las normas de los Códigos Contencioso Administrativo, Penal, Procesal Penal y de Procedimiento Civil se explica y justifica en la medida en que corresponda a la necesidad de llenar un vacío legal en el régimen disciplinario, en lo que hace a principios rectores, figuras o instituciones tomadas del derecho penal o del derecho administrativo, que se encuentren enunciadas o presupuestadas en el Código Disciplinario Único, sin los desarrollos normativos suficientes que permitan tener una comprensión y solución integral del problema.

En estas circunstancias es posible aplicar en su totalidad los desarrollos propios de esos estatutos, cuando las exigencias fácticas de la conducta lo reclamen.

A ese propósito contamos una vez más, como lo observa ALEJANDRO NIETO GARCÍA, con la valiosa ayuda de los instrumentos técnicos del derecho penal, que hay que utilizar sin reparo mientras el derecho administrativo sancionador no esté en condiciones de crear sus propios medios. Y no es poca la fortuna de contar con la teoría penal, dado que, de no ser por ella, los administrados habrían de explorar a ciegas estos nuevos caminos, sin otra guía que el cuestionable voluntarismo de la casuística de la jurisprudencia ni otra luz que sus intuiciones personales.

La falta de enunciación o presupuestación en la ley disciplinaria de una figura o institución propia de los restantes estatutos impide aplicar los desarrollos normativos propios de estos al Código Disciplinario Único, bajo la consideración de que la no referencia o adopción de aquellas obedece al propósito de diferenciar las especificidades que correspondan a cada área del derecho o proceso estatal o puedan ser exclusivas de ellas.

## CAPÍTULO II

### DE LOS SUJETOS DISCIPLINABLES Y DE SU PARTICIPACIÓN

*“La libertad de hacer lo que uno quiere, termina en la esclavitud de hacer lo que no quiere”<sup>1</sup>.*

#### 1. INTRODUCCIÓN

El rasero suministrado por la Constitución Política para determinar la responsabilidad disciplinaria es, en general, el ejercicio de funciones públicas que deriva, lógicamente, de un título o habilitación otorgado por vía legal, reglamentaria o contractual que origina una especial relación de sujeción con la administración y constituye *conditio sine qua non* para que la persona pueda ser destinataria de la ley disciplinaria, inclusive en los casos en que su conducta oficial no necesariamente se relacione con la prestación de la función o el ejercicio del cargo.

El predicado de la capacidad de ejercicio de funciones públicas deviene, en este caso, del presupuesto de la habilitación legal, reglamentaria o contractual que no necesariamente convierte a su destinatario en servidor público.

Aun dada esta circunstancia, quien desempeña funciones públicas debe sujetar su conducta oficial al cumplimiento de las normas constitucionales, las leyes, los reglamentos particulares u otros medios legales que le señalen sus atribuciones y deberes.

Debe también observar un comportamiento que no atente contra la dignidad de la investidura que detenta o la regularidad y buena marcha del servicio que presta, no solo en el ámbito estrictamente laboral, sino además, en el social, puesto que su condición especial, el ejercicio del cargo o de funciones y el desarrollo de su vida social, están entrecruzados.

<sup>1</sup> SALVADOR CASADEVALL, *Ignorancia sobre la libertad*.