



**PROCURADURIA
GENERAL DE LA NACION**

JUSTICIA DISCIPLINARIA

DE LA ILICITUD SUSTANCIAL
A LO SUSTANCIAL DE LA ILICITUD

Alejandro Ordóñez Maldonado

PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

IEMP  **EDICIONES**

J U S T I C I A

D I S C I P L I N A R I A

J U S T I C I A

D I S C I P L I N A R I A

DE LA ILICITUD SUSTANCIAL
A LO SUSTANCIAL DE LA ILICITUD

Alejandro Ordóñez Maldonado

PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

JUSTICIA DISCIPLINARIA

© Procuraduría General de la Nación, 2009

© IEMP - Instituto de Estudios del Ministerio Público, 2009

Autor:

Alejandro Ordóñez Maldonado

PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN



Carrera 5 N° 15-80 piso 16

PBX: 587 8750 Ext. 11621

Bogotá, Colombia.

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

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

Corrección de estilo:

Esperanza Restrepo Cuervo

Diseño gráfico editorial:

Hernán Hel Huertas O.

DISEÑADOR GRÁFICO IEMP

Impresión:

Imprenta Nacional de Colombia

Impreso en Colombia

Bogotá, noviembre de 2009

Primera edición

1000 ejemplares

ISBN: 978-958-734-047-1



Alejandro Ordóñez Maldonado

PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

Marta Isabel Castañeda Curvelo

VICEPROCURADORA GENERAL DE LA NACIÓN

Christian José Mora Padilla

DIRECTOR INSTITUTO DE ESTUDIOS

DEL MINISTERIO PÚBLICO

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN 11

JUSTICIA DISCIPLINARIA 17

CAPÍTULO I

**REFLEXIONES HACIA UNA EXPRESIÓN DE LO JUSTO EN EL
DERECHO DISCIPLINARIO** 19

CAPÍTULO II

DE LA ILICITUD SUSTANCIAL 23

1. De la antijuridicidad 23
2. Del deber funcional 28
3. De la justificación de la conducta 36

CAPÍTULO III

DE LAS CAUSALES DE EXCLUSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA EN PARTICULAR	41
1. Fuerza mayor o caso fortuito	41
2. En estricto cumplimiento de un deber constitucional o legal de mayor importancia que el sacrificado	47
3. En cumplimiento de una orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales	48
4. Por salvar un derecho propio o ajeno al cual deba ceder el cumplimiento del deber, en razón de la necesidad, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad	50
5. Por insuperable coacción ajena o miedo insuperable	59
6. Con la convicción errada e invencible de que su conducta no constituye falta disciplinaria	64
7. En situación de inimputabilidad	72

CAPÍTULO IV

UN NUEVO ENFOQUE Y EL CAMINO POR RECORRER	75
--	----

INTRODUCCIÓN

Con el fin de promover la eficacia de la justicia disciplinaria, dentro del marco establecido por la Constitución Política de 1991, esta jefatura del Ministerio Público estima necesario fijar algunos criterios orientadores para el buen entendimiento y adecuada aplicación de esta especie del derecho sancionador, como expresión de la potestad punitiva del Estado.

Debido a que algunos fallos emitidos por las autoridades disciplinarias han sido objeto de decisiones de la jurisdicción contenciosa administrativa y de los jueces constitucionales, en las que se ha afectado su validez, al entender que ellos fueron expresados como expresión de la proscrita responsabilidad objetiva, este despacho advierte la necesidad de trazar los lineamientos antedichos.

La estructura de la falta disciplinaria, soportada en la fusión de las categorías de tipicidad y antijuridicidad, pudo llevar a la autoridad disciplinaria a comprender que la responsabilidad se configuraba una vez se hubiera verificado la adecuación típica de la conducta, aún en aquellos casos en los que estaba desprovista de *ilicitud sustancial*.

En ese sentido, al percibirse la estructura del ilícito disciplinario como la unión inseparable de la tipicidad y la antijuridicidad, el silogismo de responsabilidad se redujo a la tarea de la

simple confrontación del hecho con la norma, sumada al descarte de una causal excluyente de responsabilidad, sin explorar lo sustancial de la ilicitud del comportamiento.

En lo que concierne a la responsabilidad disciplinaria por faltas cometidas a título de dolo, se mantuvo la idea de que siempre, para la estructuración de esta forma de imputación, bastaba el conocimiento de los hechos y el de la ilicitud. Consecuentemente, se asumió que el hecho de tomar posesión del cargo público suponía el conocimiento no sólo de los deberes exigibles del agente estatal, sino también de las actividades relacionadas con el ejercicio del cargo y de los contenidos normativos de la ley disciplinaria, lo que hacía derivar el dolo, únicamente, del *conocimiento exigible* del servidor público, pero se obviaba el conocimiento real (del agente) del comportamiento típico, y, además, se dejaba de lado el ingrediente volitivo de la conducta, resultado de una inferencia que, aunque *iuris tantum*, se tornó inquebrantable en muchos casos cuando se decía: «*quien sabe lo que hace y lo hace, quiere hacerlo.*»¹

De otro lado, el derecho disciplinario, como cualquier área del conocimiento jurídico, debe estar fundamentado en conceptos, valores y fines que constituyan su filosofía. Esto significa que no se pueden abordar los problemas de una determinada rama del arte jurídico, sin antes constatar que los conceptos y los fines de éste se encuentran correctamente conmensurados a su naturaleza. En el mismo sentido, las posiciones eclécticas, lejos de proveer una mayor solidez conceptual, terminan abonando el terreno de una ciencia construida en torno al relativismo, el pensamiento débil y el discurso ideológico.

El normativismo ha orientado por décadas una “ciencia” jurídica desnaturalizada en la que el fin se perdió y las causas

 1 Máxima pregonada por Hruschka, citado por GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. *EN Dogmática del derecho disciplinario*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. p.426.

se reemplazaron por construcciones fictas². En la actualidad, el normativismo (positivismo en sentido impropio) ha agotado su combustible y el mero sentido común ha removido su hegemonía, por lo que los juristas, en procura de buscar aquel fin y aquellas causas fuera del ordenamiento –consecuencia natural de una reacción antiformalista– han incurrido, por un lado, en el activismo judicial y por otro, en un nuevo derecho, caracterizado por dar lugar a un constitucionalismo personalista (profundización del constitucionalismo moderno), que de suyo ya había excluido la justicia del arte del Derecho. El momento histórico es propicio para encontrar la respuesta en un antiformalismo natural, no caprichoso pero sí altamente objetivo.

La propuesta que aquí se hace, parte de redireccionar, una vez superado el normativismo, el antiformalismo en boga, hacía una idea realista de justicia objetiva, premisa que no debe ser ajena al derecho disciplinario como expresión del derecho sancionador.

Desde esta perspectiva, el presente documento aborda aspectos relacionados con la ilicitud sustancial y los elementos que la estructuran, resaltando aquello que constituye la *esencia* de la antijuridicidad en materia disciplinaria. Así mismo y debido a que la *justificación de la conducta* es un elemento de la ilicitud, se hace un análisis de las causales de exclusión de responsabilidad, en el que se destacan los temas de objeción de conciencia y algunas consideraciones respecto del error. Así, este ejercicio pretende suministrar un referente práctico para el ejercicio del derecho disciplinario, como herramienta de encauzamiento efectivo de la conducta de los agentes del Estado, pero acorde con los postulados más sensibles del orden constitucional.

2 Los productos ideales del constructivismo, principalmente los contractualismos y en general, los sistemas racionalistas ajenos a cualquier realidad política y ontológica del hombre y la sociedad.

Perder el fin es el error peor

ARISTÓTELES

J U S T I C I A

D I S C I P L I N A R I A

DE LA ILICITUD SUSTANCIAL
A LO SUSTANCIAL DE LA ILICITUD

CAPÍTULO I

REFLEXIONES HACIA UNA EXPRESIÓN DE LO JUSTO EN EL DERECHO DISCIPLINARIO

Antes de esbozar los planteamientos que han de sustentar el presente capítulo, es necesario recordar a la autoridad disciplinaria y a todos aquellos interesados en un entendimiento recto de esta especie del derecho sancionador las siguientes ideas fundamentales:

- 1) El Derecho en su sentido propio y auténtico es la cosa justa, lo justo (*id quod iustum est*), presente a manera de proporción en las diversas relaciones sociales y que tiene como consecuencia –en virtud del elemento de *alteridad* propio de la justicia– la atribución a la otra parte de la relación, en lo que se define en últimas como aquello que por naturaleza se encuentra adecuado al otro; esto es, la cosa justa debida al otro³.

³ Villey Michel. Compendio de filosofía del derecho. Pamplona: Universidad de Navarra, 1979.

- 2) En su sentido derivado, el Derecho es el arte⁴ de observar, descubrir y declarar lo justo en las relaciones en sociedad. Al Derecho le es propio repartir bienes, honores, sanciones y cargas o declarar la situación de igualdad proporcional en una relación⁵. Es arte, en tanto que comporta una técnica o conocimiento que debe ser aplicado a la realidad, atendiendo una prudencia o virtud intelectual. Así, el Derecho se enfila a descubrir, como se dijo, *lo justo* en las relaciones sociales y a declararlo en forma de sentencia, o a lo sumo, formularlo a manera de definiciones y reglas generales⁶, subordinadas al orden natural de las cosas.
- 3) En cuanto a la función de la justicia en este planteamiento se puede precisar que el derecho es el objeto de la justicia. Al consistir la justicia en *dar a cada cual lo que le corresponde (suum cuique tribuere)*, ese acto de la voluntad tiene como objeto “dar” o “atribuir” una cosa justa: el Derecho, entonces, consiste en decir lo que le corresponde a cada quien.

Resulta esencial para el pleno entendimiento del planteamiento expuesto, que ese concepto de justicia del que se habla, se observe mediante la perspectiva del realismo filosófico⁷, marco

 4 El término arte procede del latín *ars* y es el equivalente al término griego *téchne* o *tekné* (“técnica”). En un comienzo designaba cualquier conocimiento aplicado, tanto a los oficios con algún grado de ciencia como aquellos pertenecientes estrictamente a la estética. Estos últimos absorbieron la totalidad de la palabra, tal y como hoy se comprende la voz arte.

5 Ambos fines se corresponden con las dos clases de justicia en Aristóteles: la distributiva y la correctiva, respectivamente, como especies de la justicia particular.

6 Verdadero concepto de ley jurídica, de norma jurídica, como la regla o medida de lo justo.

7 Esta doctrina considera fundamentalmente que el espacio y el tiempo son independientes de la sensibilidad. En palabras de Hartmann las dos tesis que resumen el realismo serían: 1) la relación cognoscitiva es ex-

dentro del cual la justicia se define como una proporción presente en las relaciones sociales; como un concepto vivo⁸, de aplicación práctica y concreta en cada situación o relación jurídica y que puede ser descubierto por el hombre a través de su razón.

De lo dicho se desprende que siendo la realidad determinante para encontrar la solución justa, en el campo del derecho disciplinario no se puede perder de vista que dicha realidad es ni más ni menos que la conducta constitutiva de falta, con todos sus movimientos volitivos y cognoscitivos, así como el conjunto de condiciones externas que le sirven de contexto. Además que las normas legales en tanto que obedezcan a la formulación de una regla general extraída de diversas soluciones justas y concretas, tienen un valor importante. De ahí que la tipicidad –por ejemplo– comporta un aspecto esencial dentro de la lógica de la naturaleza de las cosas ya que el entendimiento de la realidad es meramente tipológico, lo cual no implica la prevalencia del tipo –como formalidad– sobre la realidad, sino más bien, su uso adecuado, como descripción o explicitación de la realidad⁹.

No se invita, pues, a prescindir de la norma, sino a aplicarla de manera crítica informándose para ello del criterio realista antes expuesto, según el cual la norma jurídico es un instrumento para encontrar lo justo en la relación administrativa entre el servidor y el Estado¹⁰.

trínseca al ser que no resulta modificado por ella, 2) el ser está constituido no solo por cosas sino también por objetos ideales o por valores. En: Ferrater Mora, José. Diccionario de filosofía. Barcelona: Alianza, 1984.

8 Berchams Vallet de Goytisolo, Juan. ¿Qué es el derecho natural? Madrid: Speiro, 1997.

9 Justicia particular, la cual tiene como producto: lo justo concreto, la relación o cosa justa.

10 Y a su vez en esta relación formal, la realidad que subyace es verdaderamente la relación entre un ciudadano con deberes especiales –funcionales– y la comunidad política natural beneficiaria de los deberes asumidos por el funcionario.

En relación con el aspecto subjetivo de la justicia (es decir, como virtud), y de acuerdo con la máxima de ULPIANO, según la cual, «justicia [como virtud] es la constante y perpetua voluntad de darle a cada quien lo que le corresponde», debe entenderse que el funcionario investido de atribución disciplinaria, tiene que despojarse de todo sesgo, prejuicio o interés ilegítimo que pueda afectar su independencia, su imparcialidad o su objetividad. Sin embargo, más que pretender que el funcionario disciplinario obre de manera imparcial, lo cual es el presupuesto mismo de la administración de justicia, el juicio que debe proferir debe obedecer a una evaluación material de la conducta y de la norma, atribuyéndole al disciplinado todo aquello que le corresponda, incluyendo, no sólo la sanción en la medida que corresponda o la absolución, según el caso, sino la garantía del derecho a la defensa y al debido proceso¹¹. Ante estas necesidades de justicia, el juez disciplinario tiene el deber de aplicar la norma, entendiéndola no como fuente última y absoluta del derecho, sino como instrumento, como regla y medida de lo justo.

En resumen, será justa la decisión que obedezca a estos principios y aquella que no reduzca la conducta del agente a una mera parte del silogismo “jurídico”, desde una óptica abstracta, ajena al contexto específico de la conducta. El titular de la potestad disciplinaria mediante *el juicio*¹², tendrá que descubrir la proporción justa, existente entre la conducta y el deber funcional, las posibles realidades que se le puedan oponer y la imposición de la sanción.

11 Entendido como la posibilidad de recorrer un camino procesal, dialéctico, con la debida y necesaria contradicción y, esencialmente, con la garantía de un juez disciplinario imparcial, así como seguridad conceptual y valorativa otorgada por la idoneidad de los medios de prueba y la prevalencia de la verdad real sobre la procesal.

12 Como determinación recta de lo justo.

CAPÍTULO II

DE LA ILICITUD SUSTANCIAL

El artículo 5 del Código Disciplinario Único dispone lo siguiente:

«**Ilicitud Sustancial.** La falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna».

Del tenor literal del precitado artículo, se pueden identificar tres elementos estructurales de la ilicitud sustancial, como son: antijuridicidad, deber funcional y justificación.

1. De la antijuridicidad

Sea lo primero advertir que cuando el artículo 5 del Código Disciplinario Único dispuso que «**La falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna**», el legislador incurrió en una imprecisión, pues es claro que se hacía referencia a la conducta o comportamiento y no a la falta como tal. Es decir, la norma debió definir que «**la conducta o el comportamiento será antijurídico, cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna**».

Adicionalmente, el epígrafe de la norma y su tenor literal ofrecen una primera dificultad de la que se desprenden serias consecuencias en el ejercicio de la potestad sancionadora del Estado: el epígrafe consagra la expresión *ilicitud sustancial*, mientras que su desarrollo literal se expresa en términos de *antijuridicidad*, lo cual sugiere, en principio, la afectación de bienes jurídicos.

En ese sentido, para alcanzar la autonomía e independencia del derecho disciplinario frente a otras ramas del derecho público, especialmente de los derechos administrativo y penal, cobró especial relevancia la estructuración del *ilícito disciplinario* a partir de la infracción sustancial al deber funcional, descartando la proscribida deducción de responsabilidad objetiva, pero sin incursionar en el campo de la antijuridicidad material (perteneciente al derecho penal), aspecto que ha generado álgida controversia.

En la práctica, la expresión “*ilicitud sustancial*”, definida en términos de antijuridicidad, generó confusión para determinar el verdadero alcance de este elemento estructural de la falta, puesto que se debe tener en cuenta que la antijuridicidad material es un concepto que está edificado sobre la base del principio de lesividad y se entiende como la afectación o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados.

Las diferentes posiciones esgrimidas por las autoridades judiciales, así como la existencia de posiciones inconciliables por parte de la doctrina especializada, demuestran la ausencia de claridad, o cuando menos de unificación, sobre el tema. En ocasiones se habla de una *ilicitud sustancial* cercana al principio de lesividad (afectación de bienes jurídicos); en otras, a pesar de que se enuncia la *ilicitud* en términos de afectación de deberes funcionales, se reduce la tarea a un simple juicio de adecuación sobre la categoría de la tipicidad (sin explorar la *ilicitud* del comportamiento); de suerte que hoy no se tiene precisión sobre su alcance y efecto.

Desde el panorama general esbozado, es necesario formular las siguientes precisiones:

1.1. La ilicitud sustancial no es sinónimo de antijuridicidad formal

A pesar de que es correcto afirmar que la responsabilidad disciplinaria está soportada en la afectación de deberes funcionales, la antijuridicidad en materia disciplinaria no puede reducirse a un simple juicio de adecuación de la conducta con la sola categoría de la tipicidad; es decir, que sólo baste la correspondencia del comportamiento con la falta que se va a endilgar, dando por sentado la antijuridicidad, tal y como si se tratara de una especial presunción irrefutable.

Esta aproximación es la que se deriva de la misma jurisprudencia y doctrina especializada, al decir que el derecho disciplinario no debe ni puede tutelar el cumplimiento de los deberes por los deberes mismos. En otros términos, aun cuando la conducta se encuadre en la descripción típica, pero tal comportamiento corresponda a un mero quebrantamiento formal de la norma jurídica, ello no puede ser objeto de la imposición de una sanción disciplinaria, porque se constituiría en responsabilidad objetiva, al aplicarse medidas sancionatorias, sin que exista una verdadera y justa razón de ser.

1.2. La ilicitud sustancial tampoco implica antijuridicidad material

Tratándose de una categoría propia del derecho penal, la antijuridicidad material no alcanza a cobijar aquellas conductas que siendo desplegadas por el sujeto pasible de la acción disciplinaria, no implican la producción de un resultado, aunque sí comportan la violación de un deber funcional, y por ende, la vulneración de los principios constitucionales y legales que rigen la función pública, los cuales son exigibles de aquella persona que tiene con el Estado un vínculo especial (relación especial de sujeción).

En esencia, es posible afirmar que la falta disciplinaria no exige para su configuración la producción de un resultado consistente en la lesión o interferencia de bienes jurídicos, ya que basta obrar en contravía de los deberes funcionales exigibles al discipli-

nado; de tal manera que la producción de un resultado se constituya en factor objetivo para dosificar la sanción disciplinaria y no de la estructuración de la falta.

1.3. La ilicitud sustancial disciplinaria

La ilicitud sustancial disciplinaria debe ser entendida como la afectación sustancial de los deberes funcionales, siempre que ello implique el desconocimiento de los principios que rigen la función pública. Esta sencilla pero clara lectura, es la que debe corresponder a la filosofía del derecho disciplinario, más allá de las imprecisiones de tipo semántico o gramatical en que pudo haber incurrido el legislador. Debe advertirse que no se pretende, de momento, “reformular” el texto que subyace a la norma disciplinaria. De lo que se trata entonces, es de encontrar una interpretación acorde con los principios y fines que deben orientar el derecho disciplinario dentro del marco del Estado Social de Derecho, como herramienta útil para encauzar la conducta de quienes ejercen función pública.

Si el significado real del término *antijuridicidad* es el de ser *contrario a derecho*, debe entenderse que para estimarse cumplida la contrariedad de la conducta, ésta debe tener una razón de ser. El comportamiento, más que desconocer formalmente la norma jurídica que lo prohíbe, debe ser opuesto o, cuando menos, extraño a los principios que rigen la función pública.

La lectura correcta del instituto analizado debe armonizarse con el artículo 22 del Código Disciplinario Único, donde se establece que la garantía de la función pública descansa en la salvaguarda, por parte del sujeto disciplinable, de los principios que la gobiernan,¹³ a los cuales se suscribe el cumplimiento de sus deberes y demás exigencias constitucionales y legales. A ello se contrae,

¹³ Moralidad pública, transparencia, objetividad, legalidad, honradez, lealtad, igualdad, imparcialidad, celeridad, publicidad, economía, neutralidad, eficacia, eficiencia, disciplina, entre otros.

en consecuencia, el objeto, fin o interés jurídico protegidos por el derecho disciplinario, norma concordante con el artículo 209 de la Constitución Política.

En una palabra, aunque el comportamiento se encuadre en un tipo disciplinario, pero se determine que el mismo para nada incidió en la garantía de la función pública y los principios que la gobiernan, deberá concluirse que la conducta está desprovista de ilicitud sustancial.

Tan cierto resulta lo anterior que el propio legislador, resaltando el carácter sustancial de la afectación funcional, descartó el compromiso disciplinario para aquellas hipótesis de conductas que afectan en menor grado el orden administrativo y les estableció mecanismos diversos al emprendimiento de la acción disciplinaria (artículo 51 del CDU).¹⁴

Ahora bien, en cuanto al resultado o afectación efectiva de bienes jurídicos, es claro que en derecho disciplinario la estructuración de la falta no depende de la verificación de tal resultado, ya que éste sólo constituye criterio de dosificación de la sanción disciplinaria, tal como se deduce de los literales e), f), g) y h) del numeral primero del artículo 47 de la Ley 734 de 2002.

De acuerdo con lo expuesto, al descartarse la responsabilidad derivada del quebrantamiento formal de la cobertura jurídica de la norma, ésta deberá soportarse en la comprobación de la trasgresión de dichos presupuestos, lo que redundará en una efectiva aplicación de la justicia y la real proscripción de la responsabilidad objetiva.

 14 Ley 734 de 2002. Artículo 51. **Preservación del orden interno.** <Aparte tachado INEXEQUIBLE> Cuando se trate de hechos que contraríen en menor grado el orden administrativo al interior de cada dependencia sin afectar sustancialmente los deberes funcionales, el jefe inmediato llamará ~~por escrito~~ la atención al autor del hecho sin necesidad de acudir a formalismo procesal alguno.

El legislador empleó la expresión *antijuridicidad* pero no precisó si ésta es *formal* (simple quebrantamiento de la norma) o *material* (afectación efectiva de algún bien jurídico), debiendo entenderse, en todo caso, que el comportamiento por el que se llama a rendir explicaciones al procesado es aquel que contraviene el ordenamiento jurídico y respecto del cual no se tiene aclaración que diluya el juicio de reproche, cuyo análisis corresponde a la culpabilidad como ingrediente subjetivo de la conducta.

Como corolario de lo anterior, se puede afirmar que el derecho disciplinario pretende encauzar la conducta del servidor público, reprochando comportamientos que vulneren la garantía de la función pública en aras de que se cumplan los fines del Estado Social de Derecho.

En el orden precedente y desde un referente de justicia, la *sustancialidad* de la ilicitud se determinará cuando se compruebe que se ha prescindido del deber exigible al disciplinado en tanto implique el desconocimiento de los principios que rigen la función pública, entendiéndose por tal la *antijuridicidad sustancial* del comportamiento.

A propósito de lograr una cabal comprensión de la ilicitud sustancial, debe recordarse que ésta, además, viene dada por la afectación del deber funcional exigible del agente estatal, lo cual amerita ocuparse a continuación del alcance y límites sobre tal concepto.

2. Del deber funcional

Del artículo 113 de la Constitución Política se desprende que la consecución de los fines del Estado depende, en gran parte, del estricto y cabal cumplimiento de los deberes funcionales confiados a sus agentes¹⁵.

¹⁵ Bajo la expresión agente estatal o agente del Estado quedan cobijados los servidores públicos, los particulares interventores, los que cumplen fun-

En ese sentido, el artículo 5 del Código Disciplinario Único dispone que «*la falta (conducta) será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna*» (negrilla fuera de texto).

Armonizando esta norma con el artículo 23 del Código Disciplinario Único, el deber funcional abarca el cumplimiento de deberes propiamente dichos; la no extralimitación de los derechos y funciones; el respeto por las prohibiciones y por el régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses consagrados en el ordenamiento jurídico.

En cuanto a lo *funcional*, como condición inherente al deber, la Procuraduría General de la Nación ha sostenido:

(...) El derecho disciplinario ha sido concebido para escudriñar la conducta de los servidores públicos y de los particulares que cumplan funciones públicas con el fin de verificar el debido acatamiento de las funciones que se le han encomendado, es por ello, que cualquier comportamiento que no se encuadre dentro de estos parámetros, no puede ser objeto del derecho disciplinario.¹⁶

El Estado no debe ejercer su potestad disciplinaria respecto de conductas que formen parte del fuero interno de sus agentes, de su esfera personal o que sean expresión de sus derechos fundamentales a la intimidad o al libre desarrollo de la personalidad y que no tengan una relación con la función a ellos encomendada.

En sentencia C-819 de 2006¹⁷, referida a faltas cometidas por miembros de la Policía Nacional en situaciones administrativas de franquicia, permiso, licencia, vacaciones, suspensión o excusa

ción pública, los que administran recursos del Estado y los que prestan servicios públicos, de conformidad con el libro III del CDU.

¹⁶ Procuraduría General de la Nación. Concepto 4711 del 16 de feb. de 2009.

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia C-819 del 4 de octubre de 2006. MP. Dr. Jaime Córdoba Triviño.

del servicio, incapacidad u hospitalización,¹⁸ sostuvo la Corte Constitucional que para que tales conductas cobren entidad disciplinaria, «*deberán afectar los fines de la actividad policial*», lo cual supone la limitación del *deber funcional* al ámbito laboral propiamente dicho.

Ahora bien, el *deber funcional* tampoco debe restringirse a las puntuales tareas que competen al agente del Estado, sino que además se extiende al respeto de los principios constitucionales y legales que exigen una respuesta ética frente a las expectativas generales de la sociedad con relación a sus agentes.

El *deber funcional* puede ser comprendido entonces, como una armónica combinación de elementos misionales y jurídicos que posibilitan el cumplimiento de los fines del Estado, por cuanto las funciones del agente estatal se encuentran en una relación de medio a fin respecto de los mismos objetivos del Estado. Las expectativas de los ciudadanos en relación con el Estado sólo pueden cristalizarse a través del cumplimiento de las funciones de sus servidores, de suerte que los fines de aquél constituyen al mismo tiempo el propósito de las funciones de éstos.

Igualmente, el *deber funcional* comprende la carga pública impuesta a quienes desempeñan funciones estatales en el marco de las llamadas “*relaciones especiales de sujeción*” que le gobiernan en procura de alcanzar los fines antedichos.

En tal sentido y siguiendo a OBERMAYER “La relación de especial sujeción, es aquella relación jurídico pública de sometimiento, en el ámbito del Derecho Administrativo, en la que se encuentran aquellas personas que, como parte integrante del aparato administrativo, están bajo la dirección inmediata del Poder público, con cierto carácter duradero y en favor de un determinado fin administrativo.»¹⁹

¹⁸ Ley 1015 de 2006, artículos 34-10 y 35-18

¹⁹ Obermayer, *Virwaltungsakt*, 1956. p. 84 y ss.

En nuestro ordenamiento jurídico, este elemento esencial se encuentra consagrado en el artículo 6 de la Carta Política, en el que se hace referencia a la responsabilidad maximizada de los servidores públicos, quienes además de responder por incumplir la Constitución y la ley, lo harán también por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

Refuerza este concepto lo consignado en el inciso segundo del artículo 123 Superior, que pregona que «los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista en la Constitución, la ley y el reglamento».

En virtud de las *relaciones de sujeción especiales*, se restringen algunas libertades y derechos fundamentales de los agentes del Estado, lo cual evidencia su condición jurídica diferenciada con relación a los particulares, como ocurre en los siguientes casos invocados con carácter enunciativo:

- Limitación en actividades de los partidos y controversias políticas;
- Libertad restringida de locomoción por fuera de la actividad laboral;
- Derecho a la huelga vedado en los servicios públicos esenciales;
- Prohibición de prestar servicios de asistencia, representación o asesoría en asuntos que concurren con las funciones propias del cargo, hasta por un año después de la dejación del cargo. Esto implica que las relaciones especiales de sujeción acompañan, inclusive, al servidor público aún después de haber hecho dejación de su cargo;
- Limitación del derecho a ejercer la docencia, dentro de la jornada laboral, a un número de horas legalmente permitido;
- Prohibición de ejercer simultáneamente más de un empleo público o recibir más de una asignación proveniente del tesoro público;

- Limitación al derecho de expresión, en cuanto a los asuntos de la administración, cuando no se cuenta con facultad para hacerlo;
- El derecho de asociación sindical se restringe respecto de los miembros de la fuerza pública;
- Respecto de la propiedad privada, existe prohibición de adquirir bienes que se vendan por su gestión.

Como puede verse, las *relaciones especiales de sujeción*, contempladas en el artículo 6 de la Constitución Política, conllevan el recorte o matización de algunos derechos en el ámbito de la relación laboral; pero nada autoriza a que tales limitaciones se extiendan en el escenario de la actuación disciplinaria en la que cobra plena vigencia la aplicación de las garantías emanadas del artículo 29 fundamental. Ello es así, porque en el marco del Estado Social de Derecho, establecido en la Carta Política de 1991, el debido proceso se aplica a toda actuación judicial o administrativa, inclusive la disciplinaria.

De lo anterior, se concluye que las *relaciones especiales de sujeción* se aplican dentro del Derecho Disciplinario, siempre y cuando no se amenacen los derechos fundamentales del disciplinado, pues ninguna doctrina o escuela podría ir en contra de aquello que resulta inherente a lo reconocido en la Carta Política.

Coherentemente, nótese que la matización de algunas garantías constitucionales en materia procesal disciplinaria, tienen carácter excepcional y en todo caso sometidas al principio de reserva de ley, lo cual se explica por la naturaleza especial del sistema. Tal es el caso de la defensa técnica (versión libre), que tiene aplicación eventual y no obligatoria. Igualmente y por vía de ejemplo, la imposibilidad de impugnar la decisión de cargos, que constituyendo realmente pronunciamiento de fondo sobre los hechos y sobre la futura y eventual responsabilidad del procesado, se define legalmente como decisión de trámite a efectos de dar impulso al proceso.

En el derecho comparado, el tratadista español ALEJANDRO NIETO, anota:²⁰

Las críticas doctrinales que con el tiempo se fueron acumulando –puesto que se consideraba que con tal excepcionalidad era incompatible con un auténtico Estado constitucional de Derecho– cristalizaron, al fin, en la sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 14 de marzo de 1972, en la que, por primera vez y sin ambages, **se declara que las relaciones de sujeción especial no escapan a las garantías de la reserva de ley, de respeto a los derechos fundamentales y de la protección de los Tribunales.**

(...)

Partiendo de aquí -y tomando la Constitución como último criterio para solucionar estas cuestiones–, la doctrina mayoritaria entiende que hay que revisar hasta sus mismos cimientos el planteamiento tradicional y que, en definitiva, después de la Constitución (en palabras de García Macho, 1992, 179), **“los derechos fundamentales y la reserva de ley tienen plena validez en el ámbito de las relaciones de especial sujeción a no ser que la Constitución expresamente establezca limitaciones** (negrillas fuera de texto).

El citado autor trae a colación la STC 61/1990²¹ del 29 de marzo de 1990, en la que se ha limitado la potestad sancionadora de la Administración en las relaciones de sujeción especial. Admite que en ellas caben restricciones a la aplicación del principio de legalidad; pero aclara que una cosa es que quepan restric-

²⁰ Nieto, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. Madrid: Tecnos, 2005. p.223

²¹ Sentencia del Tribunal Constitucional español.

ciones en los casos de sujeción especial y otra, que los principios constitucionales y los derechos fundamentales en ellos subsumidos, puedan ser también restringidos o perder vigencia y eficacia. Concluye que «*No se puede relativizar un principio sin riesgo de suprimirlo*». En tal sentido afirma:

“Siempre deberá ser exigible el cumplimiento de los requisitos constitucionales de legalidad formal y tipicidad como garantía de la seguridad jurídica del ciudadano. Otra cosa es **que esos requisitos permitan una adaptación –nunca una supresión– a los casos e hipótesis de relaciones Administración-administrados y en concordancia con la intensidad de la sujeción**²² (negrillas fuera de texto).

Por su lado, la autora española MARINA JALVO sostiene lo siguiente:²³

Las consecuencias señaladas se mantendrán durante la época de Weimar e, incluso, tras la promulgación de la Ley Fundamental de Bonn. **Superada la situación constitucional determinante de la construcción de la teoría de las relaciones de sujeción especial, en el Estado de Derecho la actividad administrativa no puede desarrollarse al margen de la ley, ni de los derechos fundamentales ni de control judicial.** Justamente por las razones apuntadas, **las relaciones de sujeción especial han perdido su contenido y efectos clásicos en el ordenamiento que las vio nacer.**

(...) no tiene sentido mantener la distinción entre relación general y relación especial de sujeción, que no es, ni mucho menos, clara y tajante (...) **Entonces no queda más reme-**

²² Nieto, Alejandro, Op. cit., p. 227).

²³ J.A. Santamaría Pastor, Principios de derecho administrativo. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1990. p. 352.

dio que admitir que la categoría en cuestión no tiene ‘más que un alcance aproximativo, descriptivo y coloquial, sin precisión dogmática alguna’.

(...)

Las consecuencias de la relación de sujeción especial se han notado especialmente en la configuración y en el ejercicio de la potestad disciplinaria. **La sola invocación de aquella categoría, ha servido para matizar, cuando no excepcionar, la aplicación de elementales principios constitucionales como los de reserva de ley, tipicidad y prohibición de doble sanción, en la mayoría de los casos, de forma apriorística y con desconocimiento de la realidad positiva** (negrillas fuera de texto).

(...)”.

La misma tratadista cita la sentencia del tribunal constitucional español, en la que se rechaza la invocación de las relaciones de sujeción especial como causa automática de modulación de las garantías sancionadoras de orden constitucional.²⁴

En las sentencias de la Corte Constitucional, son variados los pronunciamientos acerca de la delimitación de la categoría de la relación especial de sujeción. Desde muy temprano, el alto tribunal precisó que la acción disciplinaria es consecuencia de las *relaciones especiales de sujeción*, como resultado del incumplimiento de un deber; de la incursión en una prohibición; de una extralimitación o de la violación del régimen de inhabilidades, impedimentos y conflictos de intereses²⁵. Así mismo, que las *relaciones especiales de sujeción*, entre otras especificidades, sirven de base para afirmar cierto grado de independencia o autonomía del derecho disciplinario frente al derecho penal²⁶.

.....
24 Jalvo, Belén Marina, Op. cit., p. 72, 73, 76, 77, 79, 82 y 84.

25 Ver sentencias: C-244-1996; C-280-1996; C-286-1996; C-341-1996; C-708-1999; C-037-2003 y C-893-2003.

26 Ver, entre otras, C-769-1998, C-181-2002 y C-014-2004.

No obstante, en la sentencia C-948 de 2002²⁷ se afirmó, con relación al derecho disciplinario, que «Los principios del debido proceso se siguen aplicando pero pueden operar con una cierta flexibilidad en relación con el derecho penal». Así mismo, advirtió que las relaciones especiales de sujeción permiten el control disciplinario sobre los servidores públicos, como «elemento básico de la organización estatal y de la realización efectiva de los fines esenciales del Estado social de derecho».

Sobre lo anterior, es necesario anotar que cuando la Corte sostuvo que en materia disciplinaria «Los principios del debido proceso se siguen aplicando pero pueden operar con una cierta flexibilidad en relación con el derecho penal», dicha institución, en el marco del Estado Social de Derecho, no puede constituir fundamento de recorte, mengua o morigeración de las garantías constitucionales que, desde el artículo 29 de la Constitución Política, se aplican a toda actuación judicial y administrativa.

Es claro entonces que el sistema jurídico colombiano no admite la flexibilización de derechos fundamentales. Cosa distinta es que ciertos principios del derecho penal no se apliquen plenamente en materia disciplinaria. Si bien el análisis del concepto de *ilicitud sustancial* debe comprender la delimitación del deber funcional en el marco de las llamadas *relaciones de sujeción especial*, ello no debe significar la desmejora o el recorte de las garantías constitucionales inherentes al debido proceso.

3. De la justificación de la conducta

Según se ha venido considerando y de conformidad con el artículo 5 del Código Disciplinario Único, la «*falta (conducta)*»

 27 Corte Constitucional, sentencia C-948 del 6 de noviembre de 2002. MP. Dr. Álvaro Tafur Galvis.

será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna» (negrilla fuera de texto).

Este tercer elemento pone de presente que, para la configuración de la ilicitud sustancial, no sólo basta la realización de una conducta que implique la afectación sustancial de los deberes funcionales en los términos anotados, sino que se necesita verificar la inexistencia de situaciones que conforme al ordenamiento jurídico *justifiquen* la realización de un comportamiento típico y antijurídico. Ello supone que, en materia disciplinaria, el estatuto que lo rige contemple causales denominadas o alusivas a la *justificación* de la conducta como lo establecieron los anteriores códigos penal y disciplinario²⁸

Sin embargo, debido a las evoluciones doctrinarias que se presentaron en ambas materias –especialmente la penal–, el legislador agrupó las causales relacionadas con la justificación de la conducta y las de inculpabilidad, denominándolas como causales de ausencia o exclusión de responsabilidad.²⁹

En materia disciplinaria, tal unificación también puede evidenciarse en el artículo 23 del Código Disciplinario Único, que dispone:

Constituye falta disciplinaria, y por lo tanto da lugar a la acción e imposición de la sanción correspondiente, la incursión en cualquiera de las conductas o comportamientos previstos en este código que conlleve incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclu-

28 Artículo 29 del Decreto 100 de 1980 y artículo 23 de la ley 200 de 1995, respectivamente.

29 Artículo 32 de la ley 599 de 2000 (actual Código Penal) y artículo 28 del Código Disciplinario Único, respectivamente.

sión de responsabilidad contempladas en el artículo 28 del presente ordenamiento (negrilla fuera de texto).

Igualmente, el artículo 73 del mismo Estatuto prevé la terminación anticipada del proceso cuando se verifique que la conducta materia de averiguación, se agotó al amparo de una causal de exclusión de responsabilidad:

En cualquier etapa de la actuación disciplinaria en que aparezca plenamente demostrado que (...) **existe una causal de exclusión de responsabilidad**, (...) el funcionario del conocimiento, mediante decisión motivada, así lo declarará y ordenará el archivo definitivo de las diligencias (negrillas fuera de texto).

Entonces surge el siguiente interrogante: ¿las causales de «justificación» a las que alude el artículo 5 del Código Disciplinario Único, son las mismas que la propia ley define como causales de «exclusión de responsabilidad disciplinaria» en los artículos 23, 28 y 73 *ibídem*? O en otras palabras: ¿cuáles causales de las consagradas en el artículo 28 del Código Disciplinario Único corresponden a las causales de *justificación* a las que alude el artículo 5 de la misma norma?

Un sector de la doctrina especializada plantea el tema en los siguientes términos: ¿cuáles de las causales consagradas por el artículo 28 del Código Disciplinario Único, corresponden a los llamados «*aspectos negativos de la antijuridicidad*» y cuáles a «*aspectos negativos de la culpabilidad*»?³⁰

De las causales de justificación, también llamadas «objetivas» por un sector de la doctrina, puede afirmarse que convierten la conducta «antijurídica» en jurídica, mientras que lo propio de las

³⁰ Ver Mejía Ossman, Jaime. Conferencias Universidad Militar “Nueva Granada”. Especialización Derecho Sancionatorio. Bogotá, 2009.

causales de inculpabilidad, es que la conducta conserva su carácter típico y antijurídico, pero se hace «inculpable» y, por ende, se exonera a su autor de responsabilidad.³¹

Frente a esta posición, otros tratadistas no clasifican las causales de exclusión como objetivas y subjetivas, sino que se ocupan de ellas en forma individual, considerando que cada causal opera en terrenos jurídicamente diferentes: la capacidad disciplinaria del autor (inimputabilidad), la conducta, la ilicitud típica y la culpabilidad.³²

También se puede destacar que las causales de exclusión previstas en la ley disciplinaria tienen carácter enunciativo y no taxativo, siendo aplicables también otras que conduzcan a concluir que del autor de la conducta no era exigible un comportamiento diverso, lo cual excluye la sanción. Así mismo, que las mismas pueden ser constitucionales y legales, correspondiéndole al titular de la potestad disciplinaria determinar su naturaleza.

 31 Advértase que todas las causales, tanto de justificación como de inculpabilidad, comportan elementos tanto objetivos como subjetivos. La mención a ellas como causales «objetivas» –referidas a la antijuridicidad– y «subjetivas» –referidas a la culpabilidad–, pretende dar cobertura integral al tema y, a la vez, facilitar su comprensión.

32 Ver Sánchez Herrera, Esiquio Manuel. *Dogmática practicable del derecho disciplinario, preguntas y respuestas*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2007. p. 76. En el mismo sentido se pronuncia Gómez Pava-jeau, Carlos Arturo, en su *Dogmática del derecho disciplinario*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. Allí considera tres tipos de eximentes de responsabilidad: (i) causales de no atribuibilidad; (ii) causales de exclusión del ilícito disciplinario, y (iii) causales de inculpabilidad. Posteriormente, el mismo autor reformula su tesis y considera una cuarta eximente. En síntesis, para este tratadista serían: (i) eximentes de capacidad disciplinaria (inimputabilidad); (ii) eximentes de conducta; (iii) eximentes de ilicitud típica, y (iv) eximentes de culpabilidad. Así lo plasma en su IV Curso de formación judicial inicial para magistrados y jueces de la República. Promoción 2009. Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”. www.ejrlb.net.

Lo dicho pone de presente que la discusión en estos temas no ha sido pacífica y que en estas materias no debe esperarse consenso. La evolución de la doctrina ha sido especialmente prolija en materia penal y sus aportes no pueden ser soslayados por el derecho disciplinario. Con todo, no es propósito de este documento presentar criterios que, apoyados en una determinada escuela o concepción, matriculen al lector en una determinada postura excluyente de las demás.

En ese sentido y bajo el epígrafe de *causales de exclusión de la responsabilidad disciplinaria*, la norma legal analizada regula siete (7) situaciones que corresponden a causales de justificación y de inculpabilidad. Las primeras, como se dijo, eliminan la anti-juridicidad de la conducta (justificación), mientras que las segundas, pese a la configuración del ilícito disciplinario, desvirtúan el reproche del mismo (culpabilidad).

Por lo anterior, debido a que no es posible *strictu sensu* determinar cuáles de las eximentes de responsabilidad corresponden a la causales de justificación, como ingrediente de la *illicitud sustancial*, hay que ocuparse, a continuación, de cada una de ellas, sin apartarse del propósito del derecho disciplinario: la justicia material.

CAPÍTULO III

DE LAS CAUSALES DE EXCLUSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA EN PARTICULAR

1. Fuerza mayor o caso fortuito

Tanto la ley como la jurisprudencia, en otra época, hicieron equiparables los conceptos de fuerza mayor y caso fortuito.

En efecto, el artículo 1 de la Ley 95 de 1890, los definió de la siguiente manera:

«Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.».

La jurisprudencia, pese a su esfuerzo por definir la naturaleza de dichos fenómenos, igualó ambas categorías identificando los siguientes elementos:

La doctrina y la jurisprudencia enseñan que los elementos constitutivos de la fuerza mayor como hecho eximente de responsabilidad contractual y extracontractual son: la impotabilidad, la imprevisibilidad y la irresistibilidad. El primero consiste **en que el hecho que se invoca como fuerza mayor o caso fortuito**, no se derive en modo alguno de la conducta culpable del obligado, de su estado de culpa precedente o concomitante del hecho. El segundo se tiene cuando el suceso escapa a las previsiones normales, esto es, que ante la conducta prudente adoptada por el que alega el caso fortuito, era imposible de preverlo. Y la irresistibilidad radica en que ante las medidas tomadas fue imposible evitar que el hecho se presentara (...) ³³ (subrayado y negrilla fuera de texto).

Posteriormente, la misma Corte Suprema de Justicia mantuvo la indefinición sobre los fenómenos de caso fortuito y fuerza mayor. **En sentencia del 20 de noviembre de 1989, afirmó lo siguiente:**

2. (...) desde tiempos inmemoriales se viene controvertiendo la distinción o, por el contrario, la equivalencia o sinonimia de los conceptos “caso fortuito” y “fuerza mayor”. Quienes se han ubicado en primera posición, han acudido, para destacar la diferencia, a varios criterios, así: a) A la causa del acontecimiento, o sea, el caso fortuito concierne a hechos provenientes del hombre; en cambio la fuerza mayor toca con los hechos producidos por la naturaleza; b) A la conducta del Agente, esto es, al paso que el caso fortuito es la impotencia relativa para superar el hecho, la fuerza mayor es

³³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 13 de noviembre de 1962. Estos criterios fueron reiterados mediante sentencia de la misma Sala de la Corte, en sentencia del 31 de mayo de 1965.

la imposibilidad absoluta; c) A la importancia del acontecimiento, vale decir, que los hechos más destacados y significativos constituyen casos de fuerza mayor y los menos importantes, casos fortuitos; d) Al elemento que lo integra, por cuanto el caso fortuito se estructura por ser imprevisible el acontecimiento y, en cambio, la fuerza mayor por la irresistibilidad del hecho y e) A la exterioridad del acontecimiento, o sea, el caso fortuito es el suceso interno que, por ende, ocurre dentro de la órbita de la actividad del deudor o del agente del daño; la fuerza mayor consiste en el acontecimiento externo y puramente objetivo. Y, algunos de los que se ubican en este criterio, no le conceden efecto liberatorio de responsabilidad al caso fortuito sino a la fuerza mayor, como por ejemplo, Josserand y Adolfo Exner.

(...)

4. **Empero, el criterio más sólido y de mayor aceptación en el campo del derecho civil, es el de la identidad de concepto entre el caso fortuito y la fuerza mayor**, tal como se desprende del texto del derogado artículo 64 del Código Civil (y del artículo 1º de la Ley 95 de 1890, que lo subrogó): “Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc. (subrayado y negrilla fuera de texto).

En contra del criterio de la Corte, el Consejo de Estado, en concepto del 10 de mayo de 1996, precisó:

Sin embargo, en la sentencia de 1989 atrás citada, la Corte acoge el criterio de la identidad de concepto entre el caso fortuito y la fuerza mayor, tal como se desprende del texto del derogado artículo 64 del Código Civil, y de la forma como quedó concebido el artículo 1º de la Ley 95 de 1890, que sustituyó a aquél.

Por su parte, esta Corporación en sentencia de marzo 26 de 1984 luego de memorar la jurisprudencia civil en esta materia, se aparta del criterio de la identidad de los fenómenos y acoge la distinción entre los mismos, que encuentra fundamentada en que la esencia del caso fortuito está en la imprevisibilidad, y la de la fuerza mayor en la irresistibilidad. Por tanto, afirma “no puede o debe dársele a ambos los mismos dos elementos, porque además a ello se opone su naturaleza jurídica: mientras el caso fortuito es un eximente de culpa en razón o función de hechos exteriores y ajenos a la voluntad de las partes, la fuerza mayor significa una autonomía entre la libertad y la autoridad, entre el ciudadano y el Estado; hay una fuerza, un acto estatal, un hecho del príncipe, como dice la doctrina francesa, y esa fuerza es mayor o superior, es irresistible”. Y agrega: «En este orden de ideas habrá que decir que para el derecho administrativo, como lo hacían los romanos, los casos fortuitos son hechos de la naturaleza, y la fuerza mayor es un acto o hecho de la autoridad. O más ampliamente, el caso fortuito es el hecho imprevisible y la fuerza mayor es el irresistible».

Esta Sala reitera el anterior criterio expuesto por la Corporación y se aparta de la posición citada por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, que atribuye como causa del caso fortuito la concerniente a acontecimientos provenientes del hombre y de la fuerza mayor a hechos producidos por la naturaleza³⁴ (subrayado y negrilla fuera de texto).

Tal grado de indeterminación no es ajeno al derecho disciplinario. El mismo legislador no tomó partido al incluir ambas categorías en una misma causal para efectos de desvirtuar la res-

³⁴ Consejo de Estado, Concepto del diez (10) de mayo de mil novecientos noventa y seis (1996). Radicación número 813. C.P. César Hoyos Salazar.

ponsabilidad disciplinaria (numeral 1 del artículo 28 del Código Disciplinario Único).

Sin embargo, debe advertirse que no se puede confundir la fuerza mayor o caso fortuito, con la negligencia o la incompetencia, puesto que sólo se puede considerar fuerza mayor o caso fortuito a aquellos hechos a los que no es posible resistirse o que escapan a las posibilidades efectivas de previsión de quien alega el evento eximente.

En el mismo sentido, no habrá lugar al reconocimiento de la fuerza mayor o del caso fortuito cuando el agente del comportamiento se ha puesto por su propia conducta en la situación que invoca como eximente, como acontece respecto de quien se hace privar de la libertad como consecuencia de su participación en un delito o quien alega no estar en condiciones de ir a trabajar por haberse dedicado la noche anterior y hasta altas horas de la madrugada a la ingesta de bebidas embriagantes.

Tal forma de ver las cosas pone de manifiesto, por una parte, que la aplicación de estas causales supone la ausencia de elementos que configuren un comportamiento doloso, o cuando menos culposo, a cargo del sujeto disciplinable y, por otra, que no es posible proferir un juicio de reproche por aquellos hechos que solamente pueden ser atribuidos a una causa extraña y ajena al comportamiento de la persona, de la cual no es posible resistirse o que escapa a las posibilidades efectivas de previsión.

Tan cierto resulta lo anterior, que un sector de la doctrina, ante los eventos de fuerza mayor o caso fortuito, no sólo dan por descontado la configuración del ilícito disciplinario, sino que, además, descartan la existencia de la conducta disciplinariamente relevante dentro la estructuración de la falta disciplinaria³⁵.

35 Se pronuncia así: Sánchez Herrera, Esiquio Manuel. Dogmática practicable del derecho disciplinario, preguntas y respuestas. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2007. p. 76, 77 y 82. En el mismo sentido, recientemente, Gómez Pavajeau, Carlos Arturo, en su IV Curso de formación judicial

Al margen de discusiones dogmáticas sobre cuál categoría de la estructura de la falta disciplinaria se elimina ante los eventos de fuerza mayor y caso fortuito³⁶, es pertinente enunciar las características principales de la fuerza y mayor y caso fortuito, evidenciándose que la mayoría de ellas les son comunes a ambos fenómenos:

- No son previsibles
- No son prevenibles
- No son evitables
- No son resistibles
- Para la fuerza mayor, ella proviene generalmente de una causa extraña o ajena al individuo.
- Para el caso fortuito, en cambio, el individuo interviene en el proceso causal que la genera.

Así, podría decirse, por vía de ejemplo, que el servidor público que no se reincorporó a su lugar de trabajo después de vacaciones, debido al cierre de la única vía que conduce a su sitio de descanso, por causa de un derrumbe de enormes proporciones, estaría exento de responsabilidad disciplinaria por una fuerza

inicial para magistrados, magistradas, jueces y juezas de la República. Promoción 2009. Segundo módulo. Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”. Con un enfoque penal, Velásquez V., Fernando. Manual de derecho penal, parte general. Medellín: Librería Jurídica Comlibros, 2007. p. 252 a 257. Tesis reiterada en su cuarta edición 2009.

³⁶ En sentido opuesto JAIME MEJÍA OSSMAN, quien considera que la fuerza mayor y el caso fortuito son causales de inculpabilidad en materia disciplinaria, al denominarlas “causales subjetivas de inculpabilidad”. Ver en Mejía Ossman, Jaime. Código Disciplinario Único, parte general, aplicación legal, doctrinaria y jurisprudencial. Ley 200 de 28 de julio de 1995. Bogotá: Editorial Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 1999.p. 451 a 453. Reiterado en Mejía Ossman, Jaime. Código Disciplinario Único, comparado, concordado, comentado. Ley 734 de 5 de febrero de 2002. Bogotá: Editorial Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2003. p. 124 a 126.

mayor. Por el contrario, aquel servidor público que conduce un vehículo oficial y lo accidenta produciendo considerables daños al automotor, estaría exento de responsabilidad disciplinaria por caso fortuito, aduciendo y demostrando que en el momento del incidente se atravesó una persona o un semoviente.

2. En estricto cumplimiento de un deber constitucional o legal de mayor importancia que el sacrificado

Esta causal se enmarca en la prevalencia de un deber impuesto por la Constitución Política o por la ley³⁷, cuya importancia explica o justifica el sacrificio del deber por cuya omisión se emprende la acción disciplinaria.

La eximente, a la que doctrinalmente se le ha denominado «colisión de deberes», exige que el deber jurídico antepuesto, además de vigente, sea de mayor importancia que el sacrificado o pospuesto. Nótese que la norma citada no habla de un deber de mayor jerarquía, sino de mayor importancia. Lo anterior demanda entonces analizar la conducta, más que desde el punto de vista de la localización de los deberes en pugna en el sistema jurídico, a

37 Sobre esta causal, un sector de la doctrina distingue entre lo que debe entenderse como un deber funcional y un deber personal (no funcional), frente al deber funcional omitido. Esta diferenciación tiene como única consecuencia, determinar en qué categoría de la estructura de la falta disciplinaria incide (en el ilícito disciplinario o en la culpabilidad). Así puede verse en Gómez Pavajeau Carlos Arturo, en *Dogmática del derecho disciplinario*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. p. 389 a 397 y 499. Igualmente, en su IV Curso de formación judicial inicial para magistrados, magistradas, jueces y juezas de la República. Promoción 2009. Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”. En el mismo sentido, Sánchez Herrera, Esiquio Manuel. *Dogmática practicable del derecho disciplinario, preguntas y respuestas*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2007. p. 83 a 86.

partir de la perspectiva de las circunstancias que rodearon su aplicación e inobservancia.

Lo dicho obliga, por una parte, a considerar que, a la hora de ponderar la importancia del deber antepuesto e incumplido, deberán sopesarse, junto con los racionios del instructor, las razones esgrimidas por el investigado, pues fue, en aplicación de su particular criterio, que él optó por no acatar el deber objeto de reproche.

Por otra parte, la aplicación de dicha causal supone que la conducta se despliega necesariamente a título de dolo, pues para que ella opere es necesario que el autor haya actuado en forma voluntaria y consciente, pero por la necesidad de hacer prevalecer un deber, que en su sentir reviste mayor importancia.

Ahora bien, nótese que al desplegar la conducta en cumplimiento de un deber que a juicio del autor reviste mayor importancia que el sacrificado, se está eliminando la antijuridicidad del comportamiento o, lo que es lo mismo, se diluye la responsabilidad por justificar la conducta.

En efecto, debe advertirse que, en atención a la estructura de la falta, cuando la autoridad disciplinara descarta la existencia de responsabilidad por entender que el autor del comportamiento actuó objetivamente en cumplimiento de un deber constitucional o legal de mayor importancia que el sacrificado, no debe ocuparse del análisis de culpabilidad de la conducta. Sin embargo, ha de aclararse que si en este escrito se ha señalado con antelación que la conducta se despliega necesariamente a título de dolo, ello obedece a la necesidad de resaltar que el agente del comportamiento típico debe actuar voluntariamente y con plena conciencia para apartarse del cumplimiento de un deber funcional.

3. En cumplimiento de una orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales

Se trata de una decisión de naturaleza vinculante, legítima e imperativa que ha sido emitida dentro de una relación jerarqui-

zada de servicio, por quien tiene la competencia para ello y con cumplimiento de las formalidades legales. La orden se impone al disciplinado por su superior jerárquico o funcional y su acatamiento comporta el incumplimiento de un deber por cuya inobservancia se emprende la acción disciplinaria.

La prosperidad de esta causal demanda el cumplimiento de los requisitos de la orden:

- Que provenga del superior jerárquico;
- Que sea legítima, es decir, su contenido se apegue materialmente al orden jurídico;
- Que el superior sea competente para emitirla;
- Que el subalterno esté obligado a cumplir la orden;
- Que se cumplan los requisitos de forma previstos legalmente.

Lo mismo que en la «colisión de deberes» –aunque con menor rigor–, puede considerarse que en las hipótesis previstas por el legislador en este numeral, la conducta se despliega a título de dolo, pues para que opere la causal es necesario que el autor de la conducta haya actuado en forma voluntaria y consciente del incumplimiento de un deber exigible; pero en cumplimiento de una orden legítima.

Pero, debe indicarse que, en consideración a la estructura de la falta, cuando la autoridad disciplinara descarta la existencia de responsabilidad por entender que el autor del comportamiento actuó en cumplimiento de una orden vinculante, no debe ocuparse del análisis de culpabilidad de la conducta. No obstante, haberse antes señalado en este documento que la conducta se despliega necesariamente a título de dolo, ello se debe a la necesidad de destacar que el agente del comportamiento típico actúa voluntariamente y con plena conciencia de alejarse del cumplimiento de un deber funcional.

De todas maneras, ha de observarse que esta causal no tiene carácter absoluto. No está llamada a prosperar cuando la orden emitida es manifiestamente contraria a derecho ni cuando el sub-

alterno ha tenido oportunidad deliberante de ponderar su apego al ordenamiento jurídico, lo cual debe analizarse sopesando las circunstancias que rodearon el cumplimiento de la orden acatada y la inobservancia del deber omitido o aplazado. Lo dicho apunta, de paso, a precisar que la exigencia aludida en este punto no se predica de los miembros de la fuerza pública, quienes, por no ser deliberantes, sólo estarán llamados a responder disciplinariamente cuando la orden antepuesta sea manifiestamente contraria a derecho.

Al respecto el artículo 33 de la Ley 836 de 2003, dispone:

Ley 836 de 2003.

Artículo 33. Responsabilidad de la orden. La responsabilidad de toda orden militar recae en quien la emite y no en quien la ejecuta.

Cuando el subalterno que la recibe advierta que de su ejecución puede derivarse manifiestamente la comisión de una conducta punible, infracción disciplinaria o fiscal, el subalterno no está obligado a obedecerla.

Ligado a lo anterior, es claro también que para que la causal prospere debe existir proporcionalidad entre la orden acatada y el deber funcional sacrificado, pues aun proviniendo de la autoridad competente y con estricto apego a las formalidades legales, no se desvirtúa la existencia de la falta cuando el cumplimiento de la orden apareja un desproporcionado sacrificio de un deber de superior exigibilidad.

4. Por salvar un derecho propio o ajeno al cual deba ceder el cumplimiento del deber, en razón de la necesidad, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad

La eximente contemplada en este numeral descarta la deducción de responsabilidad disciplinara cuando el servidor se aparta

de sus deberes funcionales, en tanto que resultan incompatibles con el ejercicio de un derecho, propio o ajeno, cuya afirmación no deja al agente estatal opción distinta a la de incumplirlos. Se trata de la denominada «colisión entre un derecho y un deber funcional» que, pese a ser exigible, resulta omitido, relegado o aplazado como consecuencia de su naturaleza excluyente del derecho antepuesto³⁸.

A título ilustrativo, este tipo de colisión se presenta en los siguientes ejemplos: 1) confrontación del derecho a la huelga, frente al deber de cumplir el horario, de permanecer en el lugar de trabajo y de desempeñar las funciones del cargo; 2) derecho al trabajo, frente al deber funcional de restituir el espacio público invadido por los vendedores estacionarios; 3) derecho a capacitarse o a ejercer la docencia dentro del límite legal permitido, frente al deber funcional de cumplir el horario de trabajo y de desempeñar las funciones del cargo; y 4) derecho a no actuar contra la propia conciencia, frente a cualquier deber que obre en contra de los dictados de la misma.

En el contexto anterior, reviste especial interés formular las siguientes observaciones referidas a la *objeción de conciencia*, dada su importancia, vigencia y actualidad:

³⁸ Al igual que la colisión entre deber funcional contra deber constitucional o legal de mayor importancia que el sacrificado, los autores anteriormente citados, distinguen entre lo que debe entenderse como un derecho funcional y un derecho personal (no funcional), frente al deber funcional omitido. Esta diferenciación tiene como única consecuencia, determinar en qué categoría de la estructura de la falta disciplinaria incide (en el ilícito disciplinario o en la culpabilidad). Así puede verse en Gómez Pavajeau, Carlos Arturo, Op. Cit., p. 397 a 403 y 496 a 499. Igualmente, en su IV Curso de formación judicial inicial para magistrados, magistradas, jueces y juezas de la República, Op.cit. En el mismo sentido, Sánchez Herrera, Esiquio Manuel, Op. cit., p. 89 y 90.

4.1. La objeción de conciencia como condición inherente a la dignidad humana.

Colombia se define constitucionalmente como un Estado Social de Derecho, fundado, entre otros principios, en el respeto de la dignidad humana. Coherente con lo anterior, la propia Carta Política consagra una categoría de derechos fundamentales, reforzados por la existencia de mecanismos jurídicos de protección de los mismos. La objeción de conciencia, como expresión de uno de los denominados *derechos de libertad*, forma parte de tal categoría y, consecuentemente, goza del amparo constitucional que garantiza su efectividad. En este orden, la objeción de conciencia florece como atributo inmanente del Estado Social de Derecho y, por ende, podrá ejercerse en todo ámbito jurídicamente relevante, incluido el derecho disciplinario.

4.2. Consagración constitucional de la objeción de conciencia

En materia de los denominados *derechos de libertad*, el constituyente ha consagrado, entre otras, tres categorías de derechos que no deben confundirse:

4.2.1. Libertad de conciencia

De conformidad con el artículo 18 de la Constitución Política, se garantiza la libertad de conciencia. En desarrollo de dicha garantía, nadie será molestado por razón de sus convicciones o creencias ni compelido a revelarlas ni obligado a actuar contra su conciencia.

Este precepto constitucional constituye el fundamento, no sólo de la objeción de conciencia, sino de las restantes expresiones de la libertad consagrada por el artículo 18 superior.

Debe resaltarse, desde ahora, que la garantía constitucional consagrada por la norma comentada no tiene una etiqueta religiosa como lo sostuvo la Corte Constitucional³⁹. De hecho, cuando la

.....
³⁹ Ver sentencia C – 355 del 10 de mayo de 2006. M. P. Jaime Araújo Ren-

norma establece que nadie será molestado por razón de sus convicciones o creencias, no rotula ni circunscribe tales convicciones o creencias al ámbito religioso. Y no puede ser así, pues carecería de sentido el garantizar en una norma la libertad de conciencia, dotándola de contenido estrictamente religioso, para que en la disposición siguiente, se reitere la misma libertad.

Como consecuencia de lo dicho, la libertad de conciencia expresada como el derecho para adoptar, desarrollar, expresar o callar las convicciones o creencias, no se limita a las razones religiosas, sino que cobija también las de otro orden, ya se trate de creencias o convicciones políticas, éticas, morales, humanitarias, filosóficas u otras de diversa naturaleza.

4.2.2. Libertad religiosa

Esta libertad está consagrada por el artículo 19 de la Carta Fundamental y garantiza no sólo el derecho a profesar libremente el culto religioso que se quiera, sino que se refuerza con el derecho a difundir la fe confesional en forma individual o colectiva. Esta libertad debe armonizarse con la garantía de libre desarrollo de la personalidad⁴⁰, pues encuentra como límites el respeto del derecho ajeno y del orden jurídico.

Finalmente, la libertad religiosa se complementa en la Carta Política con la igualdad religiosa consagrada por el inciso segundo del artículo 19, al disponer que todas las confesiones religiosas e iglesias son igualmente libres ante la ley.

4.2.3. Libertad de pensamiento

Según el artículo 20 de la Constitución Política, se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y

tería y Clara Inés Vargas Hernández.

⁴⁰ C. P. Artículo 16.

opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación.

4.2.4. La objeción de conciencia como manifestación de la libertad de conciencia

La objeción de conciencia constituye una manifestación de la libertad de conciencia, la cual admite otras expresiones como el derecho a formar la propia conciencia;⁴¹ el derecho de actuar conforme a la propia conciencia; el derecho a no ser molestado por razón de las propias convicciones y el derecho a no revelar las propias creencias. Dicho de otra manera, la objeción de conciencia como derecho, constituye una especie dentro de un género llamado libertad de conciencia.

La objeción de conciencia ha tenido aplicación en temáticas tales como servicio militar⁴², aborto⁴³, educación, tratamientos o servicios médicos, e incluso, el legislador, con algunas variaciones prevé su aplicación en la ley de bancadas.

 41 Debe anotarse que el derecho a formar la propia conciencia, comprende también el derecho a incidir en la conciencia de los hijos menores. Por ello, los padres, dentro de sus posibilidades, escogen *libremente* la educación de aquéllos.

42 Recientemente en la Sentencia C-728 de 2009. MP. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

43 Así lo previó la sala plena de la Corte Constitucional, en sentencia C-355 de 2006, MP. Jaime Araujo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández, al disponer que la objeción de conciencia es un derecho del que gozan todas las personas naturales sin distinción alguna. No obstante, posteriormente la misma Corporación, en sala de revisión, con el ánimo de precisar los contenidos de dicha sentencia de constitucionalidad, consideró que la objeción de conciencia es un derecho que sólo se garantiza en el campo privado, excluyendo a quienes ostenten la calidad de autoridad pública. Sentencia T-388 de 2009. MP. Dr. Humberto Sierra Porto.

4.3. Concepto de objeción de conciencia

Conforme al artículo 18 Superior, nadie será obligado a actuar contra su conciencia, lo que implica que, en primer lugar, la objeción de conciencia es un verdadero derecho fundamental reconocido expresamente en la Carta y, en segundo lugar, que aún tratándose del cumplimiento de deberes funcionalmente exigibles de un agente del Estado, éste puede legítimamente anteponer sus convicciones para sustraerse del cumplimiento de aquellas obligaciones o deberes incompatibles con su moral.

Según WELZEL, «Le relevancia jurídica de la decisión de conciencia surge en la medida en que a veces no es posible proclamar una identificación entre las exigencias subjetivas de la conciencia y las pretensiones de carácter objetivo establecidas por el ordenamiento jurídico, y por ello pueden existir situaciones que supongan una tensión trágica en la existencia individual».

De acuerdo con lo anterior, la objeción de conciencia faculta al individuo para que en ciertas condiciones y por causa de sus convicciones o por razones de conciencia, pueda apartarse de los imperativos impuestos por el ordenamiento jurídico. Pero debe anotarse que la decisión de conciencia no implica la sola convicción subjetiva ni cada idea, capricho o pensamiento fantástico. La «decisión de conciencia es aquella decisión adoptada con la máxima seriedad en la lucha por el conocimiento de lo moralmente correcto».⁴⁴

Desde el punto de partida planteado por WELZEL, la tratadista española LETICIA JERICÓ OJER, agrega que «no es que la exigencia de la conciencia deje el camino libre para optar por realizar o abstenerse de un determinado comportamiento, sino que obliga al sujeto afectado a realizar el hecho que considera correcto. De ahí que el autor constata la relevancia y trascendencia de la relación entre el ordenamiento jurídico y la conciencia, y que la consideración de que el ser humano no puede renunciar a lo exigido por su conciencia, no

⁴⁴ Welzel, *Abhandlungen*, 1975. página 309. citado por Jericó Ojer, Leticia. *El conflicto de la conciencia ante el derecho penal*.

dispensa de la obligación que cada uno tiene de protección del orden objetivo que puede ser lesionado».

La objeción de conciencia puede entenderse entonces como un derecho que faculta al individuo a apartarse de un mandato contenido en el orden positivo, basado en una convicción de orden religioso, ético, moral, humanitario, filosófico u otras de la misma naturaleza⁴⁵. Es pues, la incompatibilidad entre el deber exigido jurídicamente y las convicciones del ciudadano-funcionario y no la naturaleza de dichas convicciones, lo que justifica la exención de cumplir con aquélla.

La objeción de conciencia surge de la tensión jurídica entre dos situaciones contrapuestas que no pueden pervivir o coexistir. La afirmación de una de ellas implica el sacrificio de la otra. El cumplimiento de un deber legal o reglamentario, representa la lesión de las convicciones del agente estatal, que, en ausencia de un medio jurídico que le exonere de cumplir con ese deber, no tiene opción distinta de la de anteponer sus razones de conciencia para apartarse de una exigencia funcional que para él resulta inadmisibile.

En nuestro medio, la objeción de conciencia no ha tenido un copioso desarrollo normativo ni jurisprudencial. La ley 23 de 1981, referida al ejercicio de la medicina y por la que se creó el Tribunal Nacional de Ética Médica, autoriza al médico, en algunos casos, a rehusar la prestación de servicios que sean contrarios a la moral; pero la norma resulta ciertamente “corta” en punto a fundar en ella la objeción de conciencia.

La Ley 911 de 2004, referida a la responsabilidad deontológica de la enfermería, dispone que en los casos en que la ley o las instituciones permitan procedimientos que vayan contra la vida o la dignidad de los derechos humanos, se podrá hacer uso de la objeción de conciencia.

⁴⁵ La Corte Constitucional, en sentencia C-355-06 del 10 de mayo de 2006, limitó la objeción de conciencia a razones estrictamente religiosas.

La Ley 1167 de 2007 autoriza presentar objeción de conciencia ante todo lo que pueda violentarla.

En el campo jurisprudencial, la Corte Constitucional, en sentencia C-355 del 10 de mayo de 2006, planteó algunos criterios en materia de objeción de conciencia ante el aborto. Su contenido, curiosamente, dio lugar a la expedición del Decreto 4444 de 2006, que en última instancia *reglamentó* la sentencia. Dicho decreto, a su vez, sirvió de base normativa a la sentencia T-988 de 2007, en la que se recoge la regulación de dicho decreto.

También puede consultarse la sentencia T-209 de 2008, en la que la Corte se pronunció sobre la solicitud de interrupción del embarazo elevada por una menor de edad, que había sido víctima de acceso carnal violento. En ella fijó dieciséis (16) reglas para anteponer válidamente la objeción de conciencia, en ese contexto.

Reconociendo la importancia de la objeción de conciencia en el ámbito disciplinario, en un documento futuro se tratará en detalle y se analizarán los pronunciamientos jurisprudenciales sobre la materia y el derecho comparado.

4.4. Requisitos de la objeción de conciencia en materia disciplinaria

Para efectos de la responsabilidad disciplinaria, la objeción de conciencia es una causal de ausencia de responsabilidad⁴⁶. No

⁴⁶ Corresponderá al funcionario disciplinario determinar en cada caso en concreto, si la objeción de conciencia incumbe a una causal de justificación o inculpabilidad propiamente dicha, cuyo efecto tendrá únicamente incidencia para establecer qué categoría de la estructura de la falta disciplinaria se elimina. Una visión sobre el particular, reconociendo la indefinición del tema, puede consultarse en: VELÁSQUEZ V., Fernando. Derecho penal general. Medellín: Librería Jurídica COMLIBROS, 2009. p. 847 a 849. Aunque el tema no ha tenido hasta el momento la atención que merece en el campo disciplinario, podría considerarse, por ahora, que la objeción de conciencia, por regla general, podría tener la naturaleza de ser una causal de inculpabilidad. Frente a tal posición, otro

obstante, el funcionario disciplinario deberá tener en cuenta lo siguiente para su reconocimiento:

- 1) La objeción de conciencia sólo procede cuando el agente del Estado no cuenta, o ha agotado sin éxito, los recursos legales consagrados para proteger su conciencia, es decir, tiene carácter residual.
- 2) Teniendo en cuenta que el artículo 18 constitucional dispone que nadie será obligado a **actuar** contra su conciencia, la objeción de conciencia, de ordinario, cabe en faltas de omisión: *el agente del comportamiento objeta por razones de conciencia el cumplimiento de un deber funcional.*
- 3) Al esgrimirse la objeción de conciencia, con anterioridad al incumplimiento del deber exigible, se debe expresar claramente las razones por las que se abstiene de cumplir con el mismo.
- 4) La objeción de conciencia debe hacerse a través de manifestación explícita; es decir, para cada caso y no para situaciones generales.
- 5) Los aspectos sobre los cuales se objeta por razones de conciencia, están en última instancia relacionados con derechos, valores o principios reconocidos constitucionalmente. Ello supone que no se puede objetar en conciencia por cualquier razón, sino frente a derechos, principios o valores que, sopeados frente al deber incumplido, explican solventemente el comportamiento de quien se vale de la objeción de conciencia. En otras palabras, el cumplimiento del deber jurídico representaría una lesión de tal trascendencia que afectaría la dignidad humana del agente estatal que objeta en conciencia.
- 6) Conforme a lo anterior, la objeción de conciencia tiene naturaleza subjetiva y su invocación tiene carácter excepcional,

sector de la doctrina podría sostener que, por tratarse del ejercicio de un derecho fundamental, la objeción de conciencia incide en el ilícito, por justificar la conducta.

estando solamente llamada a prosperar bajo especialísimas circunstancias que ameriten el reconocimiento de la causal⁴⁷, ya que de otra manera, resultaría facilista la postura de pretender explicar el incumplimiento de un deber exigible, anteponiendo *objeciones de conciencia* que realmente no corresponden a la figura que aquí se analiza, lo cual conllevaría a una impunidad disciplinaria, so pretexto de invocar dicho derecho. Por lo dicho, cada caso demanda un análisis particular y concreto.

5. Por insuperable coacción ajena o miedo insuperable

Aunque se trata de fenómenos distintos, por lo menos hay consenso en la doctrina especializada en cuanto a que ambos (coacción ajena y miedo insuperable), por regla general, corresponden a causales de inculpabilidad⁴⁸.

 47 Es frecuente que en el campo doctrinal, se presente la discusión de si ésta causal tiene carácter legal (para efectos disciplinarios el numeral 4 del artículo 28 del Código Disciplinario Único); si es de naturaleza suprallegal (por tener asidero en la Constitución Política de Colombia); o si tiene un carácter extralegal, dado que la objeción de conciencia, además de corresponder a un derecho, tiene la naturaleza de ser un deber moral o ético, obviamente no regulado en la ley.

48 Ver entre otros Gómez Pavajeau, Carlos Arturo, en su Dogmática del derecho disciplinario. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. p. 499 y 500; y en su IV Curso de formación judicial inicial para magistrados, magistradas, jueces y juezas de la República. Promoción 2009. Segundo módulo. Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”. En el mismo sentido, Mejía Ossman, Jaime. Código Disciplinario Único, parte general, aplicación legal, doctrinaria y jurisprudencial. Ley 200 de 28 de julio de 1995. Bogotá: Editorial Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 1999. Reiterado en Mejía Ossman, Jaime. Código Disciplinario Único, comparado, concordado, comentado. Ley 734 de 5 de febrero de 2002. Bogotá: Editorial Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2003.p. 124 a 125. Y finalmen-

SÁNCHEZ HERRERA hace un análisis pormenorizado tendiente a demostrar, que en ciertas hipótesis la insuperable coacción ajena o el miedo insuperable, eliminan no sólo la culpabilidad sino la conducta misma, por lo que no sería dable sostener que se configura el ilícito disciplinario⁴⁹.

Al margen de las anteriores distinciones, las cuales sólo tienen incidencia para determinar qué categoría de la estructura de la falta disciplinaria se elimina –labor que le corresponde analizar al funcionario disciplinario en cada caso particular y concreto– lo cierto es que, ante este tipo de eventos, el agente del comportamiento quedará exento de responsabilidad, cuando obre prueba en el proceso que acredite la configuración de alguna de ellas.

Agréguese a tal conclusión –la cual no resulta para nada novedosa, teniendo en cuenta que desde antaño, en especial en el derecho penal, tales eventos han tenido el carácter eximente de responsabilidad–, que ambos fenómenos tienen un elemento común e indefectiblemente necesario: lo insuperable.

Esto significa que, aún en situaciones de coacción ajena o miedo que no alcancen ese grado (insuperable), no podría desvir-

te, Sánchez Herrera Esiquio Manuel. Dogmática practicable del derecho disciplinario, preguntas y respuestas. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2007. p. 90 a 94.

⁴⁹ Para la insuperable coacción ajena: Diferencia entre *VIS ABSOLUTA* (fuerza física) y *VIS COMPULSIVA* (fuerza moral). La primera sería eximente de conducta, argumentando la completa anulación del individuo. La segunda, que solo sería “coacción moral”, correspondería a una causal de inculpabilidad. Ver en Sánchez Herrera, Esiquio Manuel, Op. cit. Igualmente, tal parecer puede evidenciarse en Gómez Pavajeau, Carlos Arturo, en su IV Curso de formación judicial inicial para magistrados, magistradas, jueces y juezas de la República. Promoción 2009. Segundo módulo. Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”. Y con la misma similitud, el primer autor sostiene, que ante eventos generadores del miedo insuperable, como el pánico o el terror, se eliminaría la conducta, y, por ende, se desvirtuaría el ilícito disciplinario, al darse la completa anulación del individuo.

tuarse, en principio, el reproche disciplinario de la conducta, esto es, la culpabilidad.

Lo anterior es de suma importancia, pues es dable sostener que el reconocimiento de dicha causal está precedida de cierto grado de subjetividad en cabeza del funcionario disciplinario, lo cual, de llegarse a una incorrecta interpretación, devendría en una desatinada aplicación de la ley disciplinaria.

Desde esa perspectiva, más que ser cauteloso, el funcionario disciplinario debe ser prolijo en el sentido de asegurarse que no existe la menor duda en cuanto a que el sujeto disciplinable desplegó su comportamiento amparado por cualquiera de las dos situaciones contenidas en esta causal de exclusión de responsabilidad.

En ese sentido y para el propósito de este documento, reste por enunciar, los requisitos que deben cumplirse, entre otros, para el reconocimiento de la insuperable coacción ajena y el miedo insuperable como eximentes de responsabilidad:

- Para la insuperable coacción ajena:
 - › La coacción que recae sobre el sujeto disciplinable, proviene de otra persona, la cual la ejerce directamente.
 - › La coacción debe ser grave, injusta e idónea; es decir, de tal trascendencia que se torne en insuperable y no haya otra manera de evitarla.
 - › La coacción debe determinar el comportamiento del individuo, de tal manera que no le deje alternativa para comportarse de otra manera.
 - › El sujeto pasivo de la conducta, debe actuar con conocimiento de la coacción que se ejerce contra él.
 - › Cuando la coacción ajena no alcance el grado de insuperable, tal circunstancia deberá tenerse en cuenta, bien para la calificación de la falta (grave o leve cuando se admita tal circunstancia)⁵⁰, o bien para

.....
 50 A manera de ejemplo, el numeral 7 del artículo 43 del Código Disciplina-

determinar el grado de reproche, y, por ende, los criterios para deducir la sanción disciplinaria a imponer. Esto último, por cuanto en el evento de que la coacción ajena no alcance a ser insuperable, la imputación dolosa deberá mantenerse, pues sería incorrecto afirmar, que si la coacción ajena es superable, tal condición convierte el comportamiento en culposo. Ello permite concluir dos cosas:

- › En primer lugar, quien obra bajo coacción ajena, sea insuperable o no, siempre actúa dolosamente; esto es, no admite la modalidad culposa. En segundo lugar, el debate procesal consistirá en determinar si la coacción es insuperable o no, pues en el evento de que se concluya que ella es superable, deberá descartarse la existencia de otra causal de exclusión no prevista en la ley disciplinaria, pues recuérdese que aquellas enlistadas en el artículo 28 del Código Disciplinario Único tienen un carácter enunciativo y no taxativo, siendo posible la aplicación de otras que permitan concluir que del autor de la conducta no era exigible un comportamiento diverso.

- Para el miedo insuperable:
 - › Puede provenir de distintas situaciones (fobias, hechos de la naturaleza, experiencias vividas, entre otras), incluidas aquellas causadas por otras personas, pero sin que estas signifiquen coacción.
 - › Debe tratarse de una perturbación angustiada del individuo, caracterizado por su temor a la ocurrencia de un riesgo, daño o mal.

rio Único, al considerar “*Los motivos determinantes del comportamiento*” como un criterio para determinar la gravedad o la levedad de la falta.

- › Debe ser considerable y trascendental; es decir, de tal importancia que se torne en insuperable. Ello, desde luego, efectuándose el análisis para cada caso, pues para lo que una persona puede ser algo normal, para otra puede comportar una situación emocional que sea capaz de anularlo.
- › Al igual que la coacción ajena, debe determinar el comportamiento del individuo, de tal forma que no le deje alternativa para comportarse de otra manera.
- › Con similitud a la coacción ajena, cuando el miedo no alcance el grado de insuperable, tal circunstancia deberá tenerse en cuenta, bien para la graduación de la gravedad de la falta (grave o leve cuando se admita tal circunstancia)⁵¹, o bien para determinar el grado de responsabilidad y la correlativa sanción disciplinaria a imponer. Al igual que la insuperable coacción ajena, quien obre por miedo insuperable desplegará una conducta dolosa, pues sería incorrecto afirmar, que si el miedo es superable, tal situación convierte el comportamiento en culposo. Así mismo, el análisis de estas circunstancias deberá ser de mayor exigencia para concluir si el miedo es insuperable o no, pues en este último evento, también deberá verificarse la estructuración de otra causal de exclusión distinta a las enlistadas en el artículo 28 del estatuto disciplinario, esto es, que al sujeto disciplinable le era inexigible un comportamiento diverso.

⁵¹ La misma consideración efectuada para la insuperable coacción ajena de manera precedente, es aplicable para el miedo insuperable como causal de exclusión de responsabilidad disciplinaria.

6. Con la convicción errada e invencible de que su conducta no constituye falta disciplinaria

Contrario de lo que acontece con la anterior causal de exclusión de responsabilidad, el error, en materia disciplinaria, ofrece doctrinariamente variadas posiciones: desde aquellas relacionadas con su denominación y clasificación hasta las de su incidencia en la estructura de la falta disciplinaria para determinar qué categoría afecta.

Así, por ejemplo, Jaime Mejía Ossman diferencia varios tipos de error, entre ellos, el de tipo, sobre la existencia de la falta disciplinaria cometida; sobre el bien jurídico tutelado; sobre el objeto material; sobre la conducta y las circunstancias de la misma y sobre los elementos especiales del tipo. En todo caso, considera el error en materia disciplinaria como una causal subjetiva de inculpabilidad.⁵²

Por el contrario, Esiquio Manuel Sánchez Herrera distingue entre error de hecho y de derecho, pero, igualmente, concluye que dichos fenómenos conciernen al campo de la culpabilidad.⁵³

A su vez, Carlos Arturo Gómez Pavajeau distingue entre error de hecho, error de derecho y errores mixtos⁵⁴. Este autor, en cuanto a la incidencia en la estructura de la falta disciplinaria, recientemente diferencia entre el error de hecho que afecta la tipi-

 52 Mejía Ossman, Jaime. Código Disciplinario Único, parte general. Aplicación legal, doctrinaria y jurisprudencial. Ley 200 de 28 de julio de 1995. Bogotá: Editorial Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 1999. p. 454 y 455. Reiterado en Mejía Ossman, Jaime. Código Disciplinario Único. Comparado, concordado y comentado. Ley 734 de 5 de febrero de 2002. Bogotá: Editorial Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2003. p. 129 y 130.

53 Sánchez Herrera Esiquio Manuel. Dogmática practicable del derecho disciplinario, preguntas y respuestas. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2007. p. 94 a 96.

54 Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. Dogmática del derecho disciplinario, Op.cit., p. 459 a 495.

cidad y errores de hecho y de derecho que inciden en la culpabilidad.⁵⁵ Es posible que tales diferenciaciones obedezcan a la necesidad de suplir la forma parca como la ley disciplinaria reguló el error como causal de exclusión de responsabilidad, sin establecer clasificación alguna y, menos aún, sin distinguir las consecuencias del mismo.

Por su parte y tal como ocurre en el derecho administrativo sancionador español, Ángeles de Palma del Teso distingue entre error de tipo y error de prohibición, pero sin tomar partido por cuál categoría de la falta se elimina, al decir llanamente que ante el evento de error invencible se excluirá la responsabilidad.⁵⁶

En materia penal y desde el punto de vista estrictamente legal, no resulta dispendioso comprender que el artículo 32 del actual Código Penal, distingue entre lo que debe entenderse como error de tipo y error de prohibición. En efecto, el numeral 10 del artículo citado regula lo concerniente al error de tipo o tipicidad (al cual se suma el error sobre los presupuestos objetivos de una causal de exclusión de responsabilidad); mientras que el numeral 11 del mismo artículo regula lo concerniente al error de prohibición.

A lo anterior agréguese que los mismos numerales, con cierto grado de claridad, establecen las consecuencias de uno y otro tipo de error, determinando cuáles son los efectos cuando aquellos resultan vencibles. En ese sentido, la norma penal establece que cuando se trate de error de tipo y éste sea vencible, la conducta será punible cuando la ley la hubiere previsto como culposa. Por el contrario, cuando se trate de error de prohibición vencible, la norma penal establece que la pena se rebajará a la mitad.

55 Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. IV Curso de formación judicial inicial para magistrados, magistradas, jueces y juezas de la República, Op. cit.

56 De Palma De Teso, Ángeles. El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador. Madrid: Editorial Tecnos, 1996. p. 157 a 159.

En el campo disciplinario, tales diferenciaciones no fueron objeto de previsión normativa. La Ley no distinguió aquellos errores que inciden en los elementos estructurales de la falta disciplinaria ni reguló las consecuencias de su acaecimiento cuando los mismos fueren vencibles, a efectos de graduar la sanción disciplinaria a imponer.

La norma disciplinaria se limitó a eximir de responsabilidad a quien actúa «con la convicción errada e invencible de que su conducta no constituye falta disciplinaria».

Desde esa perspectiva y acudiendo a lo ya construido por la doctrina especializada, es pertinente efectuar las siguientes precisiones. Véase:

A diferencia de la regulación normativa penal, en materia disciplinaria el numeral 6 del artículo 28 de la Ley 734 de 2002 reguló de manera única el error sobre lo que constituye falta disciplinaria. Es decir, el resultado o la sumatoria de las tres categorías: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Por ello, es posible que puedan presentarse errores sobre cualquiera de las categorías mencionadas y que los mismos recaigan en distintos elementos que a su vez componen dichas categorías, entre ellos, fácticos, descriptivos, valorativos, objetivos, normativos y subjetivos.

Como cualquier elemento de ellos puede ser el objeto del error y éste puede estar presente en cualquiera de las categorías de la falta disciplinaria, corresponderá al funcionario disciplinario determinar la clase de error al que se enfrenta, bien si se trata de un error de hecho o de derecho (teoría de quienes esbozan la inseparabilidad de las categorías tipicidad y antijuridicidad) o de error de tipo y error de prohibición (teoría de quienes entienden la separación de las dos categorías) o error mixto, entendiendo por aquel que contiene elementos tanto de uno como de otro.

No hay duda de que en el evento de errores invencibles, llámense de hecho o de derecho, de tipo o de prohibición o de error mixto, la consecuencia lógica y coherente es que se configure a plenitud la causal de exclusión de responsabilidad en materia disciplinaria. El carácter invencible del error demandará un análisis

de las circunstancias particulares de cada caso, con especial énfasis en las condiciones personales de quien lo alega y de sus posibilidades efectivas de previsión y conocimiento, toda vez que no es lo mismo, por ejemplo, el error que esgrime una persona con formación profesional de aquella que no la tiene.

En el mismo sentido, frente al denominado error de hecho o error de tipicidad vencibles, es apenas racional y justo que la imputación se torne en culposa, siempre y cuando la estructura del tipo disciplinario admita tal comportamiento. Es decir, que se descarte cualquier elemento que denote que dicha falta disciplinaria sólo pueda ser cometida a título de dolo. En este último evento, de verificarse que existe un error de hecho vencible, pero que el tipo disciplinario sólo admite la modalidad dolosa, el sujeto pasivo de la acción quedará exento de responsabilidad disciplinaria.

Frente al error de derecho vencible o el error de prohibición, el tratamiento doctrinario está orientado a que cuando éste sea vencible, la imputación dolosa persiste y sólo servirá de criterio de atenuación. Tal conclusión, en principio lógica, no se compadece con la preservación del valor justicia en materia disciplinaria. Al contrario de lo que sucede en el derecho penal, en el cual el tratamiento legal es que la pena se reduzca a la mitad (numeral 11 del artículo 32 del C. P.), en derecho disciplinario, tal criterio proporcional y justo es ajeno. Ello por cuanto además de que la ley disciplinaria omitió tal regulación, existe una sanción como la destitución que no admite graduación. Es decir, que un comportamiento que se configure en falta disciplinaria gravísima, desplegado a título de dolo, pero afectado por un error de derecho o de prohibición que apenas haya sido vencible, tendría la misma consecuencia, desde el punto de vista de la sanción, que aquel comportamiento doloso, sin mediar ninguna clase de error. En el ejemplo propuesto, lo único para ponderar sería la inhabilidad, la cual, de ser la mínima (diez años), acompañada de la destitución, seguiría siendo una sanción desproporcionada frente a la hipótesis con la cual se hace la comparación.

No obstante, podría no ser del todo cierto que frente al error de derecho o de prohibición vencibles, la imputación dolosa deba persistir. Paradójicamente, quienes pregonan que en materia disciplinaria, para la configuración del dolo sólo es necesario el conocimiento de los hechos y el conocimiento de la ilicitud, persisten en afirmar que frente al error de derecho vencible (el que recae sobre uno de los dos elementos del dolo, esto es, el conocimiento de la ilicitud), la imputación dolosa debe subsistir, con el argumento –un tanto inflexible– de que debe tenerse en cuenta el conocimiento potencial o actualizable de la ilicitud.

No puede perderse de vista que quien despliega un comportamiento debido a un error, llámese de hecho o de derecho, de tipo o de prohibición, está más cercano a un actuar culposo que doloso, pues su conducta resulta imprudente o negligente. Tal parece ser el criterio de la tratadista española MARINA JALVO, al darle el mismo tratamiento al error de hecho y de derecho vencibles, al afirmar que en ambos casos la imputación se reduce a imprudencia.⁵⁷ Categóricamente y en el mismo sentido lo afirma la tratadista de la misma nacionalidad, Ángeles de Palma del Teso en los siguientes términos: «Al igual que sucede con el error de tipo, en el caso de error de prohibición invencible no se exige responsabilidad, y si el error es vencible dará lugar a calificar la conducta de imprudente»⁵⁸ (subrayado fuera de texto). Y en nota de pie página, la autora afirma algo todavía más dicente: «En el modelo de infracción administrativa que hemos apuntado, el error de prohibición, al igual que el error de tipo, **excluirá el dolo**, al desaparecer el segundo elemento de éste: el conocimiento de la prohibición (subrayado y negrilla fuera de texto).

.....

⁵⁷ Jalvo, Marina. El régimen disciplinario de los funcionarios públicos. p. 234. Fragmento y referencia, citados por Gómez Pavajeau, Carlos Arturo EN Dogmática del derecho disciplinario: Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. p. 462.

⁵⁸ De Palma Del Teso, Ángeles. El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador. Madrid: Editorial Tecnos, 1996. p. 159.

Algún sector de la doctrina sostiene que para la configuración del dolo en materia disciplinaria sólo es necesario el conocimiento de los hechos y el conocimiento de la ilicitud, siendo la voluntad un elemento apenas secundario o accidental. Se parte, entre otros argumentos, de que las faltas disciplinarias, en su mayoría, tienen similar estructura a los delitos de omisión o de infracción de deber, donde el elemento voluntad no juega un papel predominante. En igual sentido, asemejan tal condición al fenómeno del dolo eventual en materia penal.⁵⁹

No obstante y como acertadamente lo sostiene el penalista FERNANDO VELÁSQUEZ, las dificultades comienzan cuando se trata de precisar si las reglas formuladas para el dolo en los tipos comisivos (acción) se pueden extender a los omisivos, afirmando que en uno y otro caso el dolo debe estar integrado por un elemento cognoscitivo y por otro volitivo⁶⁰. Y más adelante agrega: «Sobre el componente volitivo, es indispensable que también el agente quiera la realización del tipo en su aspecto objetivo correspondiente, que tenga voluntad de realización de la conducta omisiva según la nota de la finalidad. Que en el **dolo omisivo** se requieren estos elementos se deduce, como se indicó, del tenor del art. 22: “La conducta (omisiva, se agrega) es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización”; desde luego, dada la redacción legal, tam-

⁵⁹ En tal sentido se pronuncian Gómez Pavajeau, Carlos Arturo, en Dogmática del derecho disciplinario: Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. p. 423 a 428. y Sánchez Herrera, Esiquio Manuel, en Dogmática practicable del derecho disciplinario, preguntas y respuestas. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2007. p. 52, 55 y 56.

⁶⁰ Velásquez V., Fernando. Derecho penal general. Medellín: Librería Jurídica Comlibros, 2009. p. 674 a 675. Sin embargo, hace la salvedad de que el tema no es pacífico, ya que un sector de la doctrina cree que, para el caso de las conductas omisivas, el dolo únicamente está integrado por el aspecto cognoscitivo.

bién podría presentarse un **dolo omisivo** eventual (artículo citado, parte segunda)» (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Quiere decir lo anterior, que para el dolo en tipos de omisión en materia penal, es necesario que se admita la existencia del elemento volitivo (voluntad), o al menos que se entienda, que tal elemento cumple una función negativa⁶¹. Con mayor razón ello significa, que cuando se esté en presencia de tipos de comisión (conducta activa), siempre y en todos los casos será necesario comprobar la existencia del elemento volitivo del dolo.⁶²

Sin embargo, quienes admiten que los únicos componentes del dolo en materia disciplinaria –por lo menos los indispensables– son el conocimiento de los hechos y el conocimiento de la ilicitud, no hacen ninguna diferenciación entre las conductas activas y omisivas, para concluir, con las orientaciones del derecho penal a las que acudieron, que para las conductas activas sí es necesaria la comprobación del elemento volitivo del dolo, mientras que para las conductas omisivas, al menos la voluntad, opera de manera negativa.

En uno y otro sentido, no resulta para nada extraño que el elemento volitivo sí sea indispensable para la configuración del dolo en materia disciplinaria, tanto para las conductas activas como omisivas, con las precisiones efectuadas. Si así son las cosas, nótese que ante un evento de error de derecho o de prohibición

⁶¹ Tal y como se afirma en la sentencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de justicia, citada por el mismo autor Carlos Arturo Gómez Pavajeau en Dogmática del derecho disciplinario, Op. cit., p. 427.

⁶² Velásquez V. Fernando, Derecho penal general, Op. cit., p. 624 y 625. Aunque el autor advierte lo siguiente: «Ahora bien, para saber cuándo el autor ha querido realizar el tipo en su aspecto objetivo, es necesario distinguir las diversas maneras como se manifiesta la voluntad realizadora del fin, lo que ha originado una división del dolo en tres clases distintas –con la que, por supuesto, no comulgan las corrientes que renuncian al elemento volitivo del dolo–, que pueden presentarse en relación con todos los elementos del aspecto objetivo del tipo».

vencible, tal situación no sólo afectaría el conocimiento de los hechos –así se considere que el mismo se torne en conocimiento potencial o actualizable de la ilicitud, que en todo caso, para algunos autores, sería un actuar negligente o imprudente–, sino que se afectaría con plenitud el otro elemento, **la voluntad**, aspecto que confirmaría la exclusión del dolo.

Conforme a lo anterior, es necesario que se entienda que en materia disciplinaria, si bien resulta importante el conocimiento de los hechos y el conocimiento de la ilicitud como componentes del dolo, no menos atención y especial consideración merece el elemento volitivo del mismo, sobre todo, cuando tal aspecto es indispensable para poder diferenciar entre aquellos comportamiento dolosos y culposos.

Así las cosas, puede concluirse que si la voluntad es un elemento esencial del dolo en materia disciplinaria, ante un evento de error de derecho o de prohibición vencibles, la consecuencia lógica y ante todo justa, es que el autor responda por la comisión culposa de la falta⁶³, tal y como ocurre con el error de hecho o de tipo vencibles y siempre y cuando la estructura del tipo disciplinario lo permita, pues es claro que su comportamiento fue ajeno a su propia voluntad.⁶⁴ Tal conclusión no resulta del todo extraña, pues

⁶³ Igualmente y de conformidad con el parágrafo del artículo 44 del Código Disciplinario Único, le corresponderá al funcionario disciplinario determinar la forma de culpa con que se desplegó el comportamiento.

⁶⁴ En contra de esta conclusión, por una parte, puede consultarse a Gómez Pavajeau, Carlos Arturo, en su obra *Dogmática del derecho disciplinario*, Op. cit., p. 485 a 492. Allí, de los extractos de las sentencias de la Corte Constitucional que se citan (T-1093 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; y C - 127 de 2003, M. P. Alfredo Beltrán Sierra) la única conclusión plausible, es que el error de derecho vencible no exime de responsabilidad disciplinaria, conclusión que se comparte totalmente. El punto de la discordia es que el autor argumenta que la imputación debe mantenerse como dolosa, ante lo cual y contrariamente se considera, que la imputación debe ser culposa, tal y

con acierto, ese sería el tratamiento que se le daría al error mixto según lo propuesto por uno de los autores anteriormente citados.⁶⁵

7. En situación de inimputabilidad

A diferencia de lo que sucede en el derecho penal, la inimputabilidad en materia disciplinaria es una causal de exclusión de responsabilidad. Ello por cuanto en materia penal, la inimputabilidad no se incluyó dentro de las causales de ausencia de responsabilidad (art. 32 del Código Penal) y porque, principalmente, quien realiza una conducta típica y antijurídica, pero no culpable (en estado de inimputabilidad), sí es objeto de la imposición de una sanción, denominada en ese ámbito como una medida de seguridad.⁶⁶

En derecho disciplinario, la responsabilidad está estructurada a partir de la infracción sustancial de los deberes funcionales,

como se explica en la sentencia del Consejo Superior de la Judicatura que el mismo autor cita; pero la cual él no comparte (sentencia del 16 de noviembre de 1995, MP. Amelia Mantilla Villegas, rad. 5752 A). Y, por la otra, en algunos textos de la doctrina y en fallos de la Procuraduría se sustenta contundentemente que cuando se trate de error de derecho vencible, la imputación deberá mantenerse como dolosa. Sin embargo, uno de los principales argumentos de tal conclusión es el siguiente «(...) frente a un error vencible sobre la prohibición debe mantenerse el dolo, toda vez que frente a un sistema jurídico informado por una ética de la responsabilidad basta para su estructuración una conciencia potencial de la antijuridicidad». Tal reflexión, es la que precisamente se caracteriza por tener únicamente en cuenta el elemento cognoscitivo como componente del dolo, dejando de lado el **elemento volitivo**, del cual precisamente se concluyó que sí es un elemento esencial para la configuración del mismo.

⁶⁵ Por el contrario, se está en acuerdo con este autor, respecto del tratamiento del denominado error mixto. Op. cit., p. 493 a 495.

⁶⁶ Confróntese con los artículos 33 y 69 del Código Penal.

para lo cual es necesario que la persona tenga unas condiciones mínimas que le permitan entenderlos y comprenderlos así como, las consecuencias que devendrían por su incumplimiento, predicándose así la condición de sujeto disciplinable.

Lo anterior permite concluir que la inimputabilidad se presenta como una situación extraordinaria y excepcional, que implica una afectación de la capacidad del individuo, por lo que el sujeto pasible de la acción disciplinaria en esas condiciones, no puede ser merecedor de la imposición de una sanción disciplinaria⁶⁷. Tal afirmación encuentra su respaldo, cuando el numeral 7 del artículo 28 del Código Disciplinario Único establece que ante una situación de inimputabilidad el competente dará inmediata aplicación a los mecanismos administrativos que permitan el reconocimiento de las inhabilidades sobrevinientes.

Con todo, la situación de inimputabilidad debe estar directamente relacionada con el deber funcional que se estima incumplido, el que, en principio, es susceptible de merecer la imposición de una sanción disciplinaria. Así por ejemplo, el servidor público no podría alegar que ostenta una condición de cleptómano, cuando el deber funcional que se desconoció está relacionado con el cumplimiento del horario laboral.

Tampoco habrá lugar para reconocer la inimputabilidad cuando el sujeto disciplinable hubiere preordenado su comporta-

⁶⁷ Sin embargo, desde el análisis de la estructura de la falta disciplinaria, la situación de inimputabilidad para algunos autores es un eximente de capacidad, por lo que no sería dable sostener la configuración del ilícito disciplinario ni siquiera de la existencia de una conducta disciplinariamente relevante; por ejemplo, recientemente, Gómez Pava-jeau, Carlos Arturo en IV Curso de formación judicial inicial para magistrados, magistradas, jueces y juezas de la República, Op. cit. Por el contrario, otros autores sostienen que la inimputabilidad es una causal que ataca únicamente la culpabilidad y admiten la realización de una conducta típica y antijurídica. Ver Sanchez Herrera, Esiquio Manuel. Dogmática practicable del derecho disciplinario, Op. cit., p. 96.

miento, verbi gracia, el militar que ingirió bebidas embriagantes durante el servicio y le causó heridas o la muerte a uno de sus superiores o compañeros con su arma de dotación oficial.

Por último, es pertinente anotar que las situaciones de inimputabilidad en materia disciplinaria únicamente están relacionadas con el trastorno mental o estados similares, pues aquellas derivadas por inmadurez psicológica o diversidad sociocultural no tienen incidencia en el campo disciplinario; en la primera hipótesis, se supone que quien ingresa al ámbito de lo público goza de la madurez suficiente para desempeñar el cargo o la función, mientras que en la situación de diversidad sociocultural, los indígenas, de conformidad con el inciso segundo del artículo 25 del Código Disciplinario Único, son sujetos disciplinables⁶⁸.

⁶⁸ Sin embargo, es importante resaltar lo sostenido por la Corte Constitucional en la sentencia C-127 del 18 de febrero de 2003, citada por el autor Carlos Arturo Gómez Pavajeau, en cuanto a los indígenas como destinatarios de la ley disciplinaria: «Siempre y cuando (...) el Estado capacite y asesore a las autoridades indígenas, para que se produzca una comprensión de cada una de las cláusulas del contrato, a través del cual administrarán recursos públicos,(sic) y las consecuencias de su infracción». Gómez Pavajeau, Carlos Arturo, en *Dogmática del derecho disciplinario*, Op. cit., p. 409.

CAPÍTULO IV

UN NUEVO ENFOQUE Y EL CAMINO POR RECORRER

Con las anteriores reflexiones se da por finalizado un primer intento por establecer un nuevo enfoque que debe acompañar la labor diaria del funcionario disciplinario, en procura de no perder el horizonte al que debe apuntar esta rama del derecho: la preservación del valor justicia.

El interés de aquellos que cada día están al servicio y estudio del derecho disciplinario tendrá que acrecentarse de tal manera que permita una mejor comprensión de esta disciplina. No obstante, en esa no fácil tarea, nunca deberá perderse el objetivo de preservar el valor de la justicia cuando de tomar decisiones disciplinarias se trata.

Si el camino que conduce al anterior objetivo se encuentra rodeado de laderas que conduzcan a teorizaciones que contravenzan la realización del valor justicia, ellas tendrán que esquivarse a toda costa, pues, de lo contrario, se caería indefectiblemente en los terrenos de la responsabilidad objetiva.

El buen entendimiento y adecuada aplicación del derecho disciplinario son necesarios para el encauzamiento efectivo de la conducta de los agentes del Estado. Sin embargo, una decisión

que se aparte de los postulados antedichos de nada servirá, pues, tarde que temprano, los jueces administrativos o constitucionales terminarán reivindicando los derechos de quien fue disciplinado en esas condiciones.

La invitación entonces que se hace en el presente documento es a redescubrir tales propósitos, sin olvidar que el derecho disciplinario, como expresión del derecho sancionador del Estado, debe corresponder a los fines y objetivos impuestos por el ordenamiento constitucional.



**PROCURADURIA
GENERAL DE LA NACION**