

REFLEXIONES ACADÉMICAS
EN DERECHO DISCIPLINARIO
Y CONTRATACIÓN ESTATAL

VOLUMEN VII

MEMORIAS QUINTO CONGRESO INTERNACIONAL
DE DERECHO DISCIPLINARIO

IEMP  EDICIONES

Bogotá, D.C, febrero de 2016

Memorias Quinto Congreso Internacional de Derecho Disciplinario

- © Instituto de Estudios del Ministerio Público – IEMP, 2016.
- © Christian José Mora Padilla, 2016.
- © Alejandro Ordoñez Maldonado, 2016.
- © Alfonso Cajiao Cabrera, 2016.
- © Jaime Bernal Cuellar, 2016.
- © Jaime Mejía Ossman, 2016.
- © Carlos Gustavo Arrieta, 2016.
- © Jorge Jiménez Leube, 2016.
- © José Joaquín Jerez, 2016.
- © Jesús Alejandro Garzón Rincón, 2016.
- © John Harvey Pinzón Navarrete, 2016.
- © Héctor Enrique Ferrer Leal, 2016.
- © José Omar Ortiz Peralta, 2016.
- © Ricardo María Cañón Prieto, 2016.
- © Gustavo A. Castro Capera, 2016.
- © Manuel Eduardo Marín Santoyo, 2016.
- © Juan Carlos Novoa Buendía, 2016.

Todos los derechos reservados

Edición:

Instituto de Estudios del Ministerio Público - IEMP
IEMP: Carrera 5 15-80, piso 16
Bogotá, D.C., Colombia
PBX: 587 8750 Exts. 11621
www.procuraduria.gov.co/iemp

Dirección colección

Carlos Humberto García Orrego

Coordinación editorial:

Gary Hernández Guerrero
Coordinador editorial IEMP

Diseño gráfico:

Hernan Hel Huertas O.
Diseñador gráfico IEMP

Diagramación:

Mónica Cabiativa Daza
Diseñadora gráfica IEMP

Impresión:

Imprenta Nacional de Colombia

Impreso en Colombia
Bogotá, febrero de 2016

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

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

ISBN: 978-958-734-183-6



ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO

Procurador General de la Nación

MARTHA ISABEL CASTAÑEDA CURVELO

Viceprocuradora General de la Nación

CHRISTIAN JOSÉ MORA PADILLA

Director del Instituto de Estudios del Ministerio Público

CARLOS HUMBERTO GARCÍA ORREGO

Jefe de Capacitación del Instituto de Estudios del Ministerio Público
Coordinador General del Congreso

JAIME MEJÍA OSSMAN

Procurador Delegado para la Policía Nacional
Relator

CAMILO ANDRÉS GARCÍA GIL

Profesional Universitario Procuraduría Primera Delegada
para la Contratación Estatal
Relator

MEMORIAS
QUINTO CONGRESO
INTERNACIONAL DE
DERECHO DISCIPLINARIO

CONTENIDO GENERAL

INAUGURACIÓN (<i>Christian José Mora Padilla</i>)	6
ALCANCE DEL CÓDIGO GENERAL DISCIPLINARIO (<i>Alejandro Ordoñez Maldonado</i>)	12
INTERVENCIÓN DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO (<i>Alfonso Cajiao Cabrera</i>)	18
HISTORIA Y EVOLUCIÓN DEL DERECHO DISCIPLINARIO	
EN COLOMBIA (<i>Jaime Bernal Cuellar</i>)	22
EL CÓDIGO GENERAL DISCIPLINARIO Y SUS PRINCIPIOS RECTORES	
DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA TEORÍA DE LA FALTA DISCIPLINARIA	
Y DE SU SANCIÓN (<i>Jaime Mejía Ossman</i>)	34
HISTORIA Y EVOLUCIÓN DEL DERECHO DISCIPLINARIO	
EN COLOMBIA (<i>Carlos Gustavo Arrieta</i>)	56
PRINCIPIOS DEL DERECHO DISCIPLINARIO EN COLOMBIA (<i>Alfonso Cajiao Cabrera</i>)	68
PRINCIPIOS, FINES Y VALORES DEL CÓDIGO DISCIPLINARIO ÚNICO:	
apreciaciones desde el Derecho español (<i>Jorge Jiménez Leube</i>)	86
REFLEXIONES EN TORNO AL CÓDIGO GENERAL DISCIPLINARIO COLOMBIANO	
DESDE LA EXPERIENCIA ESPAÑOLA (<i>José Joaquín Jerez</i>)	112
CULPABILIDAD DISCIPLINARIA (<i>Jesús Alejandro Garzón Rincón</i>)	142
CULPABILIDAD EN MATERIA DISCIPLINARIA (<i>John Harvey Pinzón Navarrete</i>)	156
PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO CAMINO A LA ORALIDAD (<i>Héctor Enrique Ferrer Leal</i>)	182
EL NUEVO RÉGIMEN PROBATORIO DISCIPLINARIO (<i>José Omar Ortiz Peralta</i>)	188
CONSIDERACIONES SOBRE LOS FINES DE LA SANCIÓN EN EL	
NUEVO RÉGIMEN DISCIPLINARIO (<i>Ricardo María Cañón Prieto</i>)	204
RÉGIMEN DE SANCIONES EN EL NUEVO CÓDIGO GENERAL DISCIPLINARIO:	
Proyecto de Ley 055 de 2014 del Senado de la República y 195 de la Cámara	
de Representantes (<i>Gustavo A. Castro Capera</i>)	228
EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS	
DISCIPLINARIOS (<i>Manuel Eduardo Marín Santoyo</i>)	274
RÉGIMEN DISCIPLINARIO DE LOS PARTICULARES: UNA VISIÓN DE LOS ÚLTIMOS	
VEINTE AÑOS (<i>Juan Carlos Novoa Buendía</i>)	306

INAUGURACIÓN

CHRISTIAN JOSÉ MORA PADILLA. *

** Director Instituto de Estudios
del Ministerio Público*

Bogotá D.C., julio 9 de 2015

Nos congregamos por quinto año consecutivo, en esta oportunidad en el marco de veinte años del Instituto de Estudios del Ministerio Público, en el evento en el cual se analizan los avances y perspectivas del derecho disciplinario en Colombia, que como es tradicional contará con una lujosa nómina de ponentes nacionales e internacionales presididos por el Procurador General de la Nación doctor Alejandro Ordoñez Maldonado, Presidente a su vez del Consejo Académico del IEMP.

Quiero resaltar también la presencia de dos ex procuradores generales de la Nación: los doctores Jaime Bernal Cuéllar y Carlos Gustavo Arrieta, personas que han estado muy vinculadas al desarrollo de esta rama del derecho.

En esta oportunidad resalto como principal logro la aprobación de la nueva ley que está próxima a ser sancionada por el Presidente de la República Juan Manuel Santos Calderón, me refiero al Código General Disciplinario, que se había convertido en una necesidad, dadas las profundas transformaciones de la sociedad desde el 2002, fecha de promulgación del anterior Código Disciplinario Único (Ley 734), las expectativas de muchos sectores y algunos acontecimientos del acontecer nacional.

El proceso de reforma se inició mediante Resolución 118 del 28 de abril de 2014 expedida por el Procurador el cual integró una comisión con representantes del Ministerio de Justicia, Consejo Superior de la Judicatura, Defensoría del Pueblo, Personería de Bogotá, Instituto Colombiano de Derecho Disciplinario, Colegio en Abogados de Derecho Disciplinario, Procuradurías Delegadas, Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación e Instituto de Estudios del Ministerio Público.

Las reuniones caracterizadas por su alto rigor académico y por el conocimiento teórico práctico de sus integrantes se realizaron entre el 30 de abril y el 1 de agosto de 2014 en las instalaciones del IEMP.

Posteriormente fue vital el apoyo de los ponentes en el Senado de la República los cuales fueron indispensables lo mismo que el parlamento en pleno, para el éxito de la iniciativa.

Pero más que dirigirme en esta instalación a los pormenores del articulado, a los cambios que se tuvieron en cuenta, a la filosofía de la reforma, a sus bondades como instrumento para mejorar la eficiencia y eficacia en el desempeño de los servidores públicos y en general de la gestión pública, lo mismo que para mitigar la corrupción y la impunidad, me permito plantear unas estrategias para fortalecer el derecho disciplinario en Colombia, coherentes y complementarias con las que planteamos hace un año, en este mismo escenario y que fueron sintetizadas en el volumen VI de las *Reflexiones Académicas en Derecho Disciplinario y Contratación Estatal*, que se han entregado a todos ustedes en el día de hoy.

Reitero dos premisas básicas, la ley es importante, pero no la única estrategia para consolidar el derecho disciplinario y el respeto por el ser humano, por su dignidad, debe ser la base de todo este andamiaje, máxime cuando adquiere la connotación de servidor público, sujeto de deberes y derechos.

En este contexto conviene recalcar que un buen servidor público debe tener las características propias de un buen ciudadano, ser ético, responsable consigo mismo, con su familia, con la sociedad y su entorno; cumplidor de la ley y constructor del bien común.

El decálogo de estrategias inicia obviamente con la nueva ley, la cual es esencial para el proceso de este plan, la cual requiere para su implementación, divulgación y asimilación no solo por los jueces disciplinarios, sino en general por la sociedad colombiana.

En segundo lugar: La consolidación del IEMP como el centro de pensamiento del derecho disciplinario, articulado con universidades, institutos y otros centros de investigación nacionales e internacionales que deben preocuparse por adelantar estudios científicos, organizar congresos, foros, conversatorios, fortalecer redes de formadores e investigadores, adelantar pasantías y promover publicaciones de manera permanente.

Tercero: Definir un modelo pedagógico adecuado, que sea la base de los diseños curriculares en los programas académicos en pregrado, posgrado en universidades no sólo en Bogotá, sino en las diferentes regiones del país.

Cuarto: Adelantar una Guía Disciplinaria válida para todos los operadores y conseguir la certificación del proceso disciplinario en calidad.

Quinto: Fortalecer a las instituciones que tienen responsabilidades dentro del Código, especialmente a los jueces disciplinarios con infraestructura, presupuesto y personal.

Sexto: Estrategia de internacionalización, donde se intercambian experiencias con otros países, formadores e investigadores, publicaciones, participación en redes, congresos, proyectos conjuntos de investigación.

Séptimo: Alianzas estratégicas entre las entidades participantes con el fin de racionalizar recursos físicos, financieros y humanos.

Octavo: Evaluación y seguimiento del plan; con sus correspondientes indicadores.

Noveno: Sistematización de conocimientos adquiridos como producto del proceso de gestión del conocimiento que se adelante en la medida que la ley se implemente.

Décimo: Financiación: la ley prevé una primera parte para la capacitación, investigación, divulgación y publicación de su contenido, pero se requiere gestión ante entidades como el ICETEX, COLCIENCIAS, cooperación internacional, entidades bancarias y los apoyos educativos que tienen establecidas el IEMP, la Defensoría entre otros y algo muy importante el presupuesto nacional para las instalaciones locativas necesaria, apoyo en talento humano y logístico para cumplir cabalmente sus responsabilidades.

En fin lo que planteo es un plan ambicioso, del 2015 al 2020 período que se considera el mínimo para conseguir el cumplimiento de los objetivos propuestos, resaltando que su ejecución inició este año con la aprobación de la ley en el Congreso, que requirió un esfuerzo monumental, la gestión de algunos estudios de posgrados en universidades y esfuerzos aislados de algunos institutos y centros académicos.

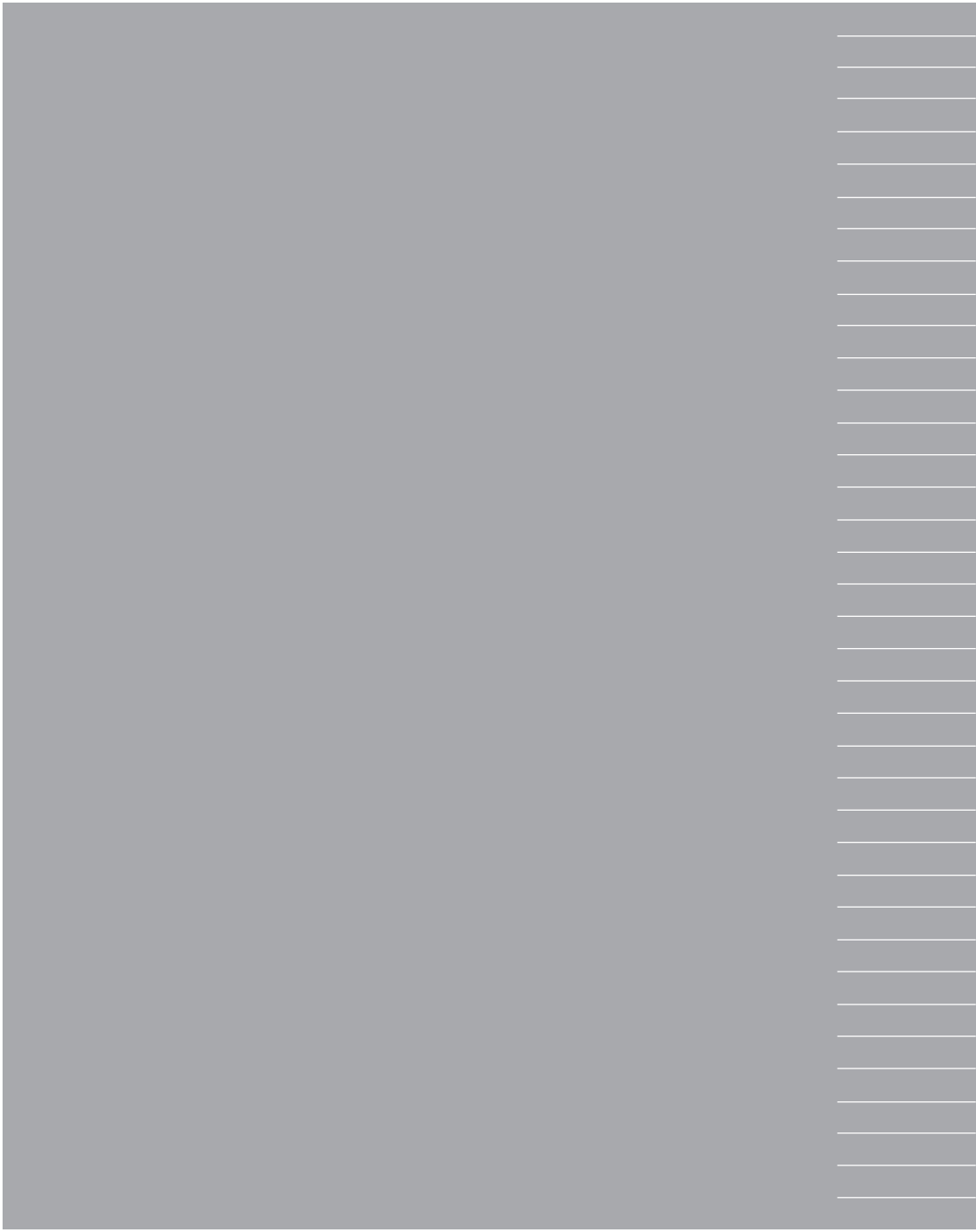
Para el año 2016 aparecen como retos fundamentales la implementación y divulgación de la ley, la guía disciplinaria, el inicio del proceso de certificación y la estrategia financiera como oxígeno vital para que esta ley cumpla su cometido.

Para terminar, los invito especialmente a la celebración formal de los 20 años del Instituto, el próximo 28 de julio en el auditorio Antonio Nariño, en el cuarto piso de la Procuraduría, a las 8.00 A.M. en la cual lanzaremos los libros “Veinte años del IEMP generando conocimiento” y “Balance veinte años después”, se presentará una selección de la obra editorial del IEMP en sus dos décadas y una muestra fotográfica.

Este evento complementa el programa que anuncié el año anterior y que se ha venido realizando rigurosamente con la socialización de resultados por línea de investigación, eventos en las regionales, panel con exdirectores y el concurso sobre la historia de las procuradurías provinciales.

Analizaremos el próximo año los avances de estos retos exigentes y motivadores que nos impone el nuevo Código General Disciplinario y sus estrategias complementarias para lograr el sueño de tener algún día un “derecho disciplinario autónomo, independiente y respetado” en el país y a nivel internacional.

Agradezco a todos su presencia, al señor Procurador, a los ponentes nacionales e internacionales y a las personas que desde todas las regiones del país nos acompañan, a los que nos siguen por los diferentes medios de comunicación; pues es por y con ustedes que hemos logrado la institucionalización del congreso internacional de derecho disciplinario, como la cita anual, de calidad y de reflexión por excelencia en Colombia.



ALCANCE DEL CÓDIGO GENERAL DISCIPLINARIO

ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO *

** Procurador General de la Nación*

Me es absolutamente satisfactorio, en mi condición de Procurador General de la Nación, instalar este Quinto Congreso Internacional, evento académico que tiene como elemento principal el nuevo Código General Disciplinario.

Dicha satisfacción, acompañada de una gran tranquilidad, viene marcada por el cumplimiento que la Procuraduría General de la Nación nuevamente le ha hecho a la Sociedad. En efecto, el objetivo que esta institución se trazó desde el pasado mes de agosto de 2014 se ha alcanzado con creces: el Congreso de la República aprobó un Código General Disciplinario, instituto jurídico que fue confeccionado y estructurado con el liderazgo permanente de la Procuraduría General de la Nación.

Como ustedes recordarán, a mediados del año pasado, conformé una comisión integrada por distintas entidades públicas y privadas, la cual tuvo como propósito inicial la elaboración de un proyecto normativo para ser presentado ante el Congreso de la República, con el objetivo de efectuar algunos ajustes al poder disciplinario del Estado en Colombia.

Pues bien, la primera sorpresa, muy grata por cierto, fue encontrarme con la elaboración de un proyecto de ley, ya no con el simple objetivo de efectuar algunos ajustes a las normas disciplinarias, sino con unos alcances mucho más ambiciosos y significativos, los cuales se reflejaron, en ese momento, en la posibilidad de que el Congreso de la República expidiera un nuevo Código. Por ende, al advertir la gran utilidad que podía alcanzarse con ello, no dudé en plasmar mi firma en la radicación de dicho proyecto. De hecho, yo mismo, en compañía del señor Defensor del Pueblo, lo radicamos en la célula legislativa, porque en lo personal tenía la convicción de que estaba en frente de una de las herramientas más efectivas y seguras para seguir combatiendo la corrupción y la ineficiencia administrativa.

Aquí es oportuno volver a efectuar un reconocimiento especial a aquellas entidades y funcionarios que conformaron dicha Comisión, manifestándoles que sin su ayuda este objetivo no habría sido posible: Consejo Superior de la Judicatura, el Consejo de Estado, la Defensoría del Pueblo, el Ministerio de Justicia y del Derecho, la Personería de Bogotá, el Colegio de Abogados en

Derecho Disciplinario y el Instituto Colombiano de Derecho Disciplinario y, por supuesto la Procuraduría General de la Nación.

Dicho esto, con el pasar de los meses obtendría una segunda sorpresa, no menos importante que la anterior. El Congreso de la República no solo se tomó muy en serio la tarea de estudiar a fondo dicha propuesta, sino que en una y otra Cámara el proyecto de ley contó con un trámite impecable, no sólo por el absoluto respeto de la juridicidad, sino porque allí se permitió ampliamente la participación de los distintos sectores académicos, reflexionando y estudiando las diversas alternativas y propuestas de mejora y sin desconocer el más mínimo argumento, aspectos destacables que, como tiene que serlo, deben caracterizar el verdadero y pulcro ejercicio democrático de una Sociedad.

El resultado de todo lo anterior es inmejorable: por una parte, las diferentes entidades que conforman el Estado han demostrado, en este preciso caso, que cuando se planifica en debida forma se pueden cumplir los objetivos que se trazan y con ello cumplirle debidamente a la sociedad. Por la otra, la comunidad puede estar tranquila de que sus instituciones cada día se mejoran y refuerzan con el fin de prevenir y luchar contra algunos males que lastimosamente no son ajenos a cualquier sociedad.

El Código General Disciplinario, señores académicos, funcionarios y abogados litigantes, es una de las oportunidades para seguirle mostrando al mundo que en Colombia sus instituciones son fuertes; que su juridicidad se caracteriza por la seguridad y el respeto de los derechos fundamentales; que tenemos la forma eficaz y eficiente de seguir combatiendo la corrupción y la ineficiencia administrativa; en síntesis: que podemos seguir siendo un muy buen ejemplo de aplicación y evolución del derecho disciplinario.

¿Qué sigue ahora? ¿Cuáles son los retos que se derivan de todo lo anterior? En mi concepto, son muchas las tareas por hacer, por la sencilla razón de que todos los problemas no los puede resolver el legislador. En efecto, antes que nada, considero que se necesita mantener la sólida formación jurídica que nos ha caracterizado, no sólo de los diferentes servidores públicos encargados del ejercicio de la función disciplinaria, sino también de los abogados litigantes y doctrinantes que ejercen y fijan sus valiosos criterios en estas materias.

Por lo anterior, el primer paso para mantener esa sólida formación resulta apenas obvio: actualizarse de las nuevas normas aprobadas por el Congreso de la República, pero también escuchar e interactuar con algunos

expertos los nuevos conceptos y criterios que han de aplicarse en el derecho disciplinario.

Esta es, sin duda alguna, la principal razón por la que celebro con tanto beneplácito la realización de este tipo de eventos académicos, pues me parece una inmejorable oportunidad para que todos nos tracemos como propósito alcanzar esa buena formación jurídica obviamente acorde con los nuevos criterios que trae el Código General Disciplinario, muchos de ellos guiados seguramente por lo que llama la doctrina como los mínimos estándares internacionales.

En tal sentido, si ustedes observan con atención el programa de este evento académico, podrán observar que su estructuración es un fiel reflejo de lo que acabo de decirles: en un primer momento, tendremos la oportunidad de recordar, con las primeras ponencias, cómo era la función disciplinaria en vigencia de los anteriores Códigos, los principios del derecho disciplinario y todo el devenir histórico que ha caracterizado esta especial materia. La razón de ello estriba en que la nueva normatividad mejoró la redacción de algunos principios e incluyó otros.

Luego, escucharemos atentamente el criterio reflexivo y neutral de las ponencias extranjeras; es decir, «el cómo nos ven» y seguramente «en qué podríamos seguir mejorando». Al respecto, no hay la menor duda de que el Código General Disciplinario trae dos novedades concordantes con los mínimos estándares internacionales a los que hacía referencia, como lo son la oralidad y la segunda instancia para los aforados.

Seguidamente, tendremos la oportunidad de repasar las principales novedades en los temas sustanciales, de la más absoluta importancia, por cuanto ellos están relacionados con las faltas y con la misma estructura de la responsabilidad. En efecto, y a manera de ejemplo, tendremos la oportunidad de repasar las mejoras introducidas por el Código a los conceptos de la ilicitud sustancial y de la culpabilidad.

Posteriormente, vamos a escuchar con atención las principales novedades del proceso disciplinario y su régimen probatorio, como dos de los aspectos que considero más novedosos y útiles que trae el Código General Disciplinario. Creo que al menos se van a erradicar dos actuales problemas: la deficiencia de nuestras normas en materia de pruebas y el enorme desgaste en la escogencia de los diferentes procedimientos establecidos en la Ley 734 de 2002.

Más adelante, escucharemos unas ponencias que tienen como objetivo abordar aspectos de primerísimo orden que tienen una estrecha relación

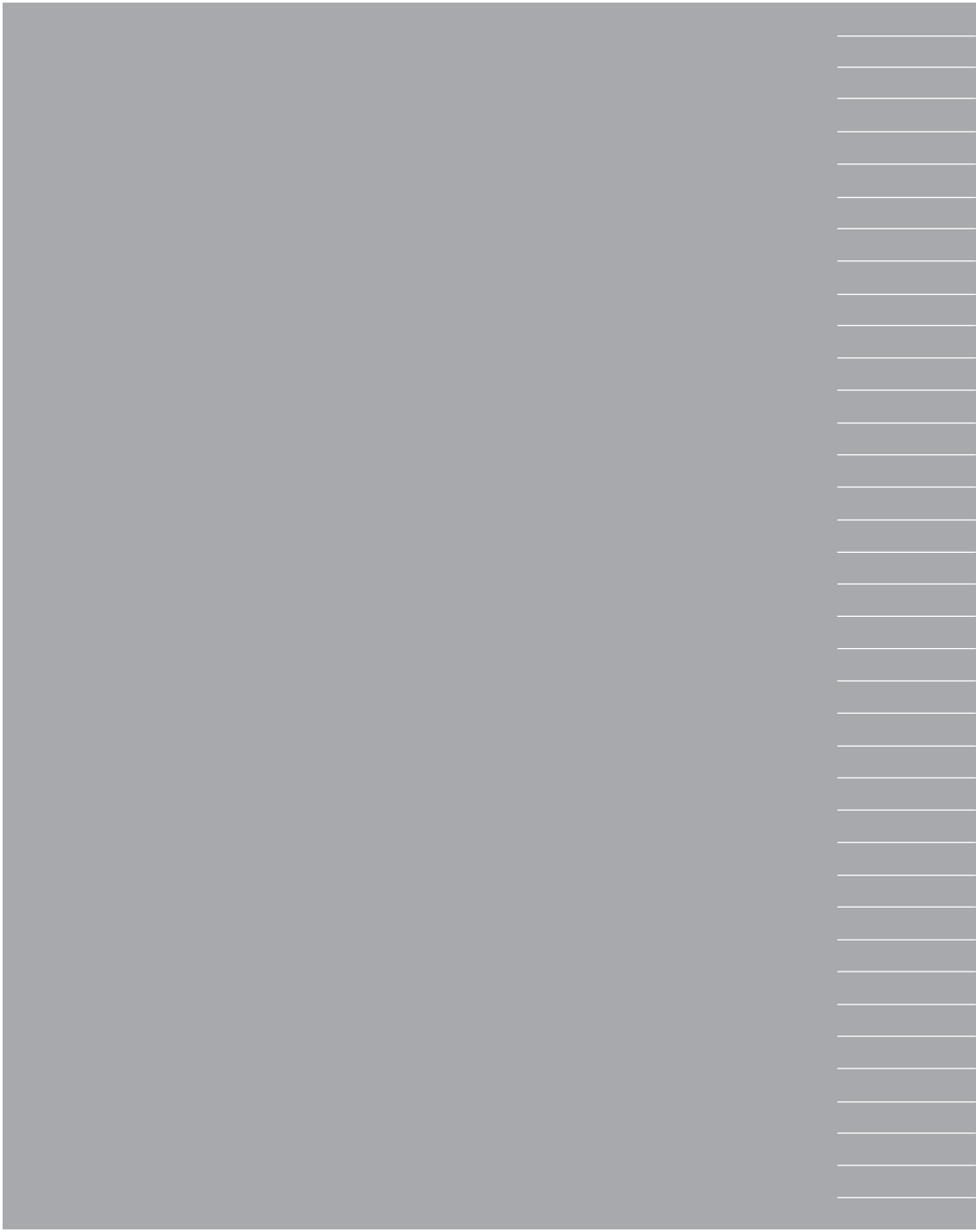
con todos los demás temas: la teoría de la sanción disciplinaria y el régimen disciplinario de los particulares. A manera de ejemplo, el Código General Disciplinario efectuó algunos ajustes en estos temas, principalmente en lo que tiene que ver con las sanciones disciplinarias.

Finalmente, también tendremos la oportunidad de escuchar una ponencia referida al alcance del control de los actos administrativos sancionatorios, cuestión que si bien está por fuera del estatuto normativo, ella tiene una estrecha relación con el derecho disciplinario, pues sus decisiones se plasman en actos susceptibles al control jurisdiccional.

En fin, no puede caber la menor duda de que el nuevo Código aprobado por el Congreso de la República dará de qué hablar por mucho tiempo, especialmente por las opiniones de disenso que normalmente suelen aparecer cuando se derogan algunas leyes y de las cuales, falsamente se creía, que tendrían inmutabilidad y vigencia eternas.

Así las cosas, muy consciente de lo anterior, la Procuraduría General de la Nación, a través del Instituto de Estudios del Ministerio Público, quiere abrir sus puertas a la comunidad en general con la instalación y desarrollo de este evento académico. El propósito último, al fin de cuentas, es que los profesionales interesados en estas materias puedan conocer de primera mano estas y muchas otras cuestiones que se derivan de la aprobación del nuevo Código General Disciplinario.

Por ello, les doy la más cálida y afectuosa bienvenida a todos ustedes y sepan que la Procuraduría General de la Nación estará siempre dispuesta a asumir este tipo de retos para seguir cumpliendo, de la mejor manera posible, sus compromisos constitucionales y legales con toda la sociedad.



INTERVENCIÓN DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO

ALFONSO CAJIAO CABRERA *

** Secretario General Defensoría del Pueblo*

Un saludo especial al doctor Alejandro Ordóñez Maldonado, Procurador General de la Nación; al doctor Christian José Mora Padilla, Director del Instituto de Estudios del Ministerio Público; al doctor Jaime Bernal Cuellar, ex Procurador General de la Nación, profesor, maestro; al doctor Jaime Mejía Ossman, Procurador Delegado para la Policía Nacional, amigo, cultor insigne del Derecho Disciplinario; al doctor Jorge Jiménez Leube, profesor invitado de la Universidad Alfonso X “El Sabio” de Madrid, al doctor José Joaquín Jerez, letrado del Consejo de Estado de España y profesor de la Universidad Complutense.

Quiero inicialmente, transmitirles a todos ustedes un saludo muy especial del señor Defensor del Pueblo quien no pudo concurrir en esta hora por motivos atinentes a su salud, circunstancias que inclusive le impidieron viajar a un encuentro internacional que había en Chile y por ello he venido con el grato honor de representarlo.

Fuimos convocados en abril del año pasado por el Procurador General de la Nación para hacer los ajustes de los que ustedes han oído ya al Código Disciplinario, un trabajo arduo que se desarrolló paso a paso; participamos directamente en el mismo, y con el respeto y altura jurídica con que lo trabajamos y así se desarrolló.

Un segundo semestre del año pasado en el Senado con la presencia permanente nuestra en las comisiones y en la plenaria y posteriormente un primer semestre este año con algunas vicisitudes de ligeros cambios que se dieron al texto, tanto en la plenaria como en las comisiones, fueron varias reuniones; un par de acusaciones que recibimos con donaire pero que deben ser aclaradas en el sentido que estábamos planteando un indulto disciplinario torno simple y llanamente de la disminución de la culpa gravísima y su equivalencia con el dolo que naturalmente impacta como lo veremos en las horas de la tarde el principio de favorabilidad.

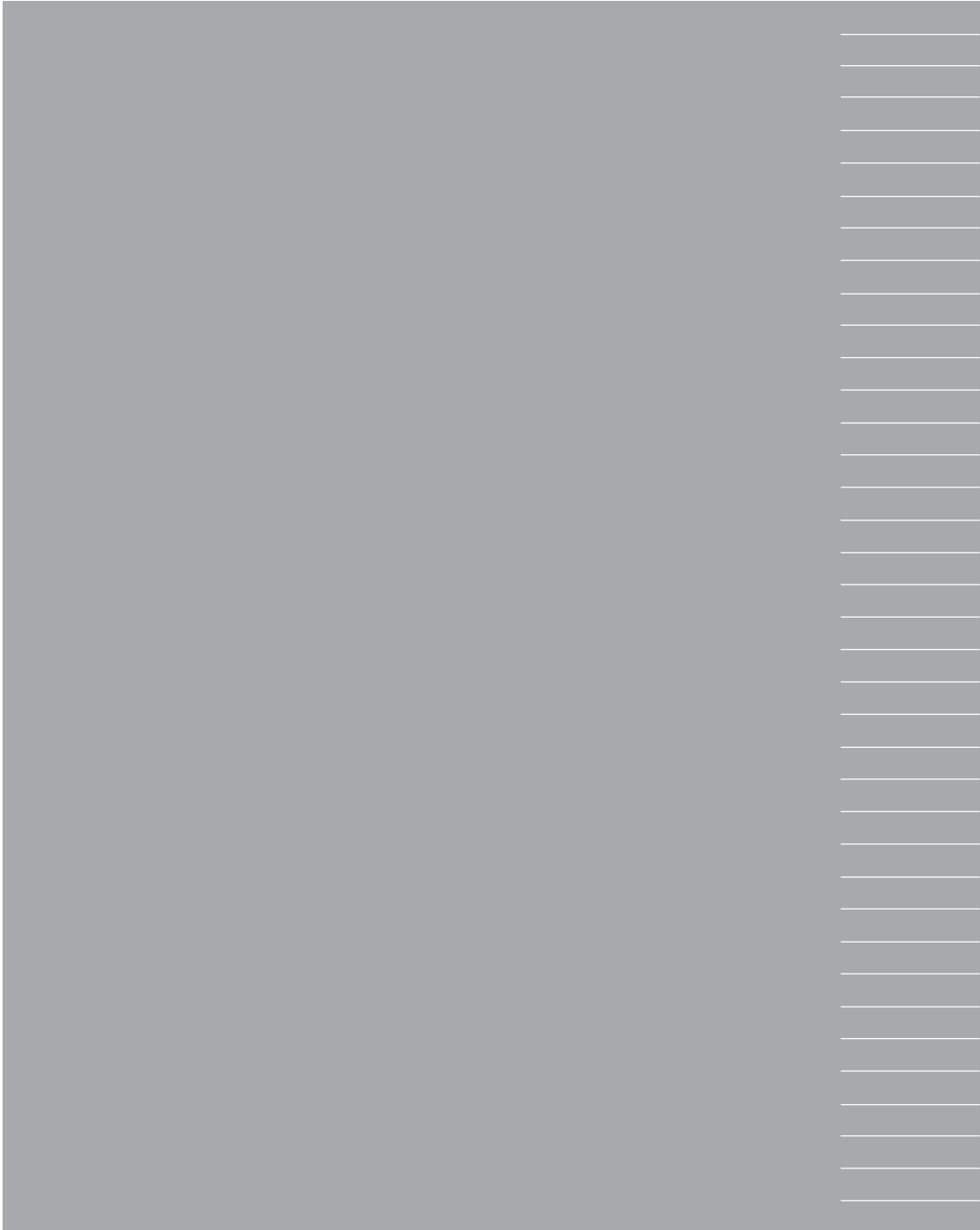
Este momento es un instante muy importante por dos cosas, la primera de ellas, hace 20 años exactamente fue promulgada la Ley 200 de 1995, el primer Código Disciplinario Único, quien les habla no sabía en aquel entonces dónde estaba parado, hoy en día ha tratado de centrarse un poco más, pero participábamos en aquel entonces en la Procuraduría del doctor Carlos Arturo Arrieta Padilla y posteriormente del doctor Vásquez, lo que fuera ya el

proyecto que salió el 28 de julio con vigencia el 4 de octubre del año 95, la famosa Ley 200.

Hoy, como les digo, en algunos días se cumplen estos 20 años; también con vigencia en agosto apareció la Ley 201, la que le seguía y que regulaba la estructura orgánica de la Procuraduría General de la Nación. Desaparecían algunas normas que conocimos al ingresar a la Procuraduría, antiguas, como la Ley 25 de 1974 y Decreto 3404 de 1983. Como curiosidades históricas, sin meterme en la ponencia del doctor Arrieta en las horas de la tarde, les cuento que la indagación preliminar duraba 15 días, hoy en día hablamos de seis meses, pero así eran las cosas en su momento.

Hoy el segundo punto de esta asistencia y de estas efemérides es que tenemos un reto muy importante para el año entrante. El procedimiento arrancará en vigencia plena el primero de enero de 2017, o sea que durante este tiempo y el 2016 tenemos que prepararnos para la oralidad como lo afirmaba el Procurador General. Hemos sido abogados educados en la escritura, hemos sido abogados creados en la copia y en la investigación bibliográfica más a la letra que a la facultad de perorar en público y al mismo tiempo que uno está hablando poder plantear argumentos lógicos de una defensa. Esto demanda entonces abogados que tienen que conocer perfectamente la realidad procesal de cada proceso situada en el expediente, pero también la realidad del avance del derecho disciplinario y para eso estamos aquí. Tenemos una responsabilidad grandísima, en los últimos veinte años, la tercera norma que va a salir, probablemente con un número diecisiete sesenta y algo según la nomenclatura que llevan actualmente las leyes en la Presidencia, pero nos convoca aquí un interés muy importante y nos agrada ver a todos los integrantes del Ministerio Público, Procuraduría, Defensoría, personerías, miembros de las Oficinas de Control Disciplinario Interno, miembros de la fuerza pública, de la Fuerza Aérea Colombiana en particular, que se han caracterizado por llevar siempre en alto la bandera de la juridicidad dentro de las fuerzas militares; en esa razón, para la Defensoría es un orgullo inmenso participar en este foro, habiendo participado en la redacción de la norma y habiendo dejado la impronta de que desde el artículo primero se venga a hablar sobre dignidad humana, y que la primera norma sobre faltas gravísimas tenga que ver con la infracción de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario. Un gusto estar con ustedes, un abrazo de amigo y de compañero para todos y cada uno de ustedes,

Mil gracias.



HISTORIA Y EVOLUCIÓN DEL DERECHO DISCIPLINARIO EN COLOMBIA

JAIME BERNAL CUELLAR *

** Ex Procurador General de la Nación*

En primer lugar quiero agradecer a la Procuraduría General de la Nación, al doctor Alejandro Ordóñez y al doctor Christian José Mora en su condición de Director del Instituto de Estudios del Ministerio Público esta honrosísima invitación para participar en este foro; quiero así mismo saludar a todos los distinguidos concurrentes, muchísimos de ustedes conocidos de hace tiempos y nuevamente agradecerles la colaboración que tuvieron conmigo cuando ejercí accidentalmente ese cargo.

Se me ha invitado con el fin de compartir con ustedes algunas consideraciones muy generales respecto de la historia de la Procuraduría General de la Nación, sin embargo, no me voy a referir a dicha historia, yo quiero hacer unas consideraciones generales de cómo veo la reformas que se vienen presentando en Colombia, quiero hacer una referencia a algo que también el señor Director del Instituto de Estudios del Ministerio Público hacía, de que para lograr el éxito de una reforma no basta aprendernos la leyes de memoria, es necesario una dinámica en su interpretación y eso es una responsabilidad de las universidades y de quienes ejercemos la profesión, cuál es nuestra ética, nuestra preparación y hasta dónde estamos facilitando que operen las normas en Colombia.

El país hoy se enfrenta a unos retos supremamente difíciles, unos retos que se vienen manejado por medios de comunicación, de manera acertada o no, con posiciones políticas o no; lo real es que hay retos profundos, lo cual permite sostener que estas reformas, incluyendo el código que va a entrar regir entiendo que en el año 2017, requieran de un gran esfuerzo de las Instituciones y en este caso de la Procuraduría.

Yo bien podría venir a criticar todo, como hacemos la mayoría de abogados ya que es lo más fácil, pero creo que son esfuerzos importantes de las diferentes instituciones que se viene concretando para afrontar este reto, pero creo así mismo, con relación al código, que hay cosas positivas, hay extraordinarias, incluyendo el sistema oral, pero esto no puede operar simplemente porque lo diga una norma; tenemos la experiencia en materia penal de un sistema penal acusatorio oral, tenemos la experiencia del Código General del Proceso, al cual se está intentando adentrar y la experiencia del sistema laboral, todos han funcionado parcialmente,

han avanzado, pero esto requiere una logística, un presupuesto adecuado, preparación de los servidores públicos, de los abogados, de las facultades de derecho de preparar a quienes van a ser abogados.

Veo un gran reto que está apuntando a modificar, adecuar, estructurar la justicia en Colombia un reto que se tiene con todas las dificultades, yo no voy a tomar posiciones sobre este punto de la justicia transicional, de estos procesos de paz, de cuál va a ser la respuesta de la justicia frente a estos procesos, de cómo se van a manejar, y sabemos que hay posiciones diametralmente opuestas sobre estos temas, pero todas con unos fondos importantes y trascendentales para Colombia.

Debo manifestar que me preocupa la rapidez con que se está legislando en Colombia, hoy por hoy me siento incapaz de ejercer determinados cargos públicos, hoy siento consideración por los abogados y servidores públicos. Hablaba ayer tal vez con algunos miembros del Congreso de la República y les decía que quería saber cuáles eran las últimas reformas, con la seguridad de que no había revisado, y vi que hay una cantidad de actos reformativos que afectan sustancialmente el derecho penal, el derecho disciplinario, el derecho minero, contratación, entre otras y que hacen hoy por hoy al derecho como la profesión más compleja, sin embargo, eso no me impide sostener que este código tiene aspectos importantísimos, y que generan un gran avance para el derecho disciplinario.

Bien podría venir a defender aquello en lo que participé cuando se sancionó el código anterior, el cual para su momento me pareció perfecto, y lo afirmo partiendo de la base de que uno se enamora de las obras que hace ya que no le encuentra defectos, pero hoy creo que tiene varios defectos en la forma como se redactó, lo están corrigiendo, no me queda duda, me parece que la labor a seguir no es fácil, es una labor gigantesca porque el gran problema que tenemos, y nos sucedió un poco con el sistema acusatorio: es que le digan a uno cualquier día que se hace necesario cambiar la mentalidad, que se tiene que pensar diferente, con las consecuencias que trae la exigencia de un cambio de estructura mental frente a ciertas interpretaciones, eso es de lo más difícil que hoy se viene presentando.

Miren ustedes el sistema oral, es extraordinario, pero exige una cultura diferente no solamente del funcionario sino de todos los abogados y de quienes como en mi caso dictamos clase todavía, esto exige un cambio cultural. ¿Qué estamos viendo? se acabó el sistema escrito, entonces los abogados llevamos el computador y leemos diez hojas, el mismo alegato de siempre, y los señores servidores públicos sacan su computador y leen

una providencia diez horas, es decir que lo que era escrito, que tratamos de ponerlo como oral desde esa perspectiva fracasaría, porque estaríamos regresando al mismo sistema, ni siquiera se dice el sentido del fallo en la misma audiencia, se dan plazos de un mes y es precisamente esto lo que hay que mirar hacia el futuro.

Pretendo en estos momentos hacer una referencia no crítica a tres puntos muy sencillos. El primero de ellos es la necesidad de una reforma integral, insisto, reconozco el gran trabajo realizado para la redacción del nuevo código y me permito aclarar que lo leí muy rápidamente y que para entender su dimensión hay que estudiarlo a fondo, y ello nos lleva a la necesidad de generar una dogmática del derecho disciplinario con el fin de darle una especial trascendencia al derecho disciplinario. Yo soy de los que creo que el derecho disciplinario tiene mayor eficacia que el derecho penal, pero que resulta necesaria una reestructuración integral de la justicia en Colombia.

El segundo punto que quiero desarrollar es la necesidad de realizar una interpretación globalizada del derecho partiendo de los cambios del mundo y la integración de todas las legislaciones. Hasta hace pocos años por ejemplo para decir que un abogado era especialista era pertinente el demostrar lo que se sabía sobre el tema en particular, demostrar que no se sabía nada más. Eso cambió y es precisamente esto lo que está permitiendo el abuso del derecho penal por parte de los abogados, porque hay una tendencia de convertir todos los casos en un caso penal.

Es en este punto es donde surge una pregunta muy importante que me voy a permitir plantear a este auditorio. ¿Qué es más importante, fortalecer el régimen disciplinario o fortalecer el régimen penal en Colombia?

La respuesta a este interrogante lleva a posturas muy personales, considero que existe una necesidad de que la Procuraduría subsista, porque he oído en varios foros en lo que tiene que ver con la pretendida reforma de equilibrio de poderes, el deseo de acabar con la Procuraduría bajo el argumento de que es una institución exótica, porque en otros países funcionan instituciones diferentes. Creo que puede ser exótica, puede tener unas funciones especiales, pero lo cierto es que ha funcionado en Colombia, y si ha funcionado ¿Para qué vamos a acabar esta institución? No quiero abordar el tema desde el punto del número de personas que trabajan, planteo el tema desde la necesidad del país, desde la realidad de nuestro país. Por consiguiente lo que creo es que hay que darle más herramientas a la Procuraduría.

El proyecto que va a ser sancionado, a juicio personal resulta bueno, tiene puntos polémicos, y esto es apenas elemental, si las leyes no tuvieran puntos polémicos se acabarían las facultades de derecho. Resulta entonces necesario discutir esos puntos, tenemos que analizarlos y buscar la adecuada aplicación de las normas, no podemos seguir con el criterio de que todo lo resuelve el legislador, para eso está la interpretación que hacen los abogados y los funcionarios.

Se produce una primera reforma, “Equilibrio de Poderes”, yo no veía cómo con esa reforma constitucional se mejoraría la justicia en Colombia, sobre el particular un Senador me dio una respuesta interesantísima: “esto no es una reforma a la justicia, es una reforma de quien tiene más poder y eso no mejora la justicia” si esa reforma se hubiera orientado a la justicia, creo que le faltó incluir unos aspectos importantes, los cuales apenas enunciaré porque lo que nos convoca no tiene como objetivo el hablar sobre la reforma a la justicia, resultaba necesario limitar la Comisión de Acusaciones. Estoy de acuerdo con la creación de un Tribunal de Aforados pero cambiándolo todo, porque si ustedes miran el origen de ese tribunal y la forma como se va a hacer el juzgamiento pueden concluir que va a ser ineficaz, sin embargo estoy de acuerdo de que exista una autoridad que pueda investigar a los Magistrados, a la Fiscalía, etc.

Primer aspecto que desaprovechó el Congreso de la República para hacer una verdadera reforma, es un poco restringida o limitar el derecho penal en Colombia. A mí me parece que estamos abusando del derecho penal, estamos siguiendo patrones de otros países, es necesario un análisis de la delincuencia, un análisis del contexto, porque la delincuencia cambió, pero creo profundamente que las crisis de un país no se pueden resolver con el derecho penal únicamente, hay que buscar unos mecanismos diferentes de solución. En consecuencia, es necesario limitar el derecho penal a casos gravísimos que violen los derechos fundamentales, pero hoy las autoridades penales están congestionadas porque hay un monopolio de la acción penal.

Planteo como solución volver a las contravenciones penales que manejaban autoridades diferentes a los jueces para descongestionar, hay que despenalizar conductas, un abuso de autoridad por ejemplo ¿Por qué no se le deja simplemente al régimen disciplinario? Y con esta decisión se evita el movimiento inútil de todo el aparato judicial. Estamos desaprovechando por consiguiente el factor humano en Colombia. Así las cosas, yo despenalizaría una cantidad de conductas, delitos que como lo digo “no los hemos estrenado”.

En lo personal haría una división con contravenciones, cito el caso de un joven en bicicleta que le tocó una parte preciosa de una mujer, es el proceso más costoso que tuvo el derecho penal... ¿llegar al punto de tener que intervenir la honorable Corte Suprema de Justicia?, indiscutiblemente hay casos menores de borracheras, de problemas de celulares, una cantidad de cosas que pueden dársele un tratamiento diferente y acercar un poco más la justicia al campo y a los problemas cotidianos. Mire por consiguiente cómo se está desperdiciando la actividad de los funcionarios.

Tomen estos últimos problemas gravísimos, de defraudaciones financieras, ¿Qué están haciendo las Superintendencias? trabajos excepcionales, porque investigar no es fácil... logran investigarlo, logran una cantidad considerable de folios y le entregan en cajas a la Fiscalía, y esa entidad tiene que empezar a estudiar esa documentación y volver a validar todas esas pruebas, ¿por qué no se aprovechó esto para dar facultades de acusadores a las Superintendencias? Si alguna de las Superintendencias hace una investigación, preséntese como acusador ante los señores jueces con la colaboración de la Fiscalía y aprovechemos todas esas pruebas o evidencias recaudadas. Eso ha debido hacer una reforma constitucional. Tenemos que evitar la duplicidad de funciones, es un problema delicado, el esfuerzo que hacen los procuradores delegados, los investigadores para un peculado, el esfuerzo que hace la Contraloría, la Fiscalía, con las mismas evidencias condenan los jueces y llega la Procuraduría y lo suspende por 30 días, a eso hay que darle una dinámica diferente.

Hablo de un cambio global o integral de la justicia, en que todas las instituciones se unan, miren sus competencias, y se analice cómo se ponen a operar esas competencias sin duplicidad, con el propósito de darle dinámica a la justicia. Se trata entonces de resolver a través de mecanismos legales entrar a discutir el principio de oportunidad, por ejemplo, si la sanción disciplinaria es importante, para qué seguimos con el proceso penal, hay que necesariamente revisarlo con mucho cuidado. Tienen que determinarse las funciones de cada institución y darle más instrumentos, dar la posibilidad en ciertos casos de corrupción, pueda hacer una investigación y suspender provisionalmente al servidor público sin la necesidad de una medida de aseguramiento. ¿Para qué se le dicta medida de aseguramiento para poderlo suspender? Denle la facultad a la Fiscalía de suspender al funcionario sin necesidad de medida de aseguramiento con requisitos probatorios determinados.

Miren ustedes el problema de la acción de tutela, se invadió el país de tutelas, y en últimas la tutela qué es: es la ineficacia de la administración pública. Aquí considero que se le deben dar a la Procuraduría General de la Nación para que investigue sobre esa ineficacia y que tenga la potestad de proferir medidas cautelares a favor de ese derecho conculcado al ciudadano en virtud de la ineficacia administrativa, debiendo además realizarse la respectiva investigación por el incumplimiento del deber legalmente exigido. Eso es lo que yo reclamo como un cambio integral en el país, debe fortalecerse la Contraloría pero en una función de advertencia o preventiva para que las demás autoridades puedan actuar, ustedes miren el problema del medio ambiente, ¿Cuántas instituciones están protegiendo el medio ambiente? Y se dura mucho tiempo para determinar cuál es la competente para conocer de determinado tema, ello me permite afirmar que estamos perdiendo el factor humano para mejorar la justicia.

Hay que buscar una autonomía y buscar formas para la justicia disciplinaria que permitan cumplir la función disciplinaria, una autonomía como se la dieron a la Defensoría del Pueblo, cosa que me parece afortunado porque se está preparando a la gente, se está impulsando lo que es ser verdaderamente un defensor del pueblo.

¿Basta con hacer la ley y para pretender que se solucionó el problema? Se tiene que mirar la interpretación integral y modificaciones al estudio del derecho. Nosotros los litigantes somos el problema en un 50% porque nosotros dilatamos los procesos; abusamos del derecho; tratamos de ocultar evidencias y olvidamos que la responsabilidad de la justicia es de todos los que ejercemos el derecho; por consiguiente tenemos que revisarlo empezando por cosas elementales, debemos cambiar la mentalidad de lo que es el derecho; yo recuerdo que los que decíamos sabíamos mucho éramos lo que teníamos buena memoria para aprendernos las normas. Esta proliferación de normas está permitiendo leyes contradictorias, además de la proliferación de decisiones de las altas Cortes en diversos sentidos, por eso el problema del intérprete es buscar que jurisprudencia le sirve. Si uno revisa una providencia, tenemos que empezar por reducir esas decisiones contradictorias y aquellas que resultan tan grandes que no hay quien las lea.

La jurisprudencia se volvió la repetición de las cosas y la parte motiva son dos páginas, se citan tratadistas, -rico que lo citen a uno-, dijo la corte, dijo el tratadista... y ¿qué dice usted?, esto nos exige tener una concepción diferente. De lo que es el derecho y de lo que son sus fuentes.

A todos nos enseñaron que la fuente es la ley, apréndase la ley y usted es un maestro, sin embargo eso cambió, hoy tenemos que partir de que la fuente es la Constitución y el Bloque de Constitucionalidad. Hoy por hoy se habla de control de convencionalidad, eso exige una cultura jurídica diferente. ¿Deben prevalecer los tratados internacionales sobre la jurisdicción interna? Miren el problema jurídico con lo del alcalde de Bogotá, no sé hasta donde todos estos convenios puedan sustituir a la Constitución, pero ese es un problema latente. ¿Cómo es posible que se pare una sanción cuando se impuso dentro de un marco constitucional que le da la competencia?, no sé hasta dónde todos estos convenios puedan sustituir la legislación interna de un país, yo lo encuentro discutible. Aquí lo iban a hacer vía reforma constitucional, planteaban que iban a quitar unos apartes de la Constitución para que no se pudieran sancionar disciplinariamente a funcionarios de elección popular, por fortuna eso no pasó, salvo que consideremos que en todos los funcionarios de elección popular, incluyendo los congresistas, existen la transparencia máxima y la ética, si eso es así, quitemos todo el régimen disciplinario.

Además de lo anterior, tenemos que quitar ese fetichismo normativo, porque la ley es para interpretarla, no es simplemente aplicarla, eso le da la dimensión al abogado, tenemos que mirar la parte dogmática de la Constitución que se fundamenta en la dignidad humana, que inicia en valores, principios y derechos, por tanto, es menester mirar la estructura de las normas, hay unas que son simples reglas, pero hay otras que tienen principios y le dan la toda la dimensión al intérprete para poder pensar y crear derecho. Hay que mirar la afectación de los derechos fundamentales, la necesidad, la idoneidad de la afectación, la proporcionalidad, la razonabilidad. Hoy tocar un derecho fundamental implica verdaderos conocimientos generales, universales y globalizados del derecho, estamos enfrentados a los derechos humanos, al derecho internacional humanitario, al derecho de gentes y todo ello lo tenemos que manejar, es precisamente esto lo que exige un aspecto integral de la reforma.

Un tercer y último aspecto es la prevalencia del derecho disciplinario sobre el penal, así como hay que crear una dogmática del derecho disciplinario, tenemos que fortalecer el régimen disciplinario y darle herramientas como la que mencioné, de sustituir mecanismos como la tutela por medidas preventivas en cabeza de la Procuraduría General de la Nación, es decir, que la Procuraduría pueda ordenar lo que el funcionario dejó de cumplir.

Se debe procurar limitar las funciones de contenido penal de aquellas que están en cabeza de la Procuraduría, planteo que cuando hayan actuaciones de contenido penal, no deben mezclarse con aquellas que tienen un contenido disciplinario, por supuesto la Procuraduría puede intervenir en el proceso penal, porque ese es otro fenómeno, pero lo que es disciplinario lo debe manejar exclusivamente la Procuraduría General de la Nación. Con esto estaríamos evitando decisiones duplicadas, contradicciones y enfrentamientos.

Hay que buscar para la Procuraduría mecanismos preventivos eficientes para recuperar el dinero, es que hoy por hoy cuando se produce un hecho llegan diversas autoridades diferentes, situación que no le corresponde al país con una justicia congestionada. Así las cosas, una reforma integral tendría que apuntar a que se unan todas las instituciones para saber cuáles son los límites necesarios de cada una. Debe mirarse como principio de limitación entre lo penal y lo disciplinario que una cosa son los delitos y otra los deberes funcionales de las personas que están vinculadas a la administración pública.

Es aquí donde la Procuraduría General de la Nación debe jugar un papel importantísimo y es por ello que defendiendo integralmente a esta institución. Un mínimo de referencia al nuevo código, le encuentro cosas verdaderamente positivas tanto al texto como al trabajo que hicieron personas expertas, ¿Qué encontraría?, que se está creando una verdadera dogmática del derecho disciplinario. Como lo dije, hay que darle una dimensión que tiene su propia teoría. Hay unos puntos trascendentales; se introduce el principio de especialidad y subsidiaridad, ya los intérpretes van a desarrollar qué es eso y cómo se aplica, se elimina la culpa leve del régimen disciplinario, se realiza una reagrupación temática de las faltas, reagrupación técnica que va a facilitar la lectura del código.

Todo lo anterior demuestra que sí hay una dogmática disciplinaria y unos ejes centrales para manejar el derecho disciplinario. Además de lo expuesto, se propende por una congruencia de la sanción disciplinaria y se trabaja la imputación subjetiva para desarrollar teorías propias. Se establecen sanciones más severas para la corrupción, a mi juicio la mejor forma de combatirla es con inhabilidades de por vida. Elimina la única instancia lo cual logra la coincidencia de la norma con estándares internacionales, se establecen mecanismos que hoy son necesarios, beneficios por aceptación de responsabilidad, es importante porque hoy se están conformando grupos que están violando la función pública. Establecen los límites a las sanciones disciplinarias, hay

dosificaciones afortunadas. Mejoran en esto considerablemente el código y además avanzaron profundamente en el régimen probatorio porque a veces las remisiones integrales a otros estatutos son difíciles.

Hay modificaciones importantes en lo que tiene que ver con el problema de los particulares y notarios sometidos a régimen disciplinario, hay muchos puntos que ameritan ser analizados, menciono estos porque esto nos exige preparación, hay puntos polémicos, pero para eso es la interpretación. El problema de la favorabilidad en el tránsito legislativo; ¿se puede modificar una sentencia? Es un punto que si bien la Corte ha dado unas pautas hay que ahondar en esto. El problema de la oralidad me parece extraordinario y veo que hay un propósito de preparar a los funcionarios, es un éxito si logramos la preparación necesaria, lo cual no es fácil, por cuanto como lo dije anteriormente, requiere un cambio de criterio general.

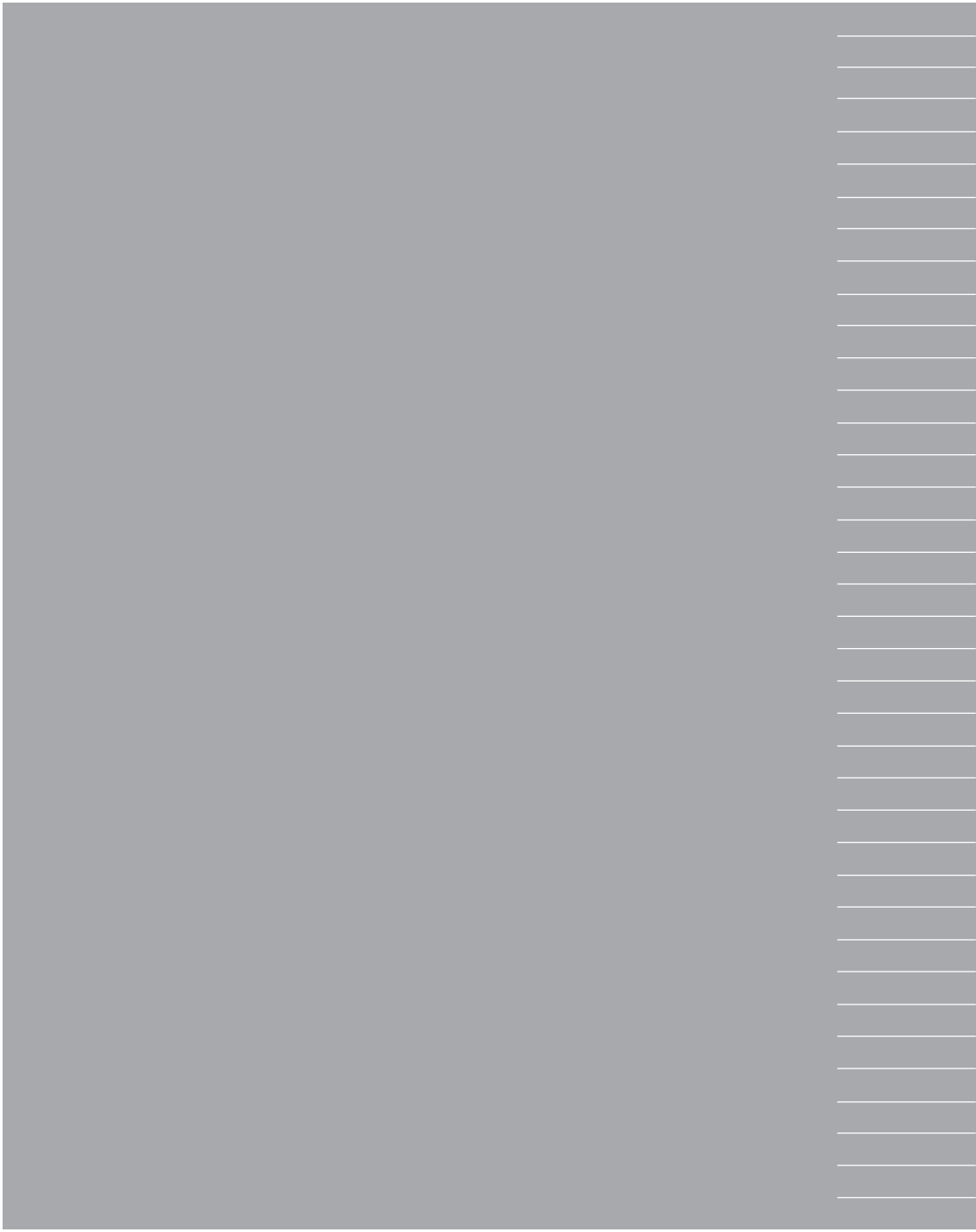
Estamos enseñados a escribir, a transcribir, a copiar jurisprudencia nacional y extranjera, y no a resolver o argumentar sobre la marcha frente a un funcionario, el sistema penal está retrocediendo con fallos que se dictan al año, esto es muy complicado porque el sistema oral exige la permanencia del funcionario, hay una ventaja aquí a pesar del sistema oral que es la permanencia de la prueba, que en materia penal no la tenemos. Hay que buscar unos ajustes para analizar el problema de si se introduce o no el sistema acusatorio, en consecuencia hay que mirar muchas cosas, las cuales se pueden solucionar por vía de interpretación, que es lo que le falta a los abogados.

Indudablemente hay cosas polémicas. El día que se acabe la polémica a los abogados hay que cerrar las universidades; la polémica es necesaria para enriquecer, por ello hay que hacerla seriamente. La interrupción de la prescripción es un tema polémico, la eliminación de la caducidad. Hay un punto bien difícil, la intervención de la víctima o el perjudicado. No es fácil para empezar a definir quién es víctima. Si se logra definir quién es víctima puede remplazarse con medidas cautelares la misma tutela. ¿Hasta dónde hay una claridad en la función administrativa de quién es víctima? Ese va a ser un trabajo del Instituto de Estudios del Ministerio Público, de las Superintendencias extraordinario, porque insisto, hay que darle unas funciones a las Superintendencias como fiscales acusadores.

Hay que mirar la indagación preliminar, allí se habla de la identificación del autor de los hechos, si se deja para la investigación otros aspectos, creo que por interpretación se puede lograr una mayor dinámica del archivo de las diligencias. Se debe definir cuál es la naturaleza en últimas de las

decisiones de la Procuraduría General, si es administrativa, si se van a seguir dejando recursos ante la jurisdicción contenciosa o no, es necesaria una reforma constitucional que le de contenido más de fondo como son las decisiones judiciales, lo cual mejoraría considerablemente el estado de las cosas. Hay que mirar las competencias disciplinarias; hay un problema de competencias porque incluyeron a todos los funcionarios y servidores públicos, lo que conocía el Consejo Superior parcialmente y los controles internos, se lo están entregando a otras entidades. ¿Cómo hacer compatibles los temas de control interno con los de la Procuraduría? Hay que analizar el tema de la justicia disciplinaria de los militares, para definir si ellos dependen del ejecutivo o del judicial.

Es tan rápido como legislan que cuando uno va a una conferencia tiene que tratar de acabar rápido la conferencia porque o si no le cambian todas las leyes. Felicito a la Procuraduría por esta labor y porque es una institución que aprecio, la que considero que debe existir y fortalecerse, ya que está cumpliendo una labor extraordinaria; debe dársele más herramientas para combatir estos problemas de la corrupción, de la ineficacia de la administración pública; felicito a los que hicieron este código, me duele a veces decir que lo que hicimos nos lo están modificando, pero es una necesidad, porque se va a lograr una dogmática verdadera del derecho disciplinario. Se encuentran puntos de controversia muy respetuosos que se irán solucionando en la medida que se vaya mirando esta legislación, sin embargo se debe manifestar unas felicitaciones por la labor desarrollada. Muchas gracias.



EL CÓDIGO GENERAL
DISCIPLINARIO Y SUS
PRINCIPIOS RECTORES
DESDE EL PUNTO
DE VISTA DE LA
TEORÍA DE LA FALTA
DISCIPLINARIA Y DE SU
SANCIÓN

JAIME MEJÍA OSSMAN *

** Procurador Delegado para la Policía Nacional*

Queridos asistentes al 5º Congreso Internacional de Derecho Disciplinario¹:

De manera muy sincera quiero expresarles que el tema que me corresponde compartir con ustedes, en calidad de conferencista, por invitación del doctor **Alejandro Ordóñez Maldonado**, Procurador General de la Nación, y de los doctores **Christian José Mora Padilla**, Director del Instituto de Estudios del Ministerio Público, y **Carlos Humberto García Orrego**, Jefe de Capacitación del mismo Instituto, no se los transmitiré en mi condición de Procurador Delegado para la Policía Nacional, sino como un estudioso y tratadista en esta compleja disciplina.

Antes de referirme al tema de los principios rectores del Código General Disciplinario, debe dar un saludo al doctor **Alejandro Ordóñez Maldonado**, Procurador General de la Nación; al doctor **Christian José Mora Villamizar**, Director del Instituto de Estudios del Ministerio Público, al doctor **Carlos Humberto García Orrego**, Jefe de Capacitación del mismo Instituto y a los funcionarios de esa dirección; al doctor **Jaime Bernal Cuéllar**, ex Procurador General de la Nación; al doctor **Jorge Jiménez Leube**, profesor invitado de la Universidad Alfonso X “El Sabio” de Madrid (España); al doctor **José Joaquín Jerez**, letrado del Consejo de Estado de España y profesor de la Universidad Complutense; al doctor **Camilo Andrés García Gil**, Asesor de la Procuraduría Primera Delegada para la Contratación Estatal; a mi hijo **Juan Manuel Mejía Salazar**, Asesor de la Consejería Presidencial de los Derechos Humanos de la Presidencia de la República, a los funcionarios de la Procuraduría Delegada para la Policía Nacional, a los señores Procuradores Delegados y a sus funcionarios; al señor Procurador Auxiliar y sus funcionarios; a los señores Procuradores Judiciales; a los señores Jefes de las Oficinas de Control Disciplinario Interno y a sus funcionarios; a los señores Personeros; a los abogados litigantes; a los tratadistas del derecho disciplinario; a los invitados especiales de la ciudad de México y al personal logístico que ha hecho posible este evento internacional.

Sea lo primero advertir que en el *Código General Disciplinario* que el Gobierno nacional proyecta sancionar, allí sus **principios rectores** concretan de manera más clara y garantista, un derecho

punitivo o sancionador de **Estado social de derecho** que el contenido en los principios del actual *Código Disciplinario Único* (o Ley 734 de febrero 5 de 2002). Igualmente debo anunciar, que el *Código General Disciplinario* le da nacimiento a **otros principios o normas rectoras que fortalecerán los derechos fundamentales de sus destinatarios**, como los referidos a la “investigación integral” (Artículo 13)², a la “congruencia” (Artículo 20)³ y a la “cláusula de exclusión” (Artículo 21)⁴.

En efecto, en el **proyecto definitivo 195 de 2014 Cámara y 55 de 2014 Senado**, desde mi punto de vista académico, debo comentar que con la estructuración de sus **principios rectores**, con absoluta seguridad, *se eliminó de las Relaciones Especiales de Sujeción* la morigeración, matización, modulación, minimización, menor flexibilidad, menor rigurosidad, menor grado y menor intensidad con las que la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria aplica los principios del derecho penal en el derecho disciplinario⁵, pues dada la jerarquía en que los reconoció impuso en primer lugar el “reconocimiento de la dignidad humana”, como lo hizo la *Constitución Política de 1991* y como lo asimilaron el *Código Penal* (Ley 599 de julio 24 de 2000), los *Códigos de Procedimiento Penal* (Ley 600 de julio 24 de 2000 y la Ley 906 de agosto 31 de 2004) y el *Código Disciplinario del Abogado* (Ley 1123 de enero 22 de 2007). A la par de priorizar el “reconocimiento de la dignidad humana” y destacarlo como el **primer principio rector** del *Código General Disciplinario*, este proyecto de grandes connotaciones “garantistas”, como ya lo había manifestado, contiene una redacción de valiosa guía al **respeto de los derechos fundamentales**, pues ve en el proceso disciplinario como fines “el cumplimiento de los derechos y garantías debidos a las personas que en él intervienen”; la búsqueda de la verdad”; “la efectividad del derecho sustantivo” y “la prevalencia de la justicia”, tal como lo destaca su artículo 11; **enriquece el principio de legalidad** al exigir que “la preexistencia también se predica de las normas complementarias” y que la “labor de **adecuación típica** se someterá a la aplicación de los principios de especialidad y subsidiariedad”⁶, dejando sentado de manera expresa que la **valoración de adecuación típica** tiene como exigencia que ella se verifique respecto de los “**comportamientos que estén descritos como falta en la ley vigente al momento de su realización**”, es decir sobre las conductas típicas que deben indicar en qué consiste la falta con el análisis de los sujetos, objetos (jurídico y material), el núcleo rector del tipo o verbo rector, los ingredientes normativos y subjetivos y con las circunstancias de tiempo, modo y lugar, así como que dicho análisis debe versar sobre

conductas o comportamientos que solo el legislador haya señalado tanto en el tipo principal como en sus tipos complementarios o de reenvío y que comporten faltas disciplinarias ante todo. En síntesis este principio *impone una barrera de grandes dimensiones a la aplicación de la teoría de los numerus apertus*⁷, pues no es el fallador en que determina si una conducta es dolosa o culposa sino el legislador quien la describe, máxime que en los artículos 47 y 48 del proyecto⁸ desaparecen las redacciones que actualmente se encuentran contenidas en los artículos 43 (9) y 44 (2) del *Código Disciplinario Único* que determinan:

Artículo 43 (9). Ley 734/02: “...9. La realización típica de una falta objetivamente gravísima cometida con culpa grave será considerada falta grave.

Artículo 44 (2). Ley 734/02: “...2. Suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial para las faltas graves dolosas o gravísimas culposas.

De la misma manera el “principio de legalidad”, en la forma como se redactó, descarta la polémica que se había trazado con relación a la negación del “principio de tipicidad” en materia disciplinaria, ya que al incluir los ingredientes normativos propios de esta norma rectora en materia penal, no queda duda de su existencia en el *Código General Disciplinario*⁹ y por ende la jurisprudencia trazada desde el primer *Código Disciplinario Único de julio 28 de 1995* le es perfectamente aplicable, tal como lo muestra la *Corte Constitucional* en algunos textos seleccionados de contadas sentencias que a continuación se transcriben:

Sentencia C-417 de 1993 (José Gregorio Hernández Galindo):

“...La Corte, en varias oportunidades ha reconocido que la tipicidad es un principio rector en materia disciplinaria. ...”. (las negrillas y el subrayado fuera del texto).

Sentencias: C-127 de 1993 (Alejandro Martínez Caballero); C-280 de 1995 (Alejandro Martínez Caballero); C-310 de 1997 (Carlos Gaviria Díaz); C-769 de diciembre 10 de 1998 (Antonio Barrera Carbonell):

‘... También ha dicho que ‘uno de los principios esenciales en materia sancionatoria es el de la tipicidad, según el cual las faltas disciplinarias no sólo deben estar descritas en norma previa sino que, además, la sanción debe estar pre-determinada’. Dicho principio está consagrado en nuestra Constitución como

parte integrante del debido proceso, pues al tenor del artículo 29 de la Constitución, ‘nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa’. ...”. (las negrillas y el subrayado fuera del texto).

Sentencia C-498 de 2002 (Álvaro Tafur Galvis) y Sentencia C-708 de 1999 (Álvaro Tafur Galvis):

“...La concordancia que un régimen disciplinario pueda tener con ese mandato constitucional, en lo que a la determinación de las faltas disciplinarias se refiere, requiere dar cabida a los principios propios de los regímenes sancionatorios en lo relacionado con la valoración de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. ...”. (las negrillas y lo subrayado fuera de texto).

Sentencia C-530 de 2003 (Eduardo Montenegro Lynnet):

“... 3.4.2.2 De conformidad con el principio penal de tipicidad que desarrolla el principio fundamental ‘nullum crimen, nulla poena sine lege’, y que cabe extender a la disposición mediante la cual se establecen las infracciones y las sanciones disciplinarias correspondientes, aquella debe describir clara, expresa e inequívocamente las conductas que pueden ser sancionadas y el contenido material de las sanciones, así como la correlación entre unas y otras...”.

“... El principio de tipicidad exige la delimitación concreta de las conductas reprochables a efectos de su sanción. De conformidad con esta garantía del debido proceso disciplinario, la norma creadora de las infracciones y de las sanciones, debe describir clara, expresa e inequívocamente las conductas que pueden ser sancionadas, el contenido material de las infracciones.... La abstracta descripción de la conducta que tipifica el legislador como falta disciplinaria, con su correspondiente sanción, debe ser de tal claridad que permita que su destinatario conozca exactamente la conducta punitiva; ...”. (las negrillas y lo subrayado fuera del texto”).

Sentencia C-530 de 2003 (Eduardo Montealegre Lynett):

“... Adicional a los principios de legalidad y reserva de ley, en el derecho administrativo sancionador, y en concreto, en el derecho disciplinario, de igual manera resulta exigible el principio de tipicidad. De conformidad con esta garantía del debido proceso disciplinario, en materia administrativa, la norma creadora de las infracciones y de las sanciones, debe describir clara, expresa e inequívocamente las conductas que pueden ser sancionadas y el contenido material de las infracciones, así como la correlación entre unas y otras.

En esta medida, la Corte ha admitido que mediante el principio de tipicidad se desarrolla el principio fundamental ‘nullum crimen, nulla poena sine lege’, es decir, la abstracta descripción que tipifica el legislador con su correspondiente sanción, debe ser de tal claridad que permita que su destinatario conozca exactamente la conducta punitiva; en principio se debe evitar pues la indeterminación para no caer en una decisión subjetiva y arbitraria”. (las negrillas y lo subrayado fuera del texto).

Sentencia C-014 de 2004 (Jaime Córdoba Triviño)

“... Así, el derecho disciplinario es uno de los ámbitos del derecho sancionador del Estado cuyo ejercicio no compromete la libertad personal de los sujetos disciplinados; que tiene un espacio de aplicación restringido en cuanto tan sólo recae sobre quienes se hallan bajo el efecto vinculante de deberes especiales de sujeción; que formula una imputación que se basa en la infracción de deberes funcionales y en el que se aplican los principios que regulan el derecho sancionador como los de legalidad, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, responsabilidad, proporcionalidad y non bis in ídem, entre otros, opero, desde luego, con las matizaciones impuestas por su específica naturaleza...”. (Ver la Sentencia C-252 de 2003 M.P. Jaime Córdoba Triviño). (las negrillas y lo subrayado fuera del texto).

Sentencia C-406 de 2004 (Clara Inés Vargas Hernández).

“... Cabe recordar entonces, que el principio de legalidad está integrado a su vez por el principio de reserva legal y por el principio de tipicidad, que por supuesto guardan entre sí una estrecha relación. Por lo tanto, sólo el legislador está constitucionalmente autorizado para consagrar conductas infractoras de carácter delictivo, contravencional o correccional, establecer penas restrictivas de la libertad o sanciones de carácter administrativo o disciplinario, y fijar los procedimientos penales o administrativos que han de seguirse para efectos de su imposición. De acuerdo con el segundo, el legislador está obligado a describir la conducta o comportamiento que se considera ilegal o ilícito, en la forma más clara y precisa posible, de modo que no quede duda alguna sobre el acto, el hecho, la omisión o la prohibición que da lugar a sanción de carácter penal o disciplinario. Igualmente, debe predeterminar la sanción indicando todos aquellos aspectos relativos a ella, esto es, la clase, el término, la cuantía, o el mínimo y el máximo dentro del cual ella puede fijarse, la autoridad competente para imponerla y el procedimiento que ha de seguirse para su imposición...”

Ver la Sentencia C-921 de 2001 con ponencia de Jaime Araujo Rentería). (las negrillas y el subrayado fuera del texto).

Sentencia C-431 de mayo 6 de 2004 (Marco Gerardo Monroy Cabra). Para que no nos confundamos, sobre LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS EN EL DERECHO DISCIPLINARIO CON “MENOR RIGUROSIDAD”:

“...Y aunque en el derecho administrativo sancionador, y dentro de él el disciplinario, los principios de tipicidad y legalidad no tengan la misma rigurosidad exigible en materia penal (Esta menor rigurosidad se manifiesta, por ejemplo, en que en el derecho administrativo sancionador se admiten los tipos penales ‘en blanco’ o no autónomos, en donde la tipicidad se obtiene de la lectura de varias normas que deben ser leídas sistemáticamente para establecer exactamente en qué consiste la conducta proscrita), aun así el comportamiento sancionable debe ser determinable inequívocamente, como también la sanción correspondiente, como única manera de asegurar el derecho al debido proceso a que alude el artículo 29 superior. ...”. (las negrillas y lo subrayado fuera de texto).

Sentencia C-796 de 2004 (Rodrigo Escobar Gil); Sentencia C-507 de 2006 (Álvaro Tafur Galvis):

“... En ese orden de ideas la Corte ha precisado que aunque el principio de tipicidad forme parte de las garantías estructurales del debido proceso en los procedimientos disciplinarios (‘La aplicabilidad del principio de tipicidad en el campo disciplinario ha sido reconocida en reiteradas oportunidades por la Corte; así, por ejemplo, en la sentencia C-404 de 2001 M.P. se señaló que ‘dentro de los principios que rigen el derecho disciplinario, está sin duda el de la tipicidad, que exige que la conducta del servidor público que la ley erige como falta sea previamente definida por el legislador, así como la sanción correspondiente’) no es exigible en dicho campo el mismo grado de rigurosidad que se predica en materia penal. ...”. (las negrillas y l subrayado fuera de texto).

Sentencia T-1093 de 2004 (Manuel José Cepeda Espinosa):

“...En el ámbito del derecho disciplinario tienen aplicación, en lo pertinente, las garantías constitucionales propias del proceso penal, por tratarse de una manifestación administrativa del poder sancionador del Estado; entre ellas el principio de tipicidad, que constituye una manifestación del principio constitucional de legalidad...”. (las negrillas y lo subrayado fuera de texto).

Sentencia C-818 de 2005 (Rodrigo Escobar Gil).

“... En todo caso, como previamente se dijo, aunque el principio de tipicidad forme parte de las garantías estructurales del debido proceso en los procedimientos disciplinarios, no es demandable en dicho campo el mismo grado de rigurosidad que se exige en materia penal. En efecto, como ya se señaló, la naturaleza de las conductas reprimidas, los bienes jurídicos involucrados, la teleología de las facultades sancionatorias, los sujetos disciplinables y los efectos jurídicos que se producen frente a la comunidad, hacen que la tipicidad en materia disciplinaria admita – en principio – cierta flexibilidad...”. (las negrillas y lo subrayado fuera de texto).

Sentencia C-720 de 2006 (Clara Inés Vargas Hernández).

“...Para la Corte no cabe duda alguna que en el ámbito disciplinario los principios de legalidad y tipicidad actúan con menor rigurosidad que en el derecho penal delictivo, pues se admiten bajo determinadas condiciones el uso de tipos abiertos y de conceptos jurídicos indeterminados, a la vez que se le atribuye al juzgador disciplinario una mayor amplitud para adelantar el proceso de adecuación típica de las conductas reprochables. Sin embargo, en aras de preservar el principio de reserva de ley, esta Corporación ha sostenido que es para el legislador un imperativo constitucional fijar en la ley disciplinaria, como mínimo, (i) los presupuestos básicos de la conducta típica que será sancionada, (ii) las remisiones normativas o los elementos determinables cuando se haya previsto un tipo en blanco o un concepto jurídico indeterminado, (iii) los criterios por medio de los cuales se puede precisar con claridad y exactitud la conducta, (iv) las sanciones y las pautas mínimas que permitan su imposición y (v) los procedimientos que se adelanten para garantizar que su establecimiento se hará conforme a las exigencias mínimas del debido proceso...”. (Tomado de la Sentencia C-818 de 2005. M.P. Rodrigo Escobar Gil). (las negrillas y lo subrayado fuera de texto).

Sentencia C-097 de 2007 (Clara Inés Vargas Hernández)

“... Así en el derecho disciplinario la regla general es que la tipicidad de sus infracciones se regula ‘por la lectura sistemática de la norma que establece la función, la orden o la prohibición y de aquella otra que de manera genérica prescribe que el incumplimiento de tales funciones, órdenes o prohibiciones constituye una infracción disciplinaria’. Esa posibilidad de entrar a definir la tipicidad de la conducta por medio de normas complementarias, comporta un método legislativo conocido por la doctrina y la jurisprudencia como el de las

normas o tipos en blanco, que como se dijo, consiste ‘en descripciones incompletas de las conductas sancionadas, o en disposiciones que no prevén la sanción correspondiente, pero que en todo caso pueden ser complementadas por otras normas a las cuales remiten las primeras’. ...”. (ver: Sentencias C-599 de 1999 . M.P. Alejandro Martínez Caballero y C-404 de 2001. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra). Las negrillas y lo subrayado fuera del texto).

Sentencia C-030 de 2012 (Luis Ernesto Vargas Silva)

“... 5.4 Adicionalmente, en el derecho disciplinario resulta exigible el *principio de tipicidad*, el cual hace parte igualmente de la garantía del debido proceso disciplinario. De acuerdo con este principio, “*la norma creadora de las infracciones y de las sanciones, debe describir clara, expresa e inequívocamente las conductas que pueden ser sancionadas y el contenido material de las infracciones, así como la correlación entre unas y otras*”.¹⁰

En relación con este principio, la jurisprudencia constitucional ha precisado que hace parte esencial del principio ‘*nullum crimen, nulla poena sine lege*’, de manera que se exige que “*la abstracta descripción que tipifica el legislador con su correspondiente sanción, debe ser de tal claridad que permita que su destinatario conozca exactamente la conducta punitiva; en principio se debe evitar pues la indeterminación para no caer en una decisión subjetiva y arbitraria*”¹¹. Así mismo, ha expresado que con base en este principio “*el legislador no solo está obligado a describir las conductas que califica como hechos punibles o infracciones disciplinarias, sino además a hacerlo de forma completa, clara e inequívoca, de manera que permita a sus destinatarios tener certidumbre o certeza sobre los comportamientos ilícitos, es decir, de saber con exactitud hasta donde llega la protección jurídica de sus propios actos o actuaciones.*”¹²

De otra parte, la jurisprudencia de esta Corte ha sostenido que el principio de tipicidad se compone de dos aspectos, (i) que “*exista una ley previa que determine la conducta objeto de sanción*” y (ii) “*la precisión que se emplee en ésta para determinar la conducta o hecho objeto de reproche y la sanción que ha de imponerse*”.¹³ Este último aspecto, se encuentra orientado a reducir al máximo la facultad discrecional de la administración en el ejercicio del poder sancionatorio que le es propio. ...¹⁴. (las negrillas y el subrayado fuera de texto).

Igualmente el *Código General Disciplinario* con su artículo 6º, enriquece el “**principio de proporcionalidad**” contenido en el artículo 18 del

Código Disciplinario Único al agregarle a su redacción la “razonabilidad de la sanción disciplinaria”, lo cual, a parte de estar a tono con nuestro “Estado social, constitucional y democrático de Derecho” (Artículo 1º C.P.); con el “reconocimiento de la dignidad humana” (Artículo 1º)¹⁵, con el ya visto “principio de legalidad” (Artículo 4º); con su deducido “principio de tipicidad”¹⁶; con el “principio de ilicitud sustancial” (Artículo 9º)¹⁷; con el “principio de culpabilidad” (Artículo 10)¹⁸; con el “principio de la motivación” (Artículo 19)¹⁹; con el “principio de los fines del proceso disciplinario” (Artículo 11)²⁰ y con el “principio de la prevalencia de los principios rectores e integración normativa” (Artículo 22)²¹, la “razonabilidad de la sanción disciplinaria” vuelve más estricto el “principio de la proporcionalidad” del actual Código Disciplinario Único en relación con la aplicación de la medida punitiva disciplinaria y esta “razonabilidad”, por supuesto, convierte a la “sanción disciplinaria” en un instrumento del “deber ser” para el cumplimiento de sus fines (en especial “la prevalencia de la justicia” y “los derechos y garantías debidos a las personas que intervienen en el proceso), de ahí que las sanciones deberán “motivarse” con relación a las “cargas punitivas a imponer”, toda vez que los criterios que se fijan en el artículo 50 del *Código General Disciplinario* se convierten en un imperativo legal de interpretación y aplicación en estrictos marcos de “razonabilidad” desde la óptica de su “atenuación” o “agravación”, tal como los concibió el legislador y como lo viene pregonando nuestra amplia jurisprudencia de la *Corte Constitucional*²².

Hoy esta mecánica protectora de los principios del “reconocimiento de la dignidad humana”, de la “legalidad”, en cuanto a tipicidad de la falta y de la sanción, de los “fines del proceso disciplinario” y de la “prevalencia de los principios rectores e integración normativa”, por fortuna aparece en un momento muy oportuno para que lo *Contencioso Administrativo* no se vea abocado a nulitar las sanciones disciplinarias por “desproporción” en la “calificación de la falta”, en la valoración de la “ilicitud sustancial” y de la “culpabilidad”, así como por el olvido de su “motivación” y por el exceso en la “imposición de la sanción”. Es en síntesis el principio de “proporcionalidad y razonabilidad de la sanción disciplinaria”, un límite a la desmedida potestad punitiva, tanto en exceso como en defecto²³; una protección a la seguridad jurídica de sus destinatarios; un control de Estado social de derecho y además una orientación para que la rama jurisdiccional del Estado tenga bien presente que este importantísimo principio del derecho

disciplinario una vez aplicado por la autoridad competente en lo que a la sanción se refiere, no debe ser objeto de sustituciones como ha acontecido.

De la misma manera el “**principio de la ilicitud sustancial**”²⁴ que reposa en el artículo 9° del *Código General Disciplinario* permite “**desarticular la responsabilidad objetiva**” del campo disciplinario; responsabilidad, que como es de público conocimiento, algunos doctrinantes conservan en sus recomendaciones académicas para que los “**operadores disciplinarios**” la apliquen y la mantengan con distanciamiento de los “**jueces disciplinarios**” que sí tienen la misión de razonar y proscribirla en todas sus dimensiones. Este principio al contrastarlo con el “**principio de culpabilidad**” de que trata el artículo 10²⁵ del proyecto de *Código General Disciplinario* y sus artículos 28²⁶ y 29²⁷, nos lleva de manera muy contundente y “reiterativa” a una “**responsabilidad subjetiva**”, amén que en la forma como se redactó el principio de la “**ilicitud sustancial**”, garantiza que la “**afectación de los deberes funcionales**” se traduzca en la “**contrariedad ‘sustancial’ de los principios de la función pública**”, lo cual repercute en la total proscripción de la **responsabilidad objetiva**. Esa afectación se clarifica en el contenido del artículo 5° del *Código General Disciplinario* cuando dice:

Artículo 5°. Fines de la sanción disciplinaria. La sanción disciplinaria tiene finalidad preventiva y correctiva, para garantizar la efectividad de los principios y fines previstos en la Constitución, la ley y los tratados internacionales, que se deben observar en el ejercicio de la función pública. (las negrillas y el subrayado fuera de texto).

Y se clarifica aún más cuando se desarrolla el artículo 5°, así:

¿Cómo se “**garantiza**” la efectividad de los principios y fines previstos en la Constitución, la ley y los tratados internacionales? O mejor ¿cómo se “**afecta**” o “**contraría**” la efectividad de los principios y fines que regulan la función pública en la Constitución Política, en la ley y los tratados internacionales en la forma como lo dispone el segundo inciso del artículo 9° del *Código General Disciplinario*?

Es indudable que se refiere a la vulneración de los contemplados en la Constitución, en la Ley y en los **tratados internacionales**²⁸, así:

En la Constitución Política de julio 6 de 1991:

Función administrativa

Artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los **FINES DEL ESTADO**. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.

Fines del Estado.

Artículo 2. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la EFECTIVIDAD DE LOS PRINCIPIOS, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

LAS AUTORIDADES DE LA REPÚBLICA ESTÁN INSTITUIDAS PARA PROTEGER A TODAS LAS PERSONAS RESIDENTES EN COLOMBIA, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, Y PARA ASEGURAR EL CUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES SOCIALES DEL ESTADO y de los particulares.

En la Ley:

* Art. 3º Código Contencioso Administrativo- Decreto 01 de enero 2 de 1984 – hasta el 2 de julio de 2012-, pues el Art. 308 de la L. 1437 de enero 18 de 2011 – Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -, así lo dispuso y además señaló:

“Este Código sólo se aplicará a los procedimientos y las actuaciones administrativas que se inicien, así como a las demandas y procesos que se instauran con posterioridad a la entrada en vigencia.

Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior”.):

* “Artículo 3° Código Contencioso Administrativo - Decreto 01 de enero 2 de 1984 - Las actuaciones administrativas se desarrollarán con arreglo a los principios de ECONOMÍA, celeridad, eficacia, imparcialidad, publicidad y contradicción y, en general, conforme a las normas de esta parte primera...”

En la Ley 489 de diciembre 29 de 1998 – Normas sobre organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional -.

“Artículo 3°. Ley 489 de 1998. Principios (y finalidades – Capítulo II) de la función administrativa. La función administrativa se desarrollará conforme a los principios constitucionales, en particular los atinentes a la buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia. Los principios anteriores se aplicarán, igualmente, en la prestación de servicios público, en cuanto fueren compatibles con su naturaleza y régimen.

Parágrafo. Los principios de la función administrativa deberán ser tenidos en cuenta por los órganos de control y el Departamento Nacional de Planeación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 343 de la Constitución Política, al evaluar el desempeño de las entidades y organismos administrativos y al juzgar la realidad de la conducta de los servidores públicos en el cumplimiento de sus deberes constitucionales, legales o reglamentarios, garantizando en todo momento que prime el interés colectivo sobre el particular”.

* En la Ley 80 de octubre 28 de 1993 – Estatuto General de Contratación de la Administración Pública -.

Artículos 23 a 26.

“Artículo 23. De los principios en las actuaciones contractuales de las entidades estatales. Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores público, las reglas de interpretación

de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo”.

Artículo 24. Del principio de transparencia.

Artículo 25. Del principio de economía.

Artículo 26. Del principio de responsabilidad.

** En la Ley 1437 de enero 18 de 2011 – Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -.*

Artículo 3°. Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales.

Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad.

1. En virtud del principio del debido proceso, las actuaciones administrativas se adelantarán de conformidad con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y la ley, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción.

En materia administrativa sancionatoria, se observarán adicionalmente los principios de legalidad de las faltas y de las sanciones, de presunción de inocencia, de no reformatio in pejus y non bis in idem. 13.”.

Así mismo del “principio de culpabilidad” debemos decir que además de clarificar la responsabilidad subjetiva, aparece por primera vez en materia disciplinaria en cuyo parágrafo del artículo 29 del Código General Disciplinario²⁹ aleja la teoría de los *numerus apertus* de las faltas establecidas en los artículos 53 y siguientes del proyecto definitivo, y lo condiciona “en apariencia” solo para la aplicación de los artículos 65 (delitos)³⁰ y parágrafo primero de los artículos 72 (particulares) 31 y 77 (notarios)³² de la

codificación que espera la sanción, pues el artículo 4733 no contiene los numerales 9 y 2 de los artículos 43 y 4434 del actual *Código Disciplinario Único*, que permite convertir una falta gravísima dolosa cometida con culpa grave o en forma culposa: en grave .

Recuérdese que la *Corte Constitucional* fue quien dijo que fue el legislador quien señaló que las **conductas dolosas se pueden transformar en culposas** y así mismo que le corresponde al **“fallador” transformarlas**, salvo aquellas que contengan **ingredientes subjetivos** (ejemplo: con el fin, con el ánimo, con la intención, para, de buena fe, etc.), haciendo referencia a los numerales 9 y 2 de los artículos 43 y 44 del *Código Disciplinario Único*, numerales que desaparecieron del *Código General Disciplinario*, razón por la cual esa **“manifestación del legislador”**, quedó **por fuera** del ordenamiento disciplinario para las **faltas gravísimas** distintas a aquellas que correspondan a tipicidades objetivas de la ley penal a título de dolo.

Finalmente y desde el punto de vista académico, debo decir que el **“dolo”** no debe haberse regulado en el *Código General Disciplinario* como el **“componente subjetivo de mayor gravedad que la “culpa gravísima”**, toda vez que al derecho disciplinario debe preocuparle el **“desconocimiento y la desatención de la función encomendada”**, por ser la **afectación al deber funcional o la contrariedad de los principios y fines de la función pública**, contenidos en la *Constitución Política*, en la *Ley* y en los *tratados internacionales*, lo que se debe destacar en una codificación propia para los destinatarios de la ley disciplinaria. Igualmente les comento que quedo con una gran preocupación al haberse definido dentro del **“dolo”**, como uno de sus elementos el del **“conocimiento de la ilicitud”**, puesto que a la vez ese **“conocimiento de la ilicitud”**, es un **“criterio agravante de la sanción”**, conforme al artículo 50 ídem, lo que coloca a **todos los comportamientos “dolosos”** en conductas que nacieron **“agravadas”** y por tanto la sanción disciplinaria siempre estará provista de esta **“graduación”**.

Mil gracias por haberme escuchado pacientemente y recuerden siempre:

Nos encontramos en un Estado social, constitucional y democrático de derecho. Por ello actuemos de conformidad, con justicia y con respeto por la dignidad humana. Demos, por consiguiente, a cada cual lo que le corresponde en equidad.

Referencias

- 1 Que se celebra este día (jueves, julio 9 de 2015), en las instalaciones del Hotel “Radisson” de la ciudad de Bogotá D.C..
- 2 El artículo 13 del Código General Disciplinario, señala: “Artículo 13. Investigación integral. Las autoridades disciplinarias tienen la obligación de investigar con igual rigor los hechos y circunstancias que demuestren la existencia de falta disciplinaria y la responsabilidad del investigado y los que tiendan a demostrar su inexistencia o lo eximan de responsabilidad”.
- 3 El artículo 20 del Código General Disciplinario, expresa: “Artículo 20. Congruencia. El disciplinado no podrá ser declarado responsable por hechos ni faltas disciplinarias que no consten en el auto de citación a audiencia y formulación de cargos, sin perjuicio de la posibilidad de su variación”.
- 4 El artículo 21 del Código General Disciplinario, dice: “Artículo 21. Cláusula de exclusión. Toda prueba obtenida con violación de los derechos y garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal.
Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas o las que solo puedan explicarse en razón de su existencia. Se deben considerar, al respecto, las siguientes excepciones: la fuente independiente, el vínculo atenuado, el descubrimiento inevitable y los demás que establezca la ley”.
- 5 En otra ponencia con ocasión del 3er Congreso Internacional de Derecho Disciplinario allí exprese:
“... es pertinente señalar que esta teoría se elaboró para dar cabida a la autonomía del derecho disciplinario, soportada en las relaciones especiales de sujeción, a través de las cuales la doctrina y la dogmática de algunos tratadistas introdujo la posibilidad de morigerar, matizar, modular, flexibilizar y de aplicar con menor rigurosidad, grado e intensidad los principios del derecho penal al derecho disciplinario, con desconocimiento total del Estado social de derecho, de la dignidad humana y del debido proceso, toda vez que como lo diremos insistentemente de la mano del artículo 29 de la Carta Política: “el debido proceso se aplica a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”, en donde ese debido proceso se aplica por igual en el derecho penal y en el derecho administrativo, y dentro de él “el disciplinario” salvo, como lo reconocemos, cuando la ley misma impone las limitaciones autorizadas por el artículo 16 ídem, que a la letra señala:
“Artículo 16 Constitución Política.: “Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico”.
De la disposición trascrita se desprende que es la ley (la ley del legislador) la que puede limitar los derechos fundamentales atendiendo al orden jurídico establecido, precedente constitucional que se redactó en la Sentencia C-252 de 2003, en donde con ponencia de JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO se dijo:
“... el fundamento de la imputación disciplinaria está determinada por la infracción de los deberes funcionales del servidor público, habida cuenta de que solo tal concepción del ilícito disciplinario resulta consecuente con los límites que el constituyente configuró para la cláusula general de libertad consagrada en el artículo 16 de la Carta y con las particularidades que la facultad sancionadora del Estado asume en el derecho disciplinario...”.
Ejemplos: El servidor público no puede utilizar el cargo para participar en las actividades de los partidos y movimientos políticos y en las controversias políticas (Art. 48 numeral 39 de la Ley 734 de 2002); no puede ejercer el derecho a la libertad de locomoción por fuera de la actividad laboral cuando no se le ha concedido permiso; a los servidores públicos, se les

limitan las garantías, entre otros, en los siguientes casos: en la huelga en los servicios públicos esenciales definidos por el legislador (Art. 56 C.P. de 1991); en el trabajo a título particular, relacionado con 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 o permitir que ello ocurra; ejercer la docencia, dentro de la jornada laboral, por un número de horas superior al legalmente permitido (Art. 35, numerales 22 y 27 de la Ley 734 de 2002) o ejercer simultáneamente más de un empleo público o recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley (Art. 35, numeral 14 de la Ley 734 de 2002).

En el derecho a la expresión, cuando se le prohíbe proporcionar noticias o informes sobre asuntos de la administración, cuando no esté facultado para hacerlo (Art. 35, numeral 34 de la Ley 734 de 2002); en lo sindical, no gozan del derecho de asociación sindical los miembros de la fuerza pública (Art. 39 C.P. de 1991); a la propiedad privada, para adquirir, por sí o por interpuesta persona bienes que se vendan por su gestión o influir para que otros los adquieran, salvo las excepciones legales (Art. 35, numeral 33 de la Ley 734 de 2002) y residencia, en donde se le limita a circular libremente por el territorio nacional, a entrar y salir de él, y a permanecer o residenciarse en Colombia (Art. 24 C.P. de 1991).

6 Es decir que primero se debe hacer un proceso de tipificación de las conductas disciplinarias y sólo en el caso en que no se encuentren redactadas, por mandato del artículo 65 del Código General Disciplinario, en virtud de estos principios de “especialidad y subsidiariedad” habrá que remitirse a la “ley penal”, cuyas tipicidades objetivamente “dolosas”, se incorporarán como falta gravísima en el derecho disciplinario.

7 Y digo que el principio de legalidad impone una “barrera” a la teoría de los *numerus apertus* en razón a que en lo único que “pareciera permitirlo”, pero que aun así se contradice el principio de legalidad es cuando en los artículos 29 (parágrafo) y 72 (parágrafo 1º) señalan:

“Artículo 29. ... Parágrafo: Las faltas señaladas en el artículo 65 de este Código podrán ser sancionadas a título de culpa, siempre y cuando la modalidad del comportamiento así lo permita” (las negrillas fuera de texto).

“Artículo 72 ... Parágrafo 1º: Las faltas gravísimas (del Régimen de Particulares) sólo son sancionables a título de dolo o culpa”. (las negrillas fuera de texto).

“Artículo 77... Parágrafo: Las faltas gravísimas (del Régimen de los Notarios) sólo son sancionables a título de dolo o culpa”. (las negrillas fuera de texto).

8 Se puede confrontar con la redacción de los artículos 47 y 48 del texto definitivo del proyecto del Código General Disciplinario, al expresar:

“Artículo 47. Criterios para determinar la gravedad o levedad de la falta disciplinaria. Las faltas gravísimas están taxativamente señaladas en la ley. Se determinará si la falta es grave o leve de conformidad con los siguientes criterios:

1. La naturaleza esencial del servicio.
2. El grado de perturbación del servicio.
3. La jerarquía y mando que el servidor público tenga en la respectiva institución.
4. La trascendencia social de la falta o el perjuicio causado.
5. Las modalidades y circunstancias en que se cometió la falta, que se apreciarán teniendo en cuenta el cuidado empleado en su preparación, el nivel de aprovechamiento de la confianza depositada en el investigado o de la que se derive de la naturaleza del cargo o función, el grado de participación en la comisión de la falta, si fue inducido por un superior a cometerla, o si la cometió en estado de ofuscación originado en circunstancias o condiciones de difícil prevención y gravedad extrema, debidamente comprobadas.

6. Los motivos determinantes del comportamiento.
7. Cuando la falta se realice con la intervención de varias personas, sean particulares o servidores públicos”.

Artículo 48. Clases y límites de las sanciones disciplinarias. El servidor público está sometido a las siguientes sanciones:

1. Destitución e inhabilidad general de diez (10) a veinte (20) años para las faltas gravísimas dolosas.
2. Destitución e inhabilidad general de cinco (5) a diez (10) años para las faltas gravísimas realizadas con culpa gravísima.
3. Suspensión en el ejercicio del cargo de tres (3) meses a cuarenta y ocho (48) meses e inhabilidad especial hasta por el mismo término para las faltas gravísimas realizadas con culpa grave.
4. Suspensión en el ejercicio del cargo de tres (3) a veinticuatro (24) meses e inhabilidad especial hasta por el mismo término para las faltas graves dolosas.
5. Suspensión en el ejercicio del cargo de uno (1) a dieciocho (18) meses para las faltas graves culposas.
6. Multa de veinte (20) a noventa (90) días de salario básico devengado para la época de los hechos para las faltas leves dolosas.
7. Multa de cinco (5) a veinte (20) días de salario básico devengado para la época de los hechos para las faltas leves culposas.

Parágrafo. Conversión de la suspensión. En el evento en que el disciplinado haya cesado en sus funciones para el momento de la ejecutoria del fallo o durante su ejecución, cuando no fuere posible ejecutar la sanción, se convertirá el término de suspensión o el que faltare, según el caso, en salarios de acuerdo al monto de lo devengado para el momento de la comisión de la falta, sin perjuicio de la inhabilidad especial”.

- 9 En efecto, los artículos 4, 65 y 72 (11) señalan:

Artículo 4°. Legalidad. Los destinatarios de este código solo serán investigados y sancionados disciplinariamente por comportamientos que estén descritos como falta en la ley vigente al momento de su realización. La preexistencia también se predica de las normas complementarias. La labor de adecuación típica se someterá a la aplicación de los principios de especialidad y subsidiariedad.

Artículo 65. Faltas que coinciden con descripciones típicas de la ley penal. Cuando la conducta no pueda adecuarse a ninguna de las anteriores faltas, en virtud de los principios de especialidad y subsidiariedad, constituirá falta gravísima realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando de él.

Artículo 72. Sujetos y faltas gravísimas. Los sujetos disciplinables por este título solo responderán de las faltas gravísimas aquí descritas; son faltas gravísimas las siguientes conductas:
(...)

11. Cuando la conducta no pueda adecuarse a ninguna de las anteriores faltas, en virtud de los principios de especialidad y subsidiariedad, constituirá falta gravísima realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando de él.

- 10 *Ibidem*.

11 Sentencia C-530 de 2003. M.P. Eduardo Montealegre Lynett, reiterado en Sentencia C-818 de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

12 Sentencia C-796 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

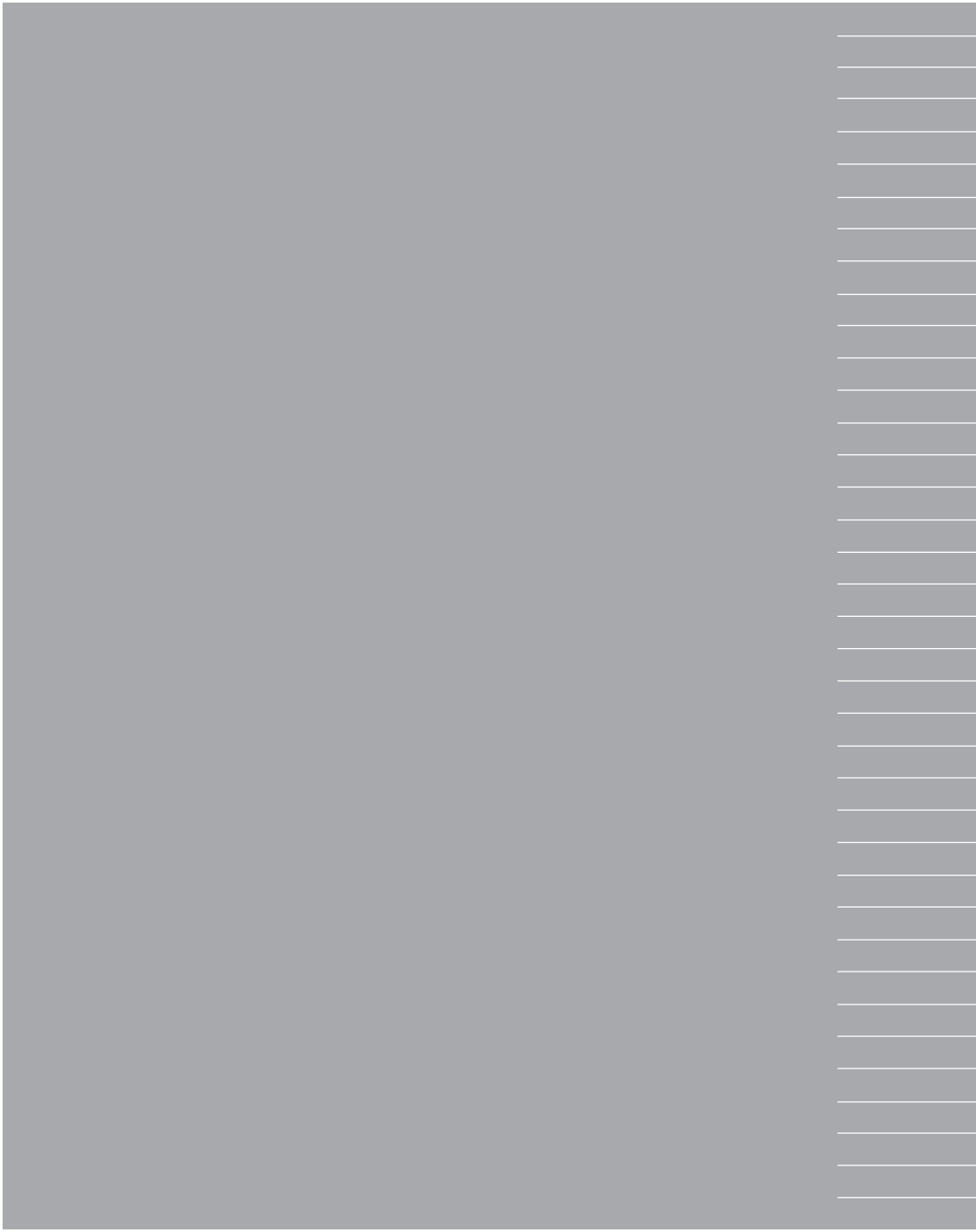
- 13 Sentencia C-564 de 2000, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.
- 14 Ver Sentencia C-564 de 2000, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.
- 15 Prioridad que denota el Texto Constitucional, los Códigos penal, de procedimiento penal y del abogado., donde se prioriza al ser humano como el núcleo del universo jurídico o su esencia o fundamento.
- 16 Porque le permite conocer al destinatario de la ley disciplinaria las conductas disciplinables y las consecuencias punitivas en forma anticipada. Esto ejercita establecer la relación entre la falta y la sanción o mejor dicho la relación del principio con la tipicidad de la conducta y la sanción, que obviamente confortan los principios de legalidad , motivación y finalidad. Del proceso disciplinario
- 17 Porque la conducta típica cuestionada al destinatario de la ley disciplinaria, debe “afectar sustancialmente” el deber funcional que el mismo principio traduce en la contrariedad de los “principios de la función pública” o así mismo puede contrariar los principios de la función pública en menor grado o sin afectación sustancial como lo pregona el artículo 68 del Código General Disciplinario o actual 51 del Código Disciplinario Único .También es factible que el destinatario se exceda en las causales de justificación, lo cual no significa lo mismo con relación de quien se pregona una afectación sin incurrir en excesos en las causales de justificación.
- 18 Habida cuenta que la culpabilidad le pone diques a la responsabilidad; pondera entre una conducta dolosa o culposa en grados de culpabilidad, que le permiten al fallador competente aplicar de manera correcta el principio de proporcionalidad y razonabilidad de la sanción disciplinaria.
- 19 La aplicación del principio de “proporcionalidad y razonabilidad de la sanción disciplinaria” no está atado únicamente a los principios que conforman la teoría de la falta disciplinaria, sino que también está comprometido inescindiblemente con el principio de “motivación”, pues el juez disciplinario debe metodológicamente concretar con fundamentos probatorios, legales, jurisprudenciales, las razones de su aserto en cuanto a los móviles de adecuación de la conducta, su ilicitud y su culpabilidad para deducir con justicia la responsabilidad disciplinaria.
- 20 La proporcionalidad también está condicionada en su aplicación e interpretación a este principio, pues el proceso disciplinario busca ante todo “la prevalencia de la justicia” y “el cumplimiento de los derechos y garantías debidos a las personas que en él intervienen”. Por consiguiente es desproporcionado la prevalencia de la injusticia y el desconocimiento de los derechos y garantías debidos en el proceso disciplinario, ya que se afecta la dignidad humana, la búsqueda de la verdad material y la efectividad del derecho sustantivo.
- 21 La proporcionalidad no puede estar ausente de la interpretación y aplicación de los principios rectores contenidos en la Constitución Política; en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia; en los Códigos de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, General del Proceso, Penal y procedimiento penal en lo que no contravengan a la naturaleza del derecho disciplinario, toda vez que el Proceso Disciplinario aún contiene muchos vacíos que deben ser llenados con otros componentes normativos.
- 22 Entre otras: Sentencia C-022/96; C-285/97; C-708/99; C-181/02; C-1076/02; C-796/04; C-028/06; C-393/06
- 23 La Corte Constitucional en Sentencia C-125 de 2003 con ponencia de Marco Gerardo Monroy Cabra, allí precisó: “... Respecto de la sanción administrativa, la proporcionalidad implica también que ella no resulte excesiva en rigidez frente a la gravedad de la conducta, ni tampoco carente de importancia frente a esa misma gravedad.

(...)

De todo lo anterior se concluye que el derecho disciplinario... pretende regular la actuación de los servidores públicos... , y que, para tal cometido, describe mediante ley una serie de

- conductas que estima contrarias a ese cometido, sancionándolas proporcionalmente a la afectación de tales intereses que ellas producen...”. (se refiere a la “igualdad,, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad que rigen la función pública”).
- 24 Cuyo texto es del siguiente tenor: Artículo 9°. Ilicitud sustancial. La conducta del sujeto disciplinable será ilícita cuando afecte sustancialmente el deber funcional sin justificación alguna. Habrá afectación sustancial del deber cuando se contraríen los principios de la función pública.
- 25 El artículo 10 del Código General Disciplinario, señala: “Artículo 10. Culpabilidad. En materia disciplinaria solo se podrá imponer sanción por conductas realizadas con culpabilidad. Las conductas solo son sancionables a título de dolo o culpa. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva”.
- 26 El artículo 22 del Código General Disciplinario, narra: “Artículo 28. Dolo. La conducta es dolosa cuando el sujeto disciplinable conoce los hechos constitutivos de falta disciplinaria, su ilicitud y quiere su realización”.
- 27 El artículo 29 del Código General Disciplinario, dice: “Artículo 29. Culpa. La conducta es culposa cuando el sujeto disciplinable incurre en los hechos constitutivos de falta disciplinaria, por la infracción al deber objetivo de cuidado funcionalmente exigible y cuando el sujeto disciplinable debió haberla previsto por ser previsible o habiéndola previsto confió en poder evitarla.
La culpa sancionable podrá ser gravísima o grave. La culpa leve no será sancionable en materia disciplinaria.
Habrá culpa gravísima cuando se incurra en falta disciplinaria por ignorancia supina, desatención elemental o violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento.
La culpa será grave cuando se incurra en falta disciplinaria por inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones.
Parágrafo: Las faltas señaladas en el artículo 65 de este Código podrán ser sancionadas a título de culpa, siempre y cuando la modalidad del comportamiento así lo permita”.
- 28 Por lo reducido del tiempo que se me otorgó (60 minutos), no me referiré a ellos.
- 29 El parágrafo del artículo 29 del Código General Disciplinario, anota: “Parágrafo: Las faltas señaladas en el artículo 65 de este Código podrán ser sancionadas a título de culpa, siempre y cuando la modalidad del comportamiento así lo permita”.
- 30 El artículo 65 del Código General Disciplinario, expresa: “Artículo 65. Faltas que coinciden con descripciones típicas de la ley penal. Cuando la conducta no pueda adecuarse a ninguna de las anteriores faltas, en virtud de los principios de especialidad y subsidiariedad, constituirá falta gravísima realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando de él.
- 31 El parágrafo 1° del artículo 72 del Código General Disciplinario, señala: “Artículo 72. ... Parágrafo 1°. Las faltas gravísimas solo son sancionables a título de dolo o culpa”.
- 32 El parágrafo del artículo 77 del Código General Disciplinario, señala: “Artículo 72. ... Parágrafo. Las faltas gravísimas solo son sancionables a título de dolo o culpa”.
- 33 El artículo 47 del Código General Disciplinario, narra: “Artículo 47. Criterios para determinar la gravedad o levedad de la falta disciplinaria. Las faltas gravísimas están taxativamente señaladas en la ley. Se determinará si la falta es grave o leve de conformidad con los siguientes criterios:
1. La naturaleza esencial del servicio.
 2. El grado de perturbación del servicio.
 3. La jerarquía y mando que el servidor público tenga en la respectiva institución.
 4. La trascendencia social de la falta o el perjuicio causado.

5. Las modalidades y circunstancias en que se cometió la falta, que se apreciarán teniendo en cuenta el cuidado empleado en su preparación, el nivel de aprovechamiento de la confianza depositada en el investigado o de la que se derive de la naturaleza del cargo o función, el grado de participación en la comisión de la falta, si fue inducido por un superior a cometerla, o si la cometió en estado de ofuscación originado en circunstancias o condiciones de difícil prevención y gravedad extrema, debidamente comprobadas.
 6. Los motivos determinantes del comportamiento.
 7. Cuando la falta se realice con la intervención de varias personas, sean particulares o servidores públicos”.
- 34 Los artículos 43 (9) y 44 (2), dicen: Artículo 43 (9). Ley 734/02: “...9. La realización típica de una falta objetivamente gravísima cometida con culpa grave será considerada falta grave. Artículo 44 (2). Ley 734/02: “...2. Suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial para las faltas graves dolosas o gravísimas culposas.



HISTORIA Y EVOLUCIÓN DEL DERECHO DISCIPLINARIO EN COLOMBIA

CARLOS GUSTAVO ARRIETA *

** Ex Procurador General de la Nación*

Muy buenas tardes a todos los presentes.

Me explicaba el doctor García, hace un momento, que de este auditorio más o menos una tercera parte son de la Procuraduría y dos terceras partes son de personas externas a la Procuraduría, en su mayoría de oficinas de control disciplinario interno de entidades públicas y me encanta que eso sea así porque con ese enfoque posiblemente podemos darle un poco más de ánimo a un debate que quiero sugerir en lo que tiene que ver con el marco político de la función disciplinaria. Me invitaron a hablar de la historia del derecho disciplinario, es un tema del que me da cierto temor a hablar porque estoy en frente de una audiencia que está mucho más calificada de lo que yo estoy. Hace mucho tiempo no practico el derecho disciplinario pero he tenido la oportunidad de estar en contacto con el mismo a lo largo de muchos años porque la Procuraduría es una institución que una vez se le conoce nunca la deja, que se lleva en el corazón, por consiguiente lo obliga a estar al tanto de lo que en ella se dice. No hablaré tanto de la historia del derecho disciplinario, sino de lo que he bautizado como marco jurídico político que dio lugar al derecho disciplinario moderno y la filosofía que se tenía cuando se hizo la reforma constitucional en el año 1991 que dio nacimiento a esa procuraduría moderna y a ese derecho disciplinario moderno que hoy tenemos.

Todos ustedes conocen bien el proyecto de Código General Disciplinario, conocen bien los códigos anteriores y sobre todo lo que dicen cada uno de ellos, la parte sustancial, la parte procedimental, han tenido la oportunidad de debatirla y la van a seguir debatiendo durante todas estas horas que faltan del día de hoy y de mañana, la gran pregunta es ¿por qué existe eso y cuál es el sentido y propósito que tiene? La respuesta podría ser muy sencilla, -el control disciplinario;- sin embargo, quisiera hacer un poco de remembranza, no sobre la reforma, porque ustedes la conocen muy bien, sino de aspectos filosóficos que llevaron a la modificación de la Procuraduría General de la Nación.

Recordemos que hasta el 91 la Procuraduría estaba concebida como Ministerio Público que ejercía sus funciones bajo la dirección del Gobierno nacional, era una entidad relativamente autónoma y de allí que uno de los grandes propósitos de la reforma

fue la de crear una entidad completamente autónoma y no dependiente del Gobierno nacional. ¿Con qué propósito? Pues entraré a explicar lo que tuve en mente en el año 1991 cuando me correspondió redactar el texto de los actuales artículos de lo que es la Procuraduría en la actual Constitución, y sacarlos adelante en la Asamblea Nacional Constituyente.

Para desarrollar una teoría y práctica del derecho disciplinario necesitamos una perspectiva, y esa perspectiva fue la que se quiso ajustar en el año de 1991, si recordamos, antes de ese año la Procuraduría era una entidad concentrada en el tema disciplinario y en el ejercicio del Ministerio Público, funciones que hoy por hoy sigue ejerciendo, pero en su momento eran dos funciones que se ejercían con un criterio bastante formal y lo que se quiso en la reforma de 1991 fue cambiar la filosofía de su ejercicio, quisimos darle un vuelco de 180 grados, pasando por la creación de un órgano independiente que pudiera matizar las funciones tradicionales con unas funciones de órgano de control moderno a la altura de lo que por ese entonces se estaba debatiendo de lo que debía ser un órgano de control y particularmente lo que en ese entonces se veía como una necesidad primordial que era la de fortalecer los esquemas de control de la gestión del Estado.

Lo anterior resulta bien importante porque el concepto de derecho disciplinario está enmarcado en un concepto más asociado a la gestión que cualquier otra cosa. Cuando uno mira lo que quedó como consecuencia de la reforma luego de los grandes debates de entonces, se puede materializar con simplismo en el querer de que la Procuraduría Robin Hood institucional en el Estado colombiano, una institución fuerte y que tuviera como función primordial la de velar por los derechos de los ciudadanos, pero además, y esto es bien importante, velar y garantizar el buen funcionamiento del Estado, y el buen funcionamiento del Estado y la garantía de los derechos se quería ejercer bajo muchas atribuciones y no solamente la potestad disciplinaria, pero todas esas funciones estaban íntimamente asociadas al ejercicio de la potestad disciplinaria

Si recordamos el marco de la Constitución Nacional, particularmente el artículo 277, se evidencian una serie de atribuciones al cargo de Procurador, una de las cuales es el ejercicio de la potestad disciplinaria, pero se planteó como función principal el defender los intereses de la sociedad, los intereses colectivos, hay una muy importante en el debate filosófico de la Procuraduría moderna, que es velar por el ejercicio diligente y eficiente de las funciones públicas, proteger los derechos humanos con el auxilio de la Defensoría del Pueblo.

Les voy a contar un poco de historia institucional que justifica el por qué llegamos a esto; el Gobierno de entonces y la Asamblea Nacional Constituyente, querían un esquema de control totalmente diferente, querían una Procuraduría reducida; no eran muy amigos del concepto de control disciplinario y eso hizo que en el proyecto que presentara el Gobierno se reflejara una institución bastante minimizada frente a unas instituciones que se veían como muy fuertes como la Fiscalía General de la Nación y la Defensoría del Pueblo esto generó un enorme debate entre los constituyentes y obviamente una reacción violenta de parte de la Procuraduría y del entonces Procurador General orientada a que las necesidades del Estado moderno lejos de una Procuraduría débil, lo que necesitaba era una Procuraduría muy fuerte que actuara como un órgano de control de gestión para asegurar el respeto a los derechos y el funcionamiento eficaz y eficiente de la administración. En ese entonces, mal que bien, la Procuraduría era una institución que tenía credibilidad pero que inspiraba mucho temor. No entro en los detalles de lo que fue la controversia porque fueron muchos meses de debate, entre los cuales se quería cambiar el nombre de la Procuraduría por el de Defensoría del Pueblo, se quería que en algunos casos la Procuraduría dependiera de la Defensoría, e inclusive en algunos casos se llegó a proponer y así estuvo mucho tiempo en el proyecto, que la Fiscalía General de la Nación dependiera del despacho del Procurador General de la Nación. En medio de ese debate, finalmente la idea que salió triunfante fue la función de persecución del delito de la Fiscalía General de la Nación, pero todo lo demás como función del control era de la Procuraduría General de la Nación y de allí que se desarrollara un concepto de ministerio público mucho más integral, que se previera una institución de control de gestión de la que dependía una institución como lo era la Defensoría del Pueblo, dedicada a la promoción de los derechos humanos. La tesis que salió airosa y que nos tocó defender durante mucho tiempo es que queríamos una Procuraduría absolutamente proactiva y el concepto de Robin Hood al que me referí en algunos momentos, queríamos una entidad que entendiera cómo funcionaba el Estado y que actuara de manera proactiva atacando los focos que afectaban el buen desarrollo de la administración o los derechos fundamentales de las personas.

No queríamos una Procuraduría reactiva, cuya función principal fuera la de reaccionar ante las quejas de la ciudadanía, obviamente no es que no quisiéramos que eso pasara, pero ese no era el papel principal que nosotros le habíamos asignado a la Procuraduría, queríamos una Procuraduría que salía e identificaba dónde estaban los principales problemas y actuaba

sobre ellos y ahí es donde entra a jugar un poco la potestad disciplinaria como un instrumento para el cumplimiento de todas sus funciones, nunca quisimos que fuera una finalidad en sí misma, sino un instrumento para poder velar por el ejercicio diligente y eficiente de las funciones públicas, para defender los intereses de la sociedad para defender los intereses colectivos y proteger los derechos humanos.

Digo proactiva porque naturalmente al igual que hoy, en ese entonces se presentaban innumerable cantidad de quejas a todos los niveles, sobre todas las conductas, que tenían que ser atendidas por la Procuraduría General de la Nación; en ese entonces el concepto de control interno naturalmente existía pero no era tan fuerte y uno de los propósitos fundamentales de la Procuraduría en ese entonces fue fortalecer el control interno, de tal manera que la responsabilidad disciplinaria recayera fundamentalmente sobre los Órganos de Control Interno de las entidades estatales. Ese era el propósito, de manera tal en materia de ejercicio de la potestad disciplinaria pudiera ser absolutamente selectiva en los casos que recibía o promovía con miras a lograr unas finalidades muy particulares en términos precisamente de la defensa de esos dos grandes propósitos a los que me he referido.

Si ustedes revisan el texto del artículo 277 dentro de las funciones tradicionales, entre ellas la del control disciplinario y las de Ministerio Público resalta una característica común a los dos, que fue uno de los grandes debates que se dio en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente y es el concepto del control preferente y concepto de la intervención según necesidad. Porque ¿Qué era lo que nosotros queríamos? Una entidad fuerte que pudiera escoger en que se metía, pero en desarrollo de una política. No era un tema casuístico, era una política. El control, como cualquier función sancionatoria de Estado depende que exista una política, en materia penal hablamos de política criminal, en materia de control también tenía que haber una política, cosa que por cierto echamos de menos, no porque no haya habido, yo sé que cada procurador tiene sus prioridades, sino porque creo que ha faltado una proyección de política institucional. Y qué era lo que nosotros queríamos, ¿cuál era el mapa que tenía en la mente?, en ese entonces igual que ahora, uno de los temas que más nos aquejaba era la corrupción, entendiendo corrupción no solamente en el sentido lato y clásico, sino también como el desgreño en el ejercicio de las funciones públicas, que es una modalidad de corrupción y una manera de medir la corrupción. Estoy hablando de uno solo de los temas, porque existían muchos otros en materia de derechos fundamentales que eran fundamentales. ¿Y qué sentíamos nosotros como Procuraduría? Nuestro propósito

no era simplemente ser un órgano sancionatorio, nuestro propósito era ser capaces de desarrollar una política, escoger unos temas y unas entidades y, yo les cuento lo que yo traté de hacer, obviamente cuando salió la reforma de los instrumentos me faltó poco tiempo y lo pudimos hacer, pero yo siento que ese ejercicio no es que se haya desdibujado, pero tiene un enfoque diferente. Yo quería que la Procuraduría se concentrara exclusivamente en gobernadores y alcaldes. Cuando un analiza lo que en ese entonces era Colombia, y obviamente hoy lo sigue siendo yo creo en mayor grado lo que era en ese entonces; buena parte del desgreño y de las falencias en la efectividad de la administración pública se da a nivel de departamentos y a nivel de municipios. Lo que yo pretendía con el concepto del poder preferente es que ese fuera el foco de una política de control de parte de la principal organización de control que era la Procuraduría General de la Nación. Visualizaba un equipo altamente especializado y motivado que analizara donde se presentaban los problemas de efectividad y eficacia en la administración pública y ahí teníamos que apuntar, eso es lo que teníamos que hacer. Se podía tener la capacidad de recibir cualquier tipo de quejas pero se partía de la premisa de que la Procuraduría no estaba llamada a estudiar cualquier tipo de quejas y de ahí la gran relevancia que en ese entonces se hizo, en materia de fortalecimiento de los órganos de control interno de cada dependencia; yo sigo creyendo que el control interno de las dependencias es el eje fundamental del control disciplinario, y allí es donde deberían estar concentrados el 99% de los procesos disciplinarios que cursan en el país. Naturalmente eso implica superar una serie de retos que yo sé que se han venido superando y que en ese entonces no estaban tan avanzados como hoy, hoy en día tenemos organizaciones de control interno mucho más fuertes de lo que existía hace veinte años y veo con satisfacción que por lo menos esa parte se ha venido desarrollando, en el primer proyecto de Código Disciplinario Único que preparamos y presentamos nosotros al Congreso y que no fue aprobado por una serie de razones que algún día les contaré, estaba planteado un fortalecimiento enorme de las organizaciones internas de control de las dependencias, pero siempre con miras a ese propósito fundamental, es decir, el concepto del poder preferente como instrumento para ejercer una política de control. Yo no sé si eso hoy en día podría funcionar y si sería igual o no. No podemos decir que todos los problemas del país son de corrupción, pero si sólo pensamos en este tema y lo asociamos con la misión de la entidad de velar por el ejercicio diligente y eficiente de la función pública vemos que lo que allí se quería era implementar una política en la que la Procuraduría se concebía como un órgano de control de gestión en el sentido amplio de la

expresión para lo cual el control disciplinario era un instrumento. Y yo siento que si hoy hiciéramos esto podríamos ser un instrumento mucho más efectivo en la lucha contra la corrupción.

El concepto de selectividad, de importancia, que quedaron consagrados en la Constitución de 1991, fueron conceptos muy discutidos y fueron en su momento considerados como pioneros, si miramos lo que está pasando en Colombia apenas en los últimos años estamos empezando a ver conceptos similares en otros organismos; la Fiscalía está empezando a hacer unos primeros pasos de unos años para acá en el concepto de escogencia y priorización, y ese concepto creo yo, que lo promovió y lo sacó adelante la Procuraduría con un criterio piloto de servir como instrumento de gestión.

Y por qué planteo esto dentro de un marco de un Congreso Internacional de Derecho Disciplinario. La Procuraduría se ha debatido siempre entre dos personalidades, que dependen en buena parte de quienes son los Procuradores; hemos tenido Procuradores con una gran vocación hacia el derecho penal y hemos tenido Procuradores con una fuerte vocación hacia el derecho administrativo y la verdad creo que eso ha marcado mucho el rumbo de la Procuraduría y uno puede determinar la orientación de las gestiones en función de eso, la mía fue una que yo siento más orientada hacia el derecho administrativo aun cuando tengo que reconocer que en ese proceso el derecho penal me sedujo y me terminó encantando, cosa que nunca creí que me fuera a ocurrir y hoy en día no es que lo practique, pero sigo estando muy atento a su desarrollo. Me tocó la fortuna de ser el promotor de esa Procuraduría, porque creo que el enfoque administrativo es función nuestra ser el gran promotor de la buena administración.

Lo anterior lo ato con el concepto de código disciplinario; en la medida que pasa el tiempo hemos visto los sucesivos proyectos y los códigos disciplinarios y hoy en día el proyecto de Código General Disciplinario, yo si tengo un sinsabor, y es que veo un código que indudablemente es garantista, que plantea unas ideas modernas y muy importantes en materia del proceso disciplinario, pero lo sigo viendo como un código muy formalista, no en término de formalidades del proceso, sino como un código que casi me parece que está convirtiendo el derecho disciplinario en una finalidad en sí mismo con tanto nivel de reglamentación que a veces pienso que le hace perder su propósito último esencial de ser un instrumento para el ejercicio de una política de control. Eso es inevitable, digamos es normal y se ha presentado en muchos países; el concepto de derecho disciplinario varía mucho de país en país, cada país lo entiende de forma distinta y cada país tiene instituciones

y forma de ejercerlo que varían, la nuestra ha sido muy particular, nuestro esquema de control es un concepto que yo no sé hoy en día pero supongo que en ese entonces sorprendía a muchos países por la misma fortaleza de la institución, pero eso mismo es lo que me hace pensar y me da temor que en medio de tanta concentración en el tema de la redacción de un código, que yo siento que tiene que existir, nos olvidemos de su función. ¿Y por qué digo que nos estamos olvidando en parte de su función? No tengo nada que observar con los artículos que tiene este código, pero si tengo varios temas que voy a plantearlos en forma un poco desordenada porque son los que yo entiendo como asociados a ese aspecto que les mencionaba.

El primero de todos, miraba con mucho detenimiento el texto publicado en la gaceta y la verdad veo que allí está definido, digamos que muy bien planteado, elementos tales como los atinentes a la definición de lo que es la función disciplinaria, la sanción disciplinaria, los elementos de la misma, etc., pero echo de menos una definición o un principio cuál es el objetivo o la finalidad de la función disciplinaria o de la potestad disciplinaria, en ninguna parte está dicho, uno puede construirlo de los distintos artículos porque en los distintos artículos se hablan de los objetivos, valores, principios que son inherentes al concepto pero a mi si me encantaría que hubiera por ejemplo un artículo marco que definiera cuál es el objetivo y por consiguiente cuál es la óptica a través de la cual tienen que ver muchas de las normas que regulan el ejercicio de la potestad disciplinaria en lo que tiene que ver con deberes, derechos, omisiones, sanciones; yo echo de menos es parte. Creo que existe en casi todos los códigos que son sancionatorios, pero no lo veo en el Código General Disciplinario, y creo que es una oportunidad que para ese propósito se pudo haber perdido.

Dentro del marco de lo que yo considero un Código Disciplinario como un instrumento para la gestión y visto ya desde la perspectiva de problemas puntuales que enfrenta Colombia, veo tres o cuatro temas que me llaman la atención, hay muchísimos pero dado el tiempo, me voy a limitar a tres o cuatro temas que considero fundamentales, voy a ser un poco casuístico pero creo que esto sirve para ilustrar lo que estaba planteando en un principio.

El concepto de acción y omisión, este es un concepto que hace parte del derecho disciplinario desde hace mucho tiempo, no tiene absolutamente nada de nuevo, sin embargo a lo largo de la historia -y estoy hablando de la historia de los últimos años,- la Procuraduría se ha debatido en una enorme controversia que no ha resuelto realmente en qué consiste la falta por omisión, y el concepto de falta por omisión ha variado mucho según las épocas,

según los Procuradores, inclusive varía según los procuradores específicos que estén interpretando el alcance de lo que es una omisión, en la medida que entiendo yo que la lucha por la buena administración parte no solamente desde el principio de que se sancionan las conductas activas, que son violatorias de las obligaciones de un servidor, sino su propósito fundamental es identificar los aspectos omisivos de una gestión pública que es donde radica fundamentalmente el problema de la administración pública colombiana; cuando uno analiza lo que está pasando en nuestros países, obviamente hay una enorme cantidad de infracciones positivas pero el problema fundamental que uno percibe es un tema de un absoluto desgreño en el cumplimiento de las funciones, y ahí es donde entra a jugar un papel importantísimo el concepto de la omisión, y yo siento que en el Código General no hay unos parámetros claros para entender que es una omisión. Hay una definición concreta, no la recuerdo exactamente y es “quien pudiendo haber producido un efecto o evitarlo y no lo hace incurre en una omisión”, puede que no sea esa la definición exacta pero es la que nos guía, yo creo que en eso nos faltó creatividad porque para efectos de configurar omisión se requiere un criterio mucho más proactivo, porque yo creo que allí es donde radica el problema fundamental de la corrupción o el desgreño que existe en Colombia.

Me encantaría ver el desarrollo del concepto de omisión por parte de las entidades de control interno. No es frecuente que las organizaciones de las entidades sancionen por omisión, es más frecuente que sancionen por omisión, la Procuraduría ha sancionado más por omisión que por acción, pero yo sí creo que buena parte del eje de la función además de la sanción por acción, deber ser el enfoque hacia la sanción por omisión que es donde siento que está buena parte de la problemática de nuestra administración pública.

Mi petición, que ya no lo podemos hacer a través del proyecto de código, es invitar a la Procuraduría para que a través de sus decisiones empiece a diseñar unos parámetros un poco más precisos y concretos de qué se entiende por omisión para que precisamente el concepto mismo este imbuido, ínsito, en todos los servidores públicos.

Hay dos temas bien interesantes que dentro del mismo concepto trae el Código General Disciplinario, el concepto de las causales de exclusión, donde se están manejando tres causales de exclusión que me parecen supremamente interesantes, pero igualmente supremamente peligrosas de la manera como se están planteando, no son nuevas pero la manera como están configuradas me parece que sí invitan a la reflexión. Estamos hablando de la causal de exclusión derivada del cumplimiento de un deber de mayor

importancia, que me parece muy interesante, muy importante, pero muy gaseosa, porque mientras no se determine con mayor precisión eso qué quiere decir, yo me atrevería decir que son muchos los casos en que el servidor público podría aducir que está actuando en cumplimiento de un deber de mayor relevancia; no pretendo ahora que profundicemos ese tema pero sí llamo la atención sobre la importancia que tiene tratar de precisar ese concepto.

Hay otras dos, y voy a hablar en forma diferente de cómo están planteadas en el proyecto de ley, la convicción de que la conducta no constituye falta disciplinaria, y a qué asocio yo este problema, obviamente no es a una convicción injustificada ni a una convicción caprichosa, estamos hablando de una convicción fundada de que se está actuando conforme a la ley, y este tema sí que es absolutamente crucial para entender de nuevo lo que es el problema de la lucha por eficiencia y la eficacia en la administración pública. La historia reciente nos ha demostrado, y aquí no hablo solamente de la Procuraduría sino también de la Contraloría e incluido dentro de ello la Fiscalía naturalmente, que el ejercicio de la función disciplinaria se ha convertido en un propósito casi que objetivo donde no se evalúa con la profundidad que debería hacerse, el concepto de la buena fe involucrado en el ejercicio de la función pública, hasta el punto de que el error ha ido perdiendo sentido como elemento excluyente de la responsabilidad, particularmente el error de buena fe, y nos hemos visto abocados a algo que sería muy interesante de quienes me van a suceder en el uso de la palabra lo mencionen porque no sé cómo funciona en otros países, es el tema de la interpretación jurídica. Si ustedes miran, buena parte de las controversias que tiene la Procuraduría General de la Nación versan alrededor de temas relacionados con la interpretación de las leyes. Lo que estamos viendo y que a mí me preocupa mucho es una tendencia a que las instituciones de control se estén convirtiendo en intérpretes autorizados de la ley porque es su interpretación de la ley la que es la correcta y en tanto la interpretación de la ley que hace el servidor público es distinta a la que ellos tienen, termina convirtiéndose en falta disciplinaria porque a su juicio no fue la interpretación correcta. Esto no lo estoy exagerando, esto pasa con una frecuencia inusitada; esto fue lo que en su momento se desarrollara por parte de la jurisprudencia el concepto de la interpretación plausible, pero que es un concepto que cada vez pierde más fuerza dentro del concepto del derecho disciplinario y ustedes ven con una frecuencia inusitada y no necesito mencionar los ejemplos porque ustedes los conocen, que los funcionarios que han actuado en desarrollo de una convicción de lo que es el correcto actuar en función de la ley y que se enfrentan con una persona con criterios distintos y no estamos hablando

en casos de violaciones ostensibles o manifiestas, porque eso es distinto, simplemente de interpretaciones en cuanto al sentido o alcance de las normas que ellos no comparten y en tanto no comparten, la conducta se convierte en una infracción disciplinaria, eso me parece de una extrema gravedad, por eso cuando uno habla de la convicción de que su conducta no constituye una falta disciplinaria yo invito a la reflexión para precisar un poco cuáles son los parámetros para la aplicación de esa causal de exclusión e invitaría también a reflexionar sobre hasta dónde podemos darle un poco más de fuerza al tema de la interpretación plausible de la ley como causal de exclusión.

Y eso lo ato con una causal de exclusión, que es una causal bien peculiar y llamativa, es la del miedo insuperable que no está definido. Eso hasta donde yo recuerdo, pero aquí no puedo estar seguro, el miedo no estaba en los códigos anteriores, pero de todas maneras no siento que exista una explicación clara de lo que es el miedo insuperable. Estamos hablando de un temor en el sentido convencional derivado de las amenazas, y yo simplemente invito a reflexionar sobre este punto porque a quienes están en la administración pública, que están aquí presentes no se les escapa un fenómeno que se está presentando con una regularidad aterradora y es el hecho de que funcionarios públicos dejan de actuar o actúan de una manera determinada por temor a las entidades de control. Eso me parece que es muy preocupante desde la perspectiva de una buena administración pública, y es un temor que además se deriva precisamente de lo que estaba hablando anteriormente en la medida en que un funcionario actúa de buena fe y de acuerdo de lo que es su mejor interpretación de la ley, pero luego se enfrenta a una situación donde es sancionado por esa actuación de buena fe; qué es lo que deviene automáticamente: un gran temor a actuar por cuenta del indebido ejercicio de la potestad disciplinaria. Esto está pasando más con la Fiscalía o con la Contraloría General de lo que pasa con la Procuraduría, pero pasa también y valdría la pena y creo que es un reto bien interesante precisamente en términos de ser selectiva, que la Procuraduría pueda desarrollar un marco teórico claro que le dé tranquilidad al servidor público de entender cuándo puede actuar, porque qué es lo que yo estoy viendo actualmente, cuando se enfrentan a la necesidad de adoptar una decisión administrativa lo primero que van a ver es si sancionaron al que dijo una cosa distinta y como el término no es claro mejor no tomo una decisión y la difiero o simplemente me invento una etapa del procedimiento y no lo tomo, y eso realmente pues ustedes tal vez no lo perciben, pero quienes estamos desde el otro lado de la barrera lo percibimos de una manera que es absolutamente angustiante por el efecto que está teniendo el funcionamiento del estado.

Habrían muchos temas más para hablar, como por ejemplo el tema de la función disciplinaria, el objetivo de la función disciplinaria y la manera de cómo está reflejada en el proyecto de Código General Disciplinario, pero ya se me está agotando el tiempo y no puedo hablar más de eso, quería simplemente cerrar volviendo al principio: el objetivo de esto es invitar a reflexiones derivadas de lo que fue en su momento la concepción de la Procuraduría General de la Nación frente a la manera como existe hoy; de las discusiones y debates que tuvimos en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente en el año 1991; de las peleas que tocó dar y especialmente de la filosofía que sí se desprende de los debates y la manera como finalmente se tomaron las decisiones, de querer crear un organismo de control con un objetivo político que era el de garantizar el buen funcionamiento del Estado y obviamente garantizar el respeto y la protección de los derechos de los ciudadanos en términos generales; de ahí al concepto al que me referí inicialmente, el concepto del Robin Hood que va buscando dónde están los problemas para tratar de arreglarlos, que no se espera a recibir las quejas, que concentra el eje del poder disciplinario en las entidades de control y que se limita a escoger unos pocos casos, pero que van acorde con una política de control que tiene que estar orientada hacia eso, con un criterio selectivo y preferencial, nada de lo que estoy diciendo parte de la premisa que se le aplican normas o procedimientos distintos, porque obviamente en todos los casos se deben respetar todas las garantías del proceso, pero si puede y debe la Procuraduría identificar dónde están los focos de los problemas e ir allá, las demás quejas enviarlas al control disciplinario interno. Eso es lo que le da sentido y finalidad a la Procuraduría General de la Nación; eso es lo que le da una finalidad, no es una institución más dentro de esa gama de muchas instituciones, que van actuando con una inercia, sino que realmente tiene un papel que va a buscar una solución. Esa era la historia y ese era el propósito y así se concibió. Me preocupa sentir que de alguna manera ese enfoque se ha perdido y me preocupa sentir que en la medida que desarrollamos unos códigos muy interesantes y muy completos, estamos convirtiendo lo que a mi juicio podría ser un error que lamentar y es convertir el derecho disciplinario en una finalidad en sí misma de la institución que y olvidarnos de cuál es el sentido real que el constituyente quiso para la función disciplinaria. Esas son las reflexiones que yo quería hacer, que traen un poco criterios históricos como se me había pedido, con algunos elementos que se derivan del actual proyecto de Código Disciplinario; espero que hayan sido de utilidad, les agradezco mucho la paciencia.

PRINCIPIOS DEL DERECHO DISCIPLINARIO EN COLOMBIA

ALFONSO CAJIAO CABRERA *

** Secretario General de la Defensoría del Pueblo*

Me ha correspondido el tema de avocar entorno de la nueva norma el capítulo relativo a los principios y siempre suele suceder que cuando se avocan estos temas se avocan a partir de las generalidades; yo asumiré que en un auditorio culto como es el presente las generalidades son redundantes, en la medida en que uno buscaría bajar los principios y hacerlos particulares a los problemas a que nos vamos a enfrentar cuando las normas entren en vigencia, es decir, qué vamos a hacer con los procesos que llevamos cuando el nuevo código aparezca y cómo irradiamos los principios y los hacemos concretos a cada caso en particular

Lo primero que hay que decir es que en esta parte de la reforma la Defensoría tuvo una importante contribución en el ordenamiento de los principios, lo primero que observamos es que había una dispersión en el Código, en la Ley 734 de 2002 entre principios de orden sustancial y principios de orden procesal, unos de los cuales estaban en la parte inicial en los primeros capítulos del código y otros que empezaba a aparecer en torno de la actuación disciplinaria y en el capítulo de pruebas. Van a encontrar ustedes que esta primera parte del proyecto de ley –podemos llamarla así porque no creemos que vaya a haber una objeción presidencial, esto se siguió muy de cerca por el Ministerio de Justicia, no existe ninguna razón para que el Presidente haga objeciones, hasta los consensos que tuvimos en la Cámara de Representantes en el último debate-, entonces ven ustedes que el artículo primero habla de reconocimiento de dignidad humana por oposición al artículo 1º de la 734 que hablaba de la titularidad de la potestad disciplinaria. Este principio que tiene origen kantiano, que ha sido ampliamente revisado, Kant hablaba del comportamiento ideal en sí mismo, del comportamiento del deber por el deber mismo como el fin del hombre, en el sentido de que la dignidad humana irradia todo el proceso disciplinario y esto parece redundante cuando se habla de los temas como la presunción de inocencia, suele suceder que hoy en día a partir de una sobreexposición de los medios de comunicación, encontramos que a las personas se les sanciona previamente antes de que en materia disciplinaria se produzcan efectivamente las proposiciones sobre su responsabilidad o no, ese llamado que se hace sobre todo a que la gente no se entere de las imputaciones

disciplinarias a través de los medios de comunicación o que las personas sean juzgadas previamente por los mismos medios que es una crítica que nosotros mismos hemos hecho desde siempre, porque el debido proceso es una discusión que se tiene que dar a nivel del expediente y no necesariamente en otra clase de escenarios porque la publicidad que se recibe es muy distinta que la que se recibe con posterioridad. El poner el principio del respeto de la dignidad humana de primero lo que implica es que por encima de cualquier otra cosa, principios como los derechos humanos, principios como el debido proceso y principios como la presunción de inocencia tienen que ser respetados inicialmente desde cualquier óptica y las personas tienen derecho a que sean tratadas como tal, esto que pareciera obvio, no lo es, usualmente a las personas se les sanciona mucho antes de que las sanciones aparezcan y en eso los medios de comunicación contribuyen de una manera importante, porque nosotros no hemos hecho una categorización axiológica de establecer que sí existe un debido proceso y una presunción antes inclusive de poner en manos de los medios de comunicación información sobre los procesos disciplinarios, es una lucha que se va a dar entre un principio de transparencia que supone que toda la entidad y la comunidad debe conocer la función que se está dando desde el control, pero así mismo empezar a recordar que cuando una persona es objeto de un proceso existe una preeminencia superior de todo un organismo estatal de investigación que apabulla de manera muy importante a la gente. Ese es el primer recuento de ese principio en algo que parece obvio pero que, seguimos insistiendo, no lo es.

El segundo punto tiene que ver con algo que ya ha sido expresado aquí sobre la titularidad de la acción disciplinaria, el poder prevalente, que no amerita, a nuestro juicio, un detenimiento mayor, insistimos, en un auditorio culto que asiste a este fuero.

Vamos al principio de proporcionalidad que se encuentra en el artículo 6° donde se habla de la proporcionalidad y la razonabilidad de la sanción disciplinaria, cuando se habla de imposición de las sanciones, nosotros quisimos recordar algo que es bien importante en torno a la “principalística” y es que la sanción disciplinaria debe corresponder a la clasificación de la falta. A qué se refiere esto, de tiempo atrás, hace muchísimos años, en particular con la Ley 13 de 1984 las faltas eran solamente graves y leves, dentro de la categoría de faltas graves aparecían unas que daban lugar a la destitución, con el paso del tiempo, cuando se hace la Ley 200 de 1995 se establece una nueva categoría, no es nueva en cuanto a que ya existían faltas que

daban lugar a la destitución, es nueva en cuanto al nombre, el origen de las faltas gravísimas eran faltas graves que daban lugar a la destitución. Siempre entendimos y lo quisimos dejar plasmado a través del principio, que a cada falta le corresponde una sanción, es fácil decirlo pero cuando uno baja esto a la norma es complicado; en los casos de la comparación sancionatoria que siempre se hace con el derecho penal ustedes revisarán que la cárcel y multa son sanciones comunes a casi todos los hechos punibles y la multa en particular es la sanción por antonomasia en el derecho sancionatorio, todas las áreas del derecho sancionatorio, policiva, fiscal, disciplinaria, todas tienen multa, aquí lo que se quiere hacer es que a cada una de las categorías de falta le corresponda una categoría sancionatoria, por lo tanto no pueden mezclarse unas con otras, es un hecho que en materia disciplinaria y que se respeta en este código, por lo menos a nivel de los regímenes disciplinarios militares que existe una correspondencia entre falta gravísima, falta grave y falta leve en la medida en que las tres categorías son taxativas, nosotros seguimos manejando la categoría tradicional, sólo son taxativas las faltas gravísimas, en tanto que las graves y leves deben ser adecuadas sobre criterios de proporcionalidad en cuanto a la indicación que se hace en el hoy en día artículo cuarenta y tres con el correspondiente, -no nos atrevemos a hablar de articulados en este sentido-, pero si alguien comete una falta gravísima dolosa, la sanción es una sola, si alguien comete una falta gravísima culposa, la sanción es otra, ¿por qué? Porque aquí se hizo una mezcla y ustedes se acordarán que en el artículo cuarenta y tres numeral noveno, en el cual una falta gravísima cometida con culpa grave se convierte en falta grave, de manera tal que el capítulo de las faltas gravísimas servía dos veces a dos propósitos diferentes, uno como catálogo taxativo de faltas gravísimas y otro como catálogo enunciativo de faltas graves, en este presupuesto de este código nuevo no se da este presupuesto, cada una -y ustedes lo van a estudiar el día de mañana,- cada una de las faltas tiene su correspondiente sanción. Para hacer solamente el ejemplo, hay la destitución con inhabilidad general de diez a veinte años para las faltas gravísimas dolosas, para las faltas gravísimas culposas hay una sanción también de destitución, con una inhabilidad que va de cinco a diez años, y cuando hablamos ya de la falta gravísima con culpa grave, tenemos una suspensión y una falta que le es propia, porque teóricamente no existía la falta gravísima con culpa grave porque se convertía en falta grave, de manera tal que hay que empezar a manejar una correspondencia sancionatoria de manera tal que cada una de

las seis faltas que existen tiene su correspondiente autónoma e independiente sanción.

¿Cómo empezará a aplicar esto? Pues es natural que sobre el principio de ley previa y ley cierta tendremos que aplicar estas sanciones a aquellas faltas que ocurran con posterioridad a la vigencia de la norma, no a las que estén en este momento en conocimiento porque ellas corresponderán a las sanciones que están actualmente en la Ley 734 donde empezamos a manejar el punto de que sí va a existir un tiempo relativamente prolongado de aproximadamente cinco años más una ultractividad de disposiciones sustanciales de la Ley 734 en torno en particular del contenido de la falta en su tipicidad y de la sanción a imponer, o sea que como tantas veces nos ocurrió en el pasado, solo tendremos una aplicación plena de la nueva ley cuando en efecto se hayan cumplido los cinco años a partir de su iniciación, que puede ser probablemente en diciembre de este año, pero debemos recordar que ese principio también puede aplicarse en la actualidad, no se puede mezclar una amonestación escrita con una falta grave porque la amonestación escrita y la multa están asociadas a las faltas leves. Ese es el principio que se ha denominado de correspondencia sancionatoria en el que quisimos dejar claro que a cada una de las sanciones en específico le es correspondiente una falta en particular en la modalidad de culpabilidad que se determine. Así mismo, insistir que por este presupuesto de la razonabilidad y la proporcionalidad, en algo que hemos dicho que en algunos escenarios no ha caído bien, y es que la culpa gravísima sólo se predica de las faltas gravísimas, si se revisa la forma de cómo está redactado el que es el artículo 48 del proyecto sobre sanciones, uno empieza a manejarlo, hay personas que sostienen que no, nos parece un despropósito aplicar una culpa gravísima a una falta leve, rompe cualquier principio de razonabilidad y proporcionalidad, porque está diseñada como una conducta que sobre un deber de cuidado supone la realización de ciertas acciones que son exigidas normativamente, por esa razón hemos dicho que al revisar ustedes el artículo 48 notarán la presencia de la culpa grave, de la culpa gravísima y del dolo, cada una con su correspondiente sanción que ratifica ese presupuesto que hemos enunciado en este momento y en los últimos años.

Posteriormente viene el principio de favorabilidad; ahí es donde vamos a tener la mayor cantidad de inconvenientes por varias razones; que el principio de favorabilidad va a presentar dos impactos, el primero de ellos en las sanciones que se están cumpliendo y el segundo de ellos en el régimen prescriptivo, entonces vamos a manejar la cosa en concreto, despacio, con

calma. Todos sabemos que la favorabilidad tiene que ver con aplicación de leyes en el tiempo, cuando una disposición cambia, la misma disposición trae en el último artículo normas de tránsito legislativo que permiten sobre la aplicación de lo que la vieja Ley 153 de 1887 tuviera en los artículos 40 y 44 según las normas sustanciales son de aplicación inmediata y las normas procesales pueden tener un efecto en el tiempo dependiendo de lo que la misma norma diga. La norma está diciendo que las investigaciones que estén en etapa de auto de investigación disciplinaria o auto de citación a audiencia continuarán por el procedimiento anterior, pero la norma también dice algo que es igualmente complicado y es que no entran sino a partir del primero de enero de 2017 ciertas formas procesales relativas al único procedimiento que va a tener la norma; entonces aquí vamos a tener que, aun así habrán procedimientos que continuarán tanto por el ordinario como por el verbal porque sólo tendremos una plena aplicación procesal a partir del primero de enero de 2017, así las cosas, habrá que adaptar durante todo el año entrante las salas de audiencias etcétera, pero más allá de eso el punto es este, hemos derogado específicamente el artículo 132 de la Ley 1474, se los recuerdo, la introducción de un fenómeno que fue completamente ajeno a la tradición histórica del derecho disciplinario el cual fue la introducción de la condición de la caducidad y la prescripción; sobre ese presupuesto entonces empezamos a trabajar.

El primero tiene que ver con la acusación que nosotros enunciamos esta mañana, al reducirse la culpa gravísima en cuanto a la inhabilidad, que es la que acompaña a la sanción de 5 a 10 años, eso impactará todas aquellas sanciones que se estén cumpliendo en este momento, pero vamos a tener un problema metodológico que es complejo porque la Corte Constitucional en la sentencia C-544 de 2005, que ustedes recordarán, revisó el artículo 38 de la ley disciplinaria actual, en aquella causal del numeral segundo que decía que tres sanciones en los últimos cinco años inhabilitan por tres años más, en esa sentencia la Corte hace un estudio muy profundo, fue demandante el ilustre doctor Jaime Mejía, hagamos honor en este momento; de esa norma, buscando esa claridad que tenemos hoy en día, la inhabilidad puede acompañar una sanción pero en sí misma no es una sanción, porque las inhabilidades dentro de la facultad de libertad de configuración del legislador, son requisitos para el desarrollo de los empleos, lo que sucede es que algunas de ellas pueden acompañar las sanciones, no obstante la nueva ley las trata como sanciones, hecha esa primera salvedad de que dice la Ley que son sanciones pero la Corte ha dicho que son prohibiciones, estaremos

hablando de aquellas personas que fueron sancionadas por faltas en las cuales se atribuyó, primero la existencia de una falta gravísima, esto es, del catálogo del actual artículo 48, y segundo que fuera atribuida a título de culpa gravísima, por lo tanto, de suyo, aquellas sanciones impuestas por faltas gravísimas cometidas con dolo no son susceptibles de aplicación de ningún principio, toda vez que la norma no las regula, la norma sólo está hablando de las normas que ocurrieron a título subjetivo de culpa gravísima, ese es el primer supuesto que tenemos que defender, y ¿por qué hicimos eso?, resultaba injusto dentro de un principio de eficacia administrativa que muchas personas fueron sancionadas en el pasado o lo han sido o lo están siendo por conductas que no necesariamente estaban asociadas con la corrupción; recuerden que la culpa gravísima tiene, si bien es cierto un elemento de desconocimiento, también otro de una ignorancia terca, pero esas consideraciones quedaron, lo verán ustedes en la conferencia del día de mañana, no se eliminó la ignorancia supina, ni la desatención elemental; en su momento quisimos eliminar la ignorancia supina y la desatención elemental pero no prosperó dentro de las discusiones que tuvimos en el foro, entonces no nos debemos preocupar por aquellas sanciones correspondientes a las faltas gravísimas dolosas; nos debemos preocupar por la imposición de sanciones a faltas gravísimas con culpa gravísima, con un problema mayúsculo y es que la sanción ya se cumplió, fue la destitución, a la destitución no le puedo aplicar el principio de favorabilidad porque ella misma no se morigera en sí misma, de suyo su aplicación es instantánea y lo que supone es el retiro del servidor público del cargo que tiene ¿qué vamos a hacer? Pues tendremos que afectar la inhabilidad que se está cumpliendo, pero hay un punto y es que el mínimo de la inhabilidad imponible actualmente es de 10 años, el mínimo de la inhabilidad a imponer con la nueva norma es de 5 años, lo que quiere decir que todas aquellas personas que hayan recibido el mínimo en la sanción de destitución e inhabilidad general por diez años pretenderán, con todo el derecho por supuesto, que la inhabilidad se reduzca sólo en aquel evento en que la inhabilidad todavía se esté cumpliendo, porque si la inhabilidad ya se cumplió, el principio de favorabilidad carece de cualquier eficacia en atención a que ya estamos sobre hechos consumados; entonces pongamos un ejemplo: una persona fue sancionada en el 2010 por una falta gravísima que supone el retiro del servicio en la sanción y una inhabilidad por culpa gravísima de diez años, en este momento va en cinco años, inmediatamente, apenas rebase los cinco años pedirá la aplicación del principio de favorabilidad, no para que se elimine la sanción

de destitución que ya cumplió, sino para que se reduzca la inhabilidad, entonces comienza el otro problema jurídico que es igualmente complejo, ¿quién va a ser la reducción de la inhabilidad? Hagámonos dos preguntas, ¿quién registra los antecedentes disciplinarios? y la segunda de ellas ¿carece o continua la competencia en las oficinas de control disciplinario interno o aún en la misma Procuraduría para sanciones que ya fueron impuestas con destitución y la inhabilidad se está cumpliendo desde el punto de vista administrativo en términos del registro de la misma?, porque ese es el punto, el registro de la inhabilidad.

Consideramos que es la llamada a dar la aplicación directa de este principio la Procuraduría General de la Nación. Cuando hicimos el proyecto introdujimos una norma en la cual esto se hacía de manera inmediata, voces con desconocimiento de las intenciones del origen de la misma, de la filosofía de esta forma de esta forma de hacer la reducción de la inhabilidad nos acusaron de que estábamos haciendo un indulto disciplinario y de que estábamos generando impunidad; debemos insistir en dos cosas, no se ha reducido la sanción de la ley disciplinaria por conductas dolosas, lo que se ha reducido es por las conductas atribuidas en culpa gravísima. Segundo, lo que se quiso fue evitar el volumen ingente y descomunal de aquellas sanciones que ejecutadas ya, estén purgando la inhabilidad dentro del término de los famosos diez años. Ahora bien, habrá gente, por ejemplo, que se le hayan impuesto los diez años de inhabilidad antes del 2010, antes de los famosos cinco años, esas personas quedarán automáticamente rehabilitadas, para lo cual nosotros nos atrevemos a proponer conociendo el sistema al interior de la Procuraduría que estas personas reciban un beneficio de carácter administrativo en cumplimiento de la norma, es decir, que no tengan que ir a solicitar la rebaja de la inhabilidad sino que ella se haga a través de un estudio que la misma Procuraduría haga en una resolución en donde indiquen los criterios, porque van a empezar a llegar cantidades de solicitudes, porque aunque una persona lleve siete años, igual se le reduce, ya purgó la inhabilidad, ese será un problema de carácter jurídico administrativo que será relativamente fácil de resolver.

Ahora viene otro punto frente al principio de favorabilidad, se han hecho unos cambios en los mínimos de las faltas graves; si ustedes recuerdan la falta grave dolosa tiene una suspensión, tenemos el punto de la inhabilidad porque si ustedes revisan hoy en día, para la falta grave con culpa grave pasó de tres meses y antes era de un mes, ¿puede suceder que en este momento se esté cumpliendo una de esas sanciones y se pedirá la reducción,

volvemos a insistir en dónde, al interior de la Procuraduría General de la Nación, habrá que ver cada uno de estos eventos en cuanto a los mínimos y los máximos, porque se observa, los máximos aumentaron, en consecuencia no hay un principio de favorabilidad aquí.

Viene otro punto también, faltas leves, la sanción de amonestación escrita con anotación en la hoja de vida desapareció, ahora es multa, una multa que va en un caso de 20 a 90 días y otro caso, de 5 a 20, -la norma está ahí, no hay ningún problema- ¿podemos plantear el principio de favorabilidad frente a las faltas leves entre una amonestación escrita y una multa? Consideramos que no, pero ustedes saben que estas hipótesis hay que considerarlas porque siempre hay alguien trasnochado, algún creativo o alguna tutela que viene y dice alguna cosa como esta, a nuestro juicio es imposible plantear la favorabilidad entre una amonestación escrita y una multa, porque la multa a todas luces resulta más gravosa, no obstante, dejamos el tema a criterio de interpretación.

Después viene el segundo punto de la implicación de principio de favorabilidad y está en dónde, en la prescripción disciplinaria. La norma vuelve sobre el antiguo cauce; el término de prescripción, más allá de una discusión que uno pueda dar que es lícita, pero que a nuestro juicio no es pertinente, entre si las acciones prescriben y los derechos caducan o al contrario, si las acciones caducan, que es lo correcto, y los derechos prescriben, estamos hablando del fenecimiento de la potestad sancionatoria al interior del Ministerio Público o de una oficina de control; el asunto es muy simple, se deroga la Ley 1474 que no alcanzó a cumplir cinco años, quiero llamarles atención sobre eso, la Ley 1474 creó una prescripción de 10 años y nadie se dio cuenta, porque cogió 5 años para decretar el auto de apertura de investigación que lo llama rarísimo ahí, yo estoy de acuerdo con ustedes, quedó redactada mal, esos son los problemas que vamos a tener, y esos problemas aparecerán dentro de unos años: por qué pusieron aquí procesado y por qué pusieron aquí sindicado, esas cosas suceden, releímos las normas cientos de veces y se pueden quedar esos términos, pero el asunto es que los cinco años de la caducidad de la Ley 1474 deben cumplirse el 13 de julio de 2016, porque la Ley 1474 es del 12 de julio de 2011, si a 2011 sumamos 5 años vamos a tener 2016, es decir que todavía aquellas conductas que hayan ocurrido en vigencia de la 1474 no han tenido el término inicial de la caducidad, no lo podemos aplicar porque todavía no han pasado los 5 años, pero vamos a tener un problema en el cambio y es donde tenemos que hacer un llamado de atención, si la prescripción disciplinaria de la nueva norma es de 5 años

y la caducidad de la 1474 también es de 5 años, no hay en principio ningún inconveniente entre las dos cosas, me explico, el término ni aumentó ni se disminuyó, pero hay un asunto que debemos reconocer: al quedar derogada la norma, a partir de cierto momento, es decir, de octubre o de noviembre de este año, las conductas que ocurran tendrán los mismos 5 años que tiene la 1474 pero hay un punto, para poder pasar del término de caducidad al término de prescripción hay que dictar el auto de investigación disciplinaria, pero hay un problema, dictado el auto de investigación disciplinaria se ha de producir el fallo y producido el fallo, se acuerdan de la sentencia del Consejo de Estado de Sala Plena del General Velandia, de septiembre de 2009, con todos los problemas que tuvo, todas las vueltas que eso dio, conjueces, un incidente de nulidad frente a la Procuraduría, pero hoy es absolutamente claro que el fallo de primera instancia debe producirse dentro del término del lustro, es decir dentro de los 5 años, cosa que ratifica nuevamente la norma, y viene un problema, ¿Cuánto tiempo tenemos para producir el fallo de segunda instancia?, me explico en el lío en que los voy a meter, si aplicamos el principio de favorabilidad deberíamos aplicar la nueva norma a las circunstancias acaecidas con anterioridad a ella, y tendríamos un máximo de dos años para fallar, eso es lo que dice actualmente la norma, fallas en 5 años la primera instancia y la notificas, sentencia C-1076 y una vez hecho esto, tienes 2 años para producir el fallo de segunda instancia; estoy hablando en términos hipotéticos de una sanción que ha sido impuesta cercana a los cinco años de prescripción, porque si ocurre mucho antes el argumento pierde valor; es el asunto, si me quedo con la norma anterior, la administración tendría hasta 5 años según una interpretación o según otra que es la que nosotros acogemos, no hay término para proferir el fallo de segunda instancia en los términos de la sentencia de Sala Plena del Consejo de Estado que dice que tiene que producir el fallo de primera instancia dentro de los primeros 5 años que es la vía administrativa, y como quiera que la vía gubernativa depende de la apelación, se tendrá un término indefinido y viene la pregunta: si el término es indefinido en la norma anterior, y el término es definido en la norma nueva, ¿Cuál es más favorable?. Con todo el respeto con ustedes, es más favorable la nueva, porque te elimina el principio de que quedas sub judice un montón de tiempo porque no hay término porque el Consejo de Estado no lo fijó, recuerden que esa sentencia es una sentencia de Sala Plena que desconocieron los conjueces en su momento para infortunio nuestro, entonces ese impacto tendrá que ser revisado, porque de cualquier manera antes de que se cumplan los cinco años de

vigencia de la 1474 debemos proferir por lo menos el auto de investigación disciplinaria y algunos dirán el fallo de primera instancia también porque es que recuerden que la prescripción en la norma anterior tiene 5 más 5, es decir diez, con todo el respeto con ustedes, es cuestión de matemáticas, que son 5 de caducidad mas cinco, da diez, y la nueva norma dice que son cinco más dos, que da siete, esa es una reflexión que tenemos que empezar a hacer, para evitar que el 13 de julio del año entrante se cumplan los cinco años de aquella conducta que se dio por lo menos el primer día de vigencia del estatuto anticorrupción no rebase los cinco años, por lo menos tendríamos que fallarla, porque se va a presentar un galimatías jurídico espectacular en las personas pretendiendo que se aplique la 1474 y que todavía tengan más de 5 años que es lo que pretenderán algunos operadores jurídicos y el otro galimatías será de aquellos que dirán que a los cinco años fenece la acción disciplinaria, me explico, si se produce el auto de investigación disciplinaria en los 5 años de la 1474 y usted lo compara con los 5 años de la nueva norma lo que interrumpe la prescripción no es el auto de investigación, es el fallo, y usted no ha producido el fallo en esos 5 años, a eso es a lo que voy, y esto será un lío difícilísimo de resolver porque evidentemente si yo cometí una falta en vigencia de la 1474 me tienen que aplicar la 1474, sería una violación al debido proceso que me aplicaran retroactivamente otra norma, ese es un argumento supremamente poderoso, el otro será, no señor, se está hablando de un término de 5 años, y en 5 años el Estado tiene que fallar en primera instancia. Queríamos hacer el llamado a esa reflexión para que se verifique la aplicación del principio de favorabilidad en estos términos, problema que muy seguramente va a tener la Procuraduría General de la Nación al respecto de las inhabilidades que se estén purgando en este momento y que estén en límite entre los 5 años y los 10 de la inhabilidad.

Avanzando un poco en este tema y en los minutos que me restan dentro de la revisión de los principios, entonces volvemos también a la aplicación de otras disposiciones que son novedosas entre nosotros pero que recogen los criterios jurisprudenciales que veníamos manejando. Quisiéramos remitirlos al principio de investigación integral que está en el artículo 13, pero primero quiero que hablemos de aquel principio que determina la preexistencia de la norma en cuanto que aceptamos que también debe aplicarse para las normas de remisión, ese es el artículo cuarto donde van a encontrar ustedes que se habla de los destinatarios de este código con algunos cambios simplemente de forma, serán investigados y sancionados disciplinariamente por comportamientos descritos como falta en ley vigente al momento de su

realización, la preexistencia también se predica de las normas complementarias. Para nosotros no es un secreto que existen normas de remisión, el punto que plantea el artículo y que va a tener una importante trascendencia también frente al principio de favorabilidad es este: usted puede quitarle el carácter de falta a una conducta sin afectar el Código Disciplinario Único. Me explico, acaba de pasar con la ley la semana pasada la ley de derecho de petición, si ustedes la revisan, la 1437 original antes de la derogatoria dijo que la violación de las normas de derecho de petición constituye falta gravísima, si leen hoy en día la norma van a encontrar ustedes que el artículo dice “constituye falta disciplinaria”, se le quitó a una norma de remisión el carácter sancionatorio sin haber reformado el Código Disciplinario Único, eso nosotros lo habíamos advertido hace algún tiempo cuando se hizo la reforma política hace algún tiempo en torno a aquellas normas que de la Ley 136 de 1994 y que la Ley 1148 dice que los concejales no pueden elegir funcionarios en el caso de las juntas administradoras de las empresas industriales y comerciales del municipio; no pueden elegir parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, pues vino una norma que eliminó el parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad y lo dejó en el segundo, con los cuales en los municipios de cuarta, quinta y sexta categoría un concejal si puede participar en la elección de un primo hermano pero en un municipio de categoría especial, primera o segunda no puede elegir a un primo hermano porque está inhabilitado, ahí lo que pretendemos nosotros y lo que se quiere con esto es que la norma de remisión también está sometida al mismo principio de preexistencia. Insistimos, esto era obvio por la jurisprudencia, pero aquí viene el problema, también podemos predicar el principio de favorabilidad de las normas de remisión, así las cosas, si una norma de remisión cambia y se está adelantando un proceso y esa norma deja de existir se convertirá naturalmente en más favorable y podremos pedir la aplicación del mismo presupuesto naturalmente sobre los supuestos que ello indica es decir, una ley posterior que no fue violada resulta menos gravosa que la inicial, por lo tanto esa relación entre tipicidad, principio de favorabilidad, prescripción, tenemos que hacerla consciente en torno de lo que estamos mencionando en este momento para que no haya problemas porque en esos casos estamos hablando de procesos que están en curso o de procesos que se van a iniciar, en torno a los procesos que hoy tienen sanción en firme, ejecutoriada y se está cumpliendo la inhabilidad, creemos que el problema o el asunto es relativo a la forma en cómo se va a manejar administrativamente el antecedente en la Procuraduría General de la Nación.

De otro lado seguimos ya con el artículo 13 sobre la investigación integral, este artículo ustedes lo conocieron en el 129 sobre pruebas, quisimos traerlo acá para que quedara de una vez como una enunciación axiológica o una petición de principio en el sentido que desde aquí debemos saber que debemos investigar tanto lo favorable como lo desfavorable y que oficiosamente se pueden decretar pruebas pero su ustedes observan el artículo 13 con detenimiento, encontrarán que desaparece la expresión verdad material. El tema de la verdad material, la verdad formal, la verdad verdadera es un tema que a nuestro juicio en términos filosóficos está mandado a recoger, no desde el punto de vista de una discusión ontológica del deber ser de las cosas, sino desde el punto de vista de realidades procesales porque la forma llevó a personas a decir que lo que no estaba en el expediente no existía en la vida real y eso no puede corresponder en un principio de justicia disciplinaria según el cual empezamos a sacrificar lo sustancial en función de la forma, porque la forma terminaría siendo más importante que la sustancia y constitucionalmente está claro que la forma no puede ser más importante que la sustancia. Aquí también se aplica un principio de dignidad humana, según el cual no podemos dar lugar a la formalidad por el prurito de la forma para sacrificar la justicia o el derecho, que es algo que nos suele suceder no en materia disciplinaria que lo hemos referido también en otros escenarios y en publicaciones de la Defensoría, se suelen negar acciones de tutela porque no se presentan por escrito, en Colombia no se atienden derechos de petición si no se hacen por escrito, no obstante las normas hace más de treinta años sostienen que una petición verbal debe ser atendida, igualmente una solicitud de tutela debe serlo, señores presenten una acción de tutela en Bogotá, vayan a la décima, si no numeran los folios, si no le ponen carátula, si no ponen el gancho les devuelven la tutela y ¿dónde queda el derecho fundamental? La preeminencia de la forma sobre la sustancia en detrimento de esta última. Ese es el planteamiento que se hace sobre ese supuesto. Ese es el problema de la formación que tenemos, porque todavía seguimos pensando en el derecho romano, según el cual la ley es dura aunque sea dura y nosotros estamos planteando hablemos de justicia antes de hablar de formalidad, es evidente que la norma procesal está al servicio de la norma sustancial, pero ese es el planteamiento que está haciendo todos estos principios.

Cuando uno sigue avanzando aparece ya el artículo 15 sobre el derecho de defensa, no se alcanzan a imaginar el momento que tuvo esto al interior del discurso, pasamos en el Senado con las normas como ustedes las

ven y en la Cámara de Representantes alguien empezó a hablar de defensa técnica otra vez, cuando la Corte Constitucional en sentencia que ustedes pueden no compartir, porque muchos dirán, es que la diferencia entre defensa técnica y defensa material... de acuerdo, la defensa técnica implica el conocimiento, pero resulta que la experiencia nos está mostrando que muchas veces las personas no asisten a las audiencias van a hablar sobre ese defecto mañana y van a ver una norma específica, porque ¿cómo se traba una audiencia? No asistiendo. Al sistema adversarial se le dice también sistema aplazatorio ¿por qué se aplazan permanentemente las audiencias? O bien porque no hay defensor, o bien porque no se asiste y se aplazan permanentemente, entonces el asunto fue este, a alguien se le ocurrió crear la defensoría pública disciplinaria, es decir, en ese texto que ustedes ven ahí, donde están los estudiantes de consultorio jurídico que históricamente han dado un buen resultado, donde hay lugares en Colombia donde no existen facultades de derecho, donde vamos a tener un problema enorme de hacer obligatoria la presencia de defensor y si el defensor no va porque no existen facultades de derecho, hasta ahí llegaría el proceso, lo cual supondría que tendríamos procesos en la región central de Colombia y en el oriente no habría procesos disciplinarios. El segundo punto y es este ¿de dónde va a sacar la defensoría del pueblo el presupuesto para nombrar defensores públicos en materia disciplinaria si los 4.100 defensores públicos que hay hoy en día cuestan \$177.000 millones de pesos? Y hemos visto que la Ley 1737 de los comienzos de diciembre del año pasado que redujo el 10% los presupuestos de las entidades y hay directiva presidencial en que se redujo el 15%, adquisición de automóviles, viáticos y pasajes, teléfonos celulares, y además publica sacar el dinero. ¿De dónde vamos a sacar el dinero? Esa fue la segunda complicación que tuvimos.

La tercera, ¿es éticamente aceptable que el Estado deba suministrar a costo del mismo Estado; entiéndase por ello los contribuyentes, abogados de oficio a las personas que realizan actos de corrupción en materia disciplinaria? A nosotros nos parece insostenible. Por eso lo que ustedes ven es que al mismo tono de lo que fuera una sentencia de constitucionalidad la C-328 de 2003, que dijo que evidentemente debe haber una defensa, el artículo que ustedes tienen ahí supone que hay una defensa material y una persona puede voluntariamente tener o no su defensor y el no tenerlo no supone el entramamiento del desarrollo de un proceso disciplinario, fueron momentos muy difíciles sobre todo desde el punto de vista presupuestal, la defensoría del pueblo no alcanza a cumplir la función dentro del sistema acusatorio

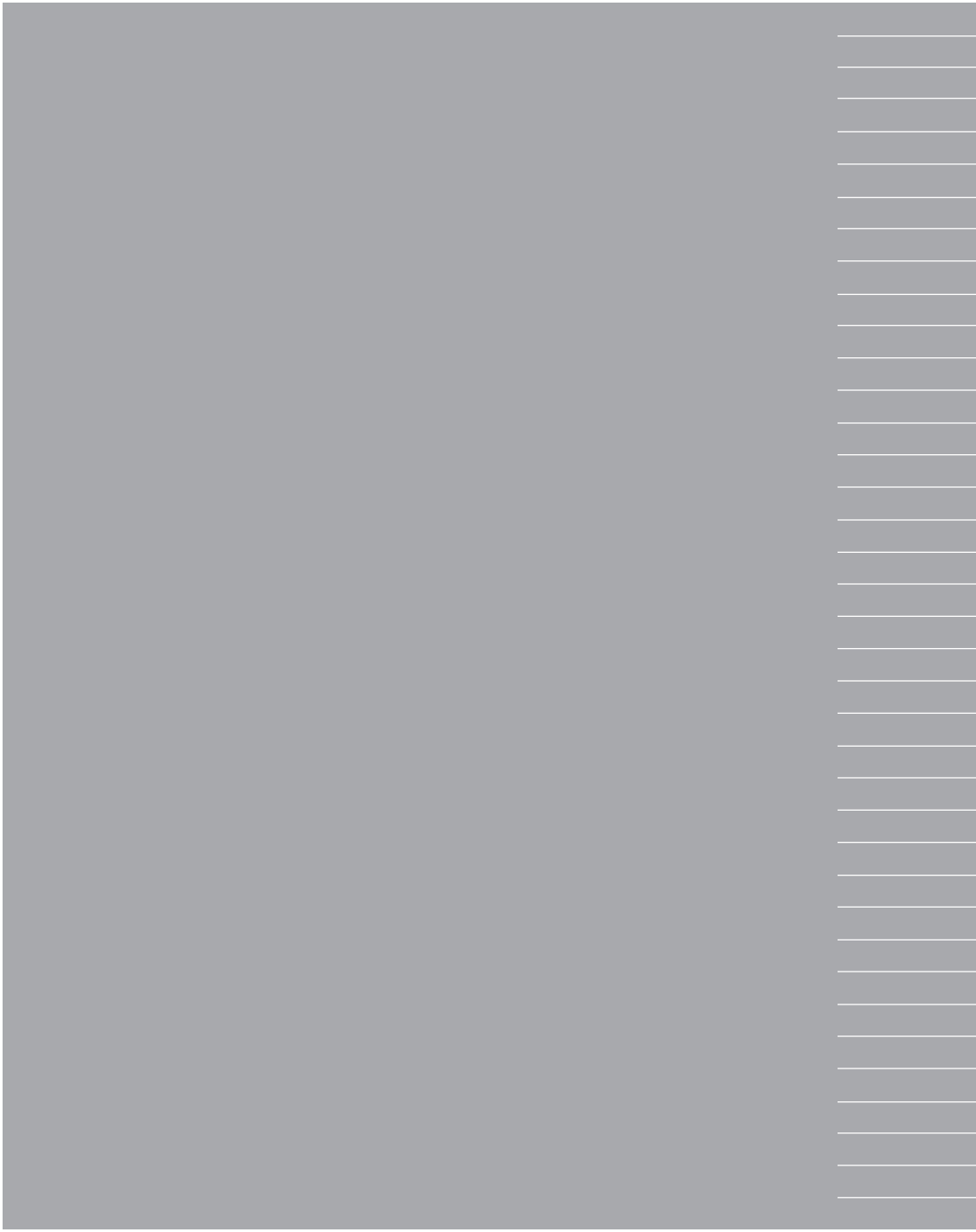
por falta de defensores porque no hay suficiente dinero para poderlos pagar, y hay voces según las cuales el sistema de defensoría pública no debería ser por contratación, si revisan la Ley 941 de 2005, es impresionante, la ley ordena hacer contratos de prestación de servicios, es la ley la que lo dice, no es la voluntad del Defensor del Pueblo, entonces en esa medida hubo muchas discusiones, ¿sería sano, estamos completamente de acuerdo, exigir especializaciones de derecho disciplinario a todas las personas que avocan esta clase de defensas? Pero empiezan los problemas, hace muchos años la discusión también se dio cuando se observaron a concejales y alcaldes sancionados disciplinariamente y se dijo, deberíamos exigirle a los candidatos a las alcaldías, a los concejos municipales y a las asambleas departamentales una especialización en gerencia pública, entonces alguien se paró y dijo, ¿puede la Escuela Superior de Administración Pública poner una sede en cada una de las capitales del país para educar a los futuros muchachos que van a ser candidatos al concejo municipal? O viene la otra pregunta, ¿cuánto va a costar? ¿Puede el Estado subvencionar gratuitamente estudios universitarios de gestión pública? Y fue cuando se creó la Escuela de Alto Gobierno dentro de la Escuela Superior de Administración Pública, que es el famoso curso que les van a dar a los alcaldes ahorita en noviembre cuando estén elegidos. Estas cosas son fáciles de decir, pero cuando se van a implementar empiezan los problemas, y los problemas finalmente son problemas de dinero, y desafortunadamente así es, seguimos insistiendo, así quedó el punto relativo a los defensores que siguen siendo los estudiantes de consultorio jurídico.

Así mismo aparece otro artículo que tiene que ver con la misma dignidad humana, el 17 sobre gratuidad. Si ustedes lo leen, tiene una formulación distinta a la que hemos conocido, sabemos por el artículo 101 de la Ley 734 actualmente que se notifican ciertas providencias, sabemos también por el artículo 67 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo que cuando se hace una notificación se entrega copia de la providencia íntegra y gratuita del acto de que se trató; esa norma no está en el Código de Procedimiento Penal, estuvo en el Decreto 01 de 1984, desde que comenzó era el viejo artículo 44, y aquí la tienen ustedes en el principio de gratuidad en el artículo 17, donde se establece que se deben entregar, tendrán derecho a que se entregue de manera gratuita copia simple o reproducciones de los autos interlocutorios, de los fallos, del auto de pruebas, porque resulta que en este país hemos visto gente que tiene que dejar su cédula en un acto ilegal para ir a sacar su propio pliego de cargos

en una fotocopidora, eso viola el principio del artículo primero que se llama dignidad humana, hasta que les toque, uno entiende esto cuando le hacen un pliego de cargos a uno, y se duele de las cosas como suceden, este artículo también fue discutido, que se suponía que las personerías deberían tener fotocopias, no, eso lo que supone es garantizar el debido proceso no en el discurso sino en la realidad, a la gente se le debe entregar copia del auto de indagación preliminar, del auto de investigación disciplinaria, del auto que decreta pruebas, de todas las disposiciones que están enunciadas allí, del fallo, del pliego de cargos obviamente, del auto de pruebas sobre todo cuando las niega, porque cuando las concede aceptaríamos eventualmente, pero cuando las niega, sobre qué presupuesto va a hacerse un recurso, y finalmente, porque ya me pasé del tiempo, aparece otro artículo, el 20 sobre congruencia.

De una experiencia que se hizo en la Procuraduría General de la Nación sobre el daño antijurídico, existe en la Procuraduría una colección que ya va por el tercer tomo sobre un estudio que se hizo a nivel contencioso administrativo sobre por qué se caen contenciosamente los fallos disciplinarios de la Procuraduría, naturalmente se encontró que uno de los principios es el supuesto de la congruencia, la congruencia es la natural correspondencia que tiene que existir entre el inicio de una investigación, eventualmente la imputación disciplinaria, pero sobre todo entre la imputación disciplinaria en el pliego de cargos y el fallo, porque puede no existir congruencia entre el origen de una investigación y la imputación disciplinaria, eso tiene que ver con un elemento que se denomina conexidad, si no hay conexidad abrimos la investigación y no pasa absolutamente nada, pero la congruencia tiene que ser la natural identificación e imputación hecha en el pliego de cargos y el fallo, ¿cuál de los pliegos de cargos?, cualquiera, ya sabemos que en el derecho disciplinario pueden haber dos eventos de pliegos de cargos, uno normal, y otro que eventualmente hacemos para variar la imputación, pero al variar la imputación no quedan dos cargos, queda uno, el último. Por eso planteamos la identificación o bien entre el pliego de cargos variado, o bien entre el pliego de cargos original y el fallo. Debió también quedar como principio para que no vaya a haber ningún inconveniente, desde el punto de vista del operador, pero más allá desde el punto de vista de los derechos humanos y de los derechos procesales de la persona que es cuestionada disciplinariamente, no se puede sorprender a una persona en el momento del fallo con una imputación nueva, que no fue objeto de discusión probatoria a lo largo del curso de la investigación y finalmente en el artículo 21 la

cláusula de exclusión, las pruebas, seguimos fallando en el tema probatorio, el doctor preguntaba por algo de formación y nosotros también tenemos que decirlo públicamente, revisen ustedes de sus estudios cuánto tiempo dedicaron a estudiar procedimiento, estudiamos teoría del proceso, procedimiento civil, procedimiento penal, procedimiento administrativo, procedimiento laboral, estudiamos años, y cuando vamos a revisar cuanto tiempo estudiamos pruebas, descubrimos con sorpresa que estudiamos un semestre pruebas y resulta que todo el secreto del asunto de la responsabilidad está en las prueba, si fallamos en las pruebas el contencioso nos va a cobrar esa deuda porque estamos fallando evidentemente en eso, el principio de legalidad de las pruebas, las pruebas deben decretarse, practicarse y valorarse. Esa insistencia se hace ahí, directamente en torno del retiro de aquella pieza procesal, no el retiro material de la misma, sin o el retiro jurídico de la consideración probatoria de un elemento que no se aviene a la legalidad en su aporte al expediente, verán ustedes en el procedimiento las discusiones que ya se dieron porque por fin pudimos independizarnos de la remisión normativa en materia probatoria, eso es de los aciertos de esa norma, tenemos nuestro propio código según el cual practicamos nuestras pruebas con base en reglas universales, pero que están determinadas aquí, la remisión que hicieramos en el 130 sobre pruebas al Código de Procedimiento Penal, las remisiones antiguas que se hacían a todas estas normas del Código Contencioso Administrativo, al Procedimiento Civil, al Penal, las discusiones que si la Ley 600 o la 906, ya quedan resueltas aquí, por lo tanto en este primer capítulo sobre principios están las incidencias de lo que será la futura aplicación de la norma y el escrutinio que dentro de 7 u 8 años hará la rama judicial, porque ese es el otro problema de hacer una investigación, sobre daño antijurídico, que lo que encontramos fueron decisiones que se habían tardado entre 9 y 11 años; estudiar hoy en día lo que pasó hace 11 años es muy complicado y lo que está pasando hoy será revisado dentro de 7 u 8 años. Me tocó la parte difícil porque me tocó hacerlo rápido porque me llevé el tiempo por delante, espero de todo corazón que estas reflexiones contribuyan a que tengamos una correcta aplicación de la norma que viene, fue un placer estar con ustedes, muchísimas gracias.



PRINCIPIOS, FINES Y
VALORES DEL CÓDIGO
DISCIPLINARIO ÚNICO:
apreciaciones desde el
Derecho español

JORGE JIMÉNEZ LEUBE *

** Coordinador del Área de Derecho
Administrativo de la Universidad Alfonso X "El
Sabio" Madrid. España.¹*

...buscar antinomias es perder el tiempo que pudiera lograrse adquiriendo principios. (...) que se sabe el Derecho por principios i que las interpretaciones proceden de necesarias consecuencias.

Gregorio Mayans y Siscar 2.

Resumen

Esta ponencia estudia la institución disciplinaria administrativa desde un enfoque axiológico y valorativo, tratando de resaltar la importancia de la consideración de los principios sobre los que se asienta esta institución, y la posibilidad de que la Exposición de Motivos y el Preámbulo de nueva normativa reguladora del procedimiento administrativo disciplinario que actualmente se está tramitando en Colombia haga referencia a ellos en forma expresa: el Preámbulo de la nueva norma podría designar las reglas, principios, fines y valores de la esencial función pública de policía; los que informan el ejercicio de la potestad disciplinaria y los concretos y propios del procedimiento disciplinario. Finalmente el autor también menciona algunas otras cuestiones que en España informarían la redacción de un precepto legal de esta naturaleza: la “técnica legislativa” española, el “estudio de impacto normativo”, la visión de género y la tramitación electrónica de los procedimientos y expedientes administrativos. Esta ponencia aporta links para facilitar el acceso a la normativa española vigente y aplicable respecto de todas esas materias³.

Introducción

No resulta sencillo establecer parámetros de comparación entre el Derecho colombiano y el español. Este empeño resulta especialmente complicado por el continuo y constante cambio legislativo que se sucede en España. Sólo hace diez días, el día uno de julio, entraron en vigor reformas legislativas tan importantes como la del Código Penal⁴ o la de nuestra Ley de Seguridad Ciudadana⁵. También las dos principales leyes administrativas españolas tienen sus días contados, porque ya han resultado aprobados los nuevos

Proyectos de Ley: Procedimiento Administrativo Común⁶ y Régimen Jurídico de la administración General del Estado⁷.

Además de estos cambios en la legislación estatal, conviene recordar que España es un Estado territorialmente descentralizado en el que coexisten tres niveles de Administración territorial que proyectan su actividad normativa sobre espacios subjetivos y geográficos casi siempre coincidentes. Las Comunidades Autónomas españolas también tienen potestad legislativa, y sus leyes son de idéntico rango que las leyes dictadas por el legislador estatal, por lo que frecuentemente la también cambiante normatividad autonómica se superpone a la estatal, y dificulta su integración. Este problema se agrava cuando también se yuxtaponen -en las materias y en los tiempos- los correspondientes desarrollos reglamentarios creando así un segundo nivel de posibilidad de antinomia, que en ocasiones resulta ya prácticamente indescifrable. Esta profusión legislativa, ha llevado a algunos juristas españoles a la conclusión de que desde un punto de vista práctico, en nuestros tiempos las normas de rango superior resultan absolutamente relegadas por la acumulación bajo ellas de un inmenso y cambiante material, introduciéndose así el interesante nuevo concepto de “pirámide normativa invertida”⁸. Cuando la Historia del Derecho de los sucesivos siglos se detenga en el estudio de nuestro actual período histórico, creo que lo único que destacará de nuestro tiempo es este continuo cambio de las normas y esta desordenada acumulación de lo nuevo que denominamos “legislación motorizada”.

El fenómeno de la legislación motorizada confiere un carácter provisional y transitorio a cualquier norma y genera profundos problemas de interpretación e integración del Derecho. Pero lo más grave: obliga a los juristas a un constante y doloroso proceso de actualización y especialización en su materia, que puede tener la consecuencia de hacerles olvidar la parte más importante del Derecho, cual es la motivación racional y la finalidad axiológica que debe impregnar no solo el dictado de las normas y los reglamentos, sino todo el trabajo del jurista prudente. Porque a mi juicio esta desenfrenada producción legislativa que caracteriza la legislación española es un síntoma que demuestra que el Derecho padece alguna grave enfermedad.

Por eso, la ocasión de escribir sobre un texto como el que se contiene en el Proyecto de Ley 195 de 2014 y 55 de 2014 Senado no puede causar más que cierta satisfacción. Pocas normas como esta se han sometido a tan profundo tratamiento, a tan abierto debate y a discusión tan profunda. No cabe duda de que con el Código Disciplinario Único se pretende dotar a la Nación colombiana de una norma reflexiva y prudente, con vocación

de largo alcance, y centrada en la resolución de problemas importantes y reales. Tengo la certeza de que tras la promulgación de esta nueva norma, la Jurisprudencia y la Doctrina encontrarán mucha utilidad en los textos generados durante el debate en el que ahora tengo el honor y la responsabilidad de participar.

A diferencia de la legislación colombiana, en España el tema del control administrativo siempre se ha tratado de forma cambiante⁹ y poco sistemática¹⁰, lo que dificulta la comparación. Ningún precepto español es equivalente a este ordenado y potente código de control de la actuación de las administraciones y los funcionarios colombianos. Como explicaron puntualmente otros españoles que me precedieron en esta tribuna¹¹, la legislación disciplinaria española tiene su base -o tenía- en la Ley 30/1992, que precisamente es una de las dos leyes para cuya derogación sólo falta ya la aprobación del nuevo Proyecto de Ley¹², que previsiblemente sucederá en esta misma legislatura.

En España no existe Código Disciplinario Único, ni normativa alguna que pueda resultar equiparada. Ni existe, ni se le espera... Quizá, porque en España todavía no seamos conscientes de la importancia que tiene el establecimiento del control administrativo de la propia función administrativa, quizá porque los españoles -bajo una interpretación muy inadecuada del dogma de la separación de poderes¹³- pensemos que el poder ejecutivo nunca puede controlar al poder ejecutivo... En mi opinión también en España sería muy conveniente establecer órganos administrativos autónomos especializados en el control de la propia administración, y dotarles de una norma adecuada para esa función. Aunque la falta de un adecuado término de comparación en la legislación española nos impida hacer -como nos gustaría- una puntillosa y detallada comparación normativa, los fines y funciones públicas; los principios que rigen la función disciplinaria y los que orientan el proceso y el procedimiento sí que pueden ser objeto de discusión y comparación.

Independientemente de la forma y redacción que posteriormente se dé a las normas jurídicas que positivizan los principios, su descubrimiento en la exégesis normativa; en la jurisprudencia; y en la doctrina científica de ambos países, aporta interesantísimos argumentos de justicia respecto de las actuales regulaciones, que resultan especialmente útiles en momentos de revisión legislativa como la que se está realizando actualmente en Colombia.

Por ello, centraré este comentario en la consideración de los fines y los principios, tanto en los que regulan la función pública de la disciplina

administrativa, como en aquellos que regulan el procedimiento administrativo disciplinario mediante el cual se hace efectiva la anterior función.

Preámbulos y exposiciones de motivos

En la legislación española

En España, se denomina “Exposición de motivos” al texto que antecede al proyecto o proposición de ley y “Preámbulo” al que acompaña a la Ley ya aprobada. Respecto a su valor jurídico y fuerza de obligar, el Tribunal constitucional español¹⁴ tiene declarado que sin prescribir efectos jurídicamente obligados y carecer por ello del valor preceptivo propio de las normas de Derecho, los preámbulos tienen un valor jurídicamente cualificado como pauta de interpretación de tales normas.

La exposición de motivos contiene la expresión de las razones en las que el propio legislador fundamenta el sentido de su acción legislativa y expone los objetivos a los que pretende que dicha acción se ordene, constituye un elemento singularmente relevante para la determinación del sentido de la voluntad legislativa, y, por ello, para la adecuada interpretación de la norma legislada.

El lenguaje que se emplea en los preámbulos y en las exposiciones de motivos no tiene carácter prescriptivo como resulta habitual en la redacción de los textos que componen la parte dispositiva de las normas jurídicas. El lenguaje empleado en la redacción de los preámbulos suele ser más conciso y solemne que el utilizado para las exposiciones de motivos. Realmente la exposición de motivos contiene una manifestación de voluntad del redactor de la norma, que debe ser revisada debatida y aprobada por el auténtico legislador. En los preámbulos españoles resulta muy habitual encontrar referencias a la necesidad, alcance y oportunidad de la legislación propuesta y a la legitimidad de la autoridad que la está proponiendo...

El preámbulo -aunque rara vez se apartan de lo que ya se había establecido en la exposición de motivos- tiene un tono mucho más explicativo del contenido y estructura de la ley, justifica los objetivos de la misma y en un tono no necesariamente imperativo y por lo general más largo y didáctico, dejan fijados los principios, fines y valores que presuntamente el posterior texto articulado va a hacer efectivos. Es evidente que en muchos casos los objetivos siempre loables que el preámbulo dice pretender alcanzar resultan claramente traicionados por el contenido de la parte dispositiva de la Ley.

Que las exposiciones de motivos y preámbulos no tengan fuerza directa de obligar no implica que no sean importantes. En España los principios generales del Derecho son la tercera fuente formal directa del Derecho, y además tienen carácter informador de todo el ordenamiento jurídico. Por ello, la muy habitual referencia a estos Principios Generales que normalmente se contiene en las exposiciones de motivos y preámbulos, imponen a los posteriores intérpretes de las normas criterios fundamentales que sí les vinculan. Los principios y fines referidos en estos textos preliminares no tienen valor jurídico y fuerza de obligar por estar incluidos en ellos, sino porque por sí mismos resultan alegables y aplicables en el proceso de interpretación y aplicación de la norma jurídica que anteceden. En España Las Administraciones públicas están sujetas así, y además, a lo que el art. 1.4 de nuestro Código Civil denomina “principios generales del Derecho”, en los que se expresan valores materiales básicos del ordenamiento, estructurales, que le prestan sentido. Principios que, como dijo nuestro Tribunal Supremo, entre otras en las sentencias de 30 de abril de 1988 y 16 de mayo de 1990, *“son la atmósfera en la que se desarrolla la vida jurídica, el oxígeno que respiran las normas”, de suerte que “si tales principios inspiran la norma habilitante que atribuye una potestad a la Administración, esta potestad ha de actuarse conforme a las exigencias de los principios”*¹⁵.

Debido al enorme éxito que se ha derivado de la inclusión o cita en estos textos preliminares de determinados principios valores y fines, podemos también observar que en ocasiones los redactores de los proyectos de ley o de las leyes incurrían en el error de hacer referencia a otra serie de cosas que ya están reguladas en su correspondiente sitio, presentándolas como una aportación o novedad introducida por la nueva ley. En la tarea nomogénica, como en todos los quehaceres humanos, la elegancia que José Ortega y Gasset definió como “la sobriedad en la plenitud” es muy importante. Por ello, y a mi criterio, las referencias a los valores constitucionales, a los principios propios de la legislación que se está innovando, o al contenido de sentencias o disposiciones de tribunales internacionales deben ser escuetas y precisas para permitir discernir al intérprete, si la nueva Ley si trata de establecer un nuevo principio, o si simplemente la nueva ley se está refiriendo a algo preexistente, y que por tanto cuenta ya con su correspondiente doctrina interpretativa.

En la legislación colombiana

A diferencia de lo que ha entendido el Tribunal Constitucional español, en Colombia la Corte Constitucional colombiana haciendo referencia al valor jurídico y fuerza de obligar del preámbulo de la Constitución ha declarado que:

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

“IX. Finalmente, queremos manifestar nuestro entusiástico apoyo a la tesis conforme a la cual el preámbulo de la Constitución es una verdadera norma jurídica que como tal tiene poder vinculante y debe ser respetado y obedecido en todos los casos”. Sentencia C-479/92

Esta Doctrina reconoce valor jurídico y forma de obligar al preámbulo. De ahí la importancia, que a mi juicio podría tener la incorporación al Proyecto de CDU de un preámbulo meditado, elegante y sencillo, que centre el debate sobre la institución disciplinaria en los principios fines y valores que ésta aspira a realizar, y no tanto en la siempre estéril discusión sobre las reglas que coyunturalmente componen una determinada norma. Tras ese debate seminal, y tras la aprobación de la norma, esa Exposición de Motivos, transformada ya en Preámbulo serviría de criterio auténtico de interpretación, y de explicación, referencia, y cita en los estrados y en las aulas.

Preámbulo: aspectos formales

En mi opinión, la Exposición de Motivos de una norma jurídica de la importancia y alcance del CDU (caso de redactarse en España), contendría las siguientes partes:

1.- Referencia a la habilitación legal específica o al marco legal en que la nueva norma va resultar incluida, a efectos de una posible interpretación sistemática de la misma. En este apartado también se puede escribir el

alcance o ámbito de la potestad que se va ejercer y los límites de la misma, incluso haciendo referencia a otras autoridades dotadas de competencias concurrentes sobre la materia disciplinaria y la prelación u orden de ejercicio de las mismas, en el caso de existencia de competencias concurrentes.

2.- Breve referencia a la causa y oportunidad del dictado de esta nueva norma, que posiblemente incluiría una consideración crítica del régimen vigente anterior, y de la causa de su obsolescencia, todo ello orientado a acreditar la necesidad de la presente. Esta breve referencia seguramente resultaría muy ampliada en el preámbulo que acompañaría la norma tras el debate parlamentario, ya que como dijimos los preámbulos normalmente toman una redacción y lenguaje más didáctico que las exposiciones de motivos.

3.- Referencia axiológica y valorativa. En esta última parte de la Exposición de Motivos se incluiría la referencia de los criterios de interpretación que la autoridad legislativa pretende imponer respecto al contenido el texto articulado. Lógicamente me refiero a los fines y valores que inspiran y orientan la interpretación de la norma jurídica dictada, cuestión está a la que dedicaré el siguiente capítulo porque merece un tratamiento un poco más detallado,

4.- Descripción y un breve análisis crítico del contenido de la norma, normalmente en tono elogioso. Este último concepto no se incluiría en la Exposición de Motivos, ya que durante el debate parlamentario la norma puede sufrir modificaciones. Esta cuarta parte debe incluirse posteriormente en el Preámbulo, para facilitar su trabajo a los responsables de divulgar la existencia y contenido de la nueva Ley. En España los medios de comunicación suelen centrarse en el comentario de las exposiciones de motivos y preámbulos, resultando raro que alguna parte el texto articulado presente interés periodístico. Igualmente en escuelas superiores y universidades estas exégesis legislativas incluidas en los preámbulos, cuando están bien redactadas, también suelen ser utilizadas como material didáctico.

Preámbulo: principios, fines y valores

Visto pues, el interés de introducir referencias axiológicas y valorativas en los preámbulos y exposiciones de motivos de las leyes, conviene ocuparse de la forma correcta de plantear esta difícil tarea. En primer lugar debemos afirmar categóricamente, que los principios, los fines y los valores tienen su propia realidad ontológica, distinta y diferenciada. Es decir, que el mayor error que se puede cometer es la confusión entre unos y otros. Brevemente y desde un punto de vista muy práctico:

PRINCIPIOS.- La realidad ontológica de más difícil comprensión es a mi juicio, la de los Principios. Para referirme a ella, prefiero ampararme en la autoridad del maestro: GARCÍA DE ENTERRÍA¹⁶ en su interesante *Prólogo* a la Tópica de THEODOR VIEHWEG, en el que nos explicó en forma definitiva qué debemos entender por “principios generales del Derecho”. Los principios generales del Derecho están enmarcados dentro del llamado pensamiento problemático, o pensamiento tópico, que es un pensamiento que opera por ajustes concretos para resolver problemas singulares, partiendo de directrices o de guías que no son principios lógicos desde los que poder deducir con resolución, sino simples “lugares comunes” de valor relativo y circunscrito revelados por la experiencia. Los principios generales del Derecho son perfectamente singulares y específicos, y operan por aplicación directa sobre ámbitos problemáticos concretos. Los mismos principios también operan positivizados a través de una y otra forma. Se trata en efecto de verdaderos principios en sentido ontológico, y no de meras máximas o reglas heurísticas. Estos principios son generales, es decir que proceden de una estimativa objetiva social, y no de una supuesta justicia del caso concreto. Además, los principios generales del derecho siempre “informan” la institución en que se manifiestan.

Explicado en forma más sencilla, podemos decir que el razonamiento en base a principios es útil y necesario cuando los problemas abordados son problemas de carácter complejo, lo que es plenamente habitual en el ámbito jurídico. Por problema complejo entendemos a que el problema que cuando intenta ser resuelto en uno de sus aspectos empeora en otro de ellos... Sin duda el problema de la disciplina administrativa reviste este carácter de “problema complejo”. Los principios y pautas de comportamiento que una norma disciplinaria establece en forma positiva mediante obligaciones, o en forma negativa mediante prohibiciones, están orientados a resolver el complejo problema de encontrar un equilibrio entre la eficacia de la actuación administrativa y la salvaguarda de los derechos de los ciudadanos. Por ello, las reglas aplicables a cada caso concreto deben interpretarse bajo la comprensión y la valoración ponderada de todos los principios que fundamentan la institución: eficacia, eficiencia, interdicción de la arbitrariedad, proporcionalidad... Interpretar las normas administrativas o los actos jurídicos, aplicar el Derecho, no es más que operar con estos principios.

Los auténticos principios generales del Derecho¹⁷ que informan el ordenamiento jurídico, sirven de base a todas y cada una de sus instituciones,

y les añaden contenidos de justicia material que de otra forma podrían escapar en la literalidad de la ley. El auténtico derecho comparado es aquel que es capaz de comparar principios e instituciones, y no simplemente las reglas o normas que coyunturalmente forman parte de ellas.

FINES O FINALIDADES.- Los fines o finalidades jurídicas no pueden ni deben nunca resultar confundidos con los principios. Es obvio que el principio es el sitio de donde se parte, la razón en que basamos la resolución de un problema concreto de carácter complejo. El fin o finalidad es el sitio al que se quiere llegar, el resultado obtenido o el que se pretendió obtener. Normalmente encontraremos finalidades concretas, pero también otros fines que por su carácter más abstracto y general en ocasiones pueden llegar a confundirse con los valores. Como ya comenté a mi juicio es un error grave -que perjudica la elegancia de una norma- introducir en un preámbulo o incluso en el mismo texto articulado de la misma, la referencia a fines que ya han sido positivizados en normas anteriores vigentes, especialmente cuando esas normas son de rango superior. Lo correcto sería hacer referencia a la norma que ya positivizó ese fin, para evitar posibles posteriores interpretaciones discrepantes de los fines que se reiteran.

VALORES.- Cuando las normas jurídicas establecidas se interpretan y aplican a la luz de los auténticos principios, lo normal es que se alcancen las finalidades o fines para los que dichas normas fueron dictadas. Al alcanzar los fines jurídicos se hacen efectivos los valores. El valor a que debe aspirar toda regulación, como es obvio es primera y principalmente el valor “justicia”, que tradicionalmente ha resultado definido como una mera voluntad. Hay que tener en cuenta, que la referencia que hace el derecho positivo a los valores normalmente no debe entenderse en un sentido filosófico profundo, ya que para el derecho positivo esos valores constituyen auténticos “conceptos jurídicos indeterminados”, es decir que al introducir en las legislaciones esa referencia valores lo que realmente está haciendo el legislador es permitir que un posterior intérprete y aplicador de la norma sustituya el término mediante el que se hace referencia al valor por la interpretación que en ese tiempo está recibiendo dicho término. Cuando nos enfrentamos a la interpretación de un concepto jurídico indeterminado, lo que realmente debemos hacer es consultar la doctrina probable establecida por la jurisprudencia para comprender cuál es el sentido real que en ese tiempo se debe asignar a dicho valor, y no pretender interpretar bajo nuestra personal interpretación subjetiva, basada en cualquier ideología filosófica, el sentido profundo de dicho término. En realidad, así entendidos, los “conceptos

jurídicos indeterminados” son los más concretos y determinados de todos los conceptos jurídicos, ya que respecto a ellos existen siempre largas y precisas noticias en la Jurisprudencia y en la Doctrina científica.

En el Derecho español

El Título IV, de la Constitución española establece en el artículo 103 los principios que deben regir la actuación de las Administraciones Públicas. Estos principios y pautas de comportamiento están orientados a garantizar el adecuado equilibrio entre la eficacia de la actuación administrativa y la imprescindible salvaguarda de los derechos de los ciudadanos. Entre estos principios los que destacan el de eficacia y el de legalidad, al imponer el sometimiento pleno de la actividad administrativa a la Ley y al Derecho. Los principios de buena fe y de confianza legítima¹⁸ y los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación expresan las “pautas básicas” del comportamiento de las administraciones públicas españolas. Además, es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional español que los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, en el ámbito del Derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado. El Estatuto Básico del Empleado Público¹⁹ siguiendo la doctrina constitucional, establece que la potestad disciplinaria se ejercerá de acuerdo con los principios de legalidad y tipicidad de las faltas y sanciones, los principios de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables y de retroactividad de las favorables al presunto infractor, el principio de proporcionalidad, el principio de culpabilidad y el principio de presunción de inocencia. Esta norma española no ha contemplado expresamente ni el principio *non bis in idem*, ni el principio de personalidad de la sanción²⁰, aunque ambos resulten también directamente alegables en materia de derecho administrativo sancionador.

Entre los principios aplicables al desarrollo o tramitación del procedimiento, podríamos citar el principio de contradicción, el principio de transparencia, el de igualdad procesal, el de independencia-especialidad e inmovilidad-responsabilidad del órgano de instrucción. La ordenación del procedimiento estaría vinculada al principio de dirección e impulso de oficio y la finalización del mismo al principio de coherencia. Todos ellos en sus actuales consideraciones doctrinales e interpretaciones jurisprudenciales.

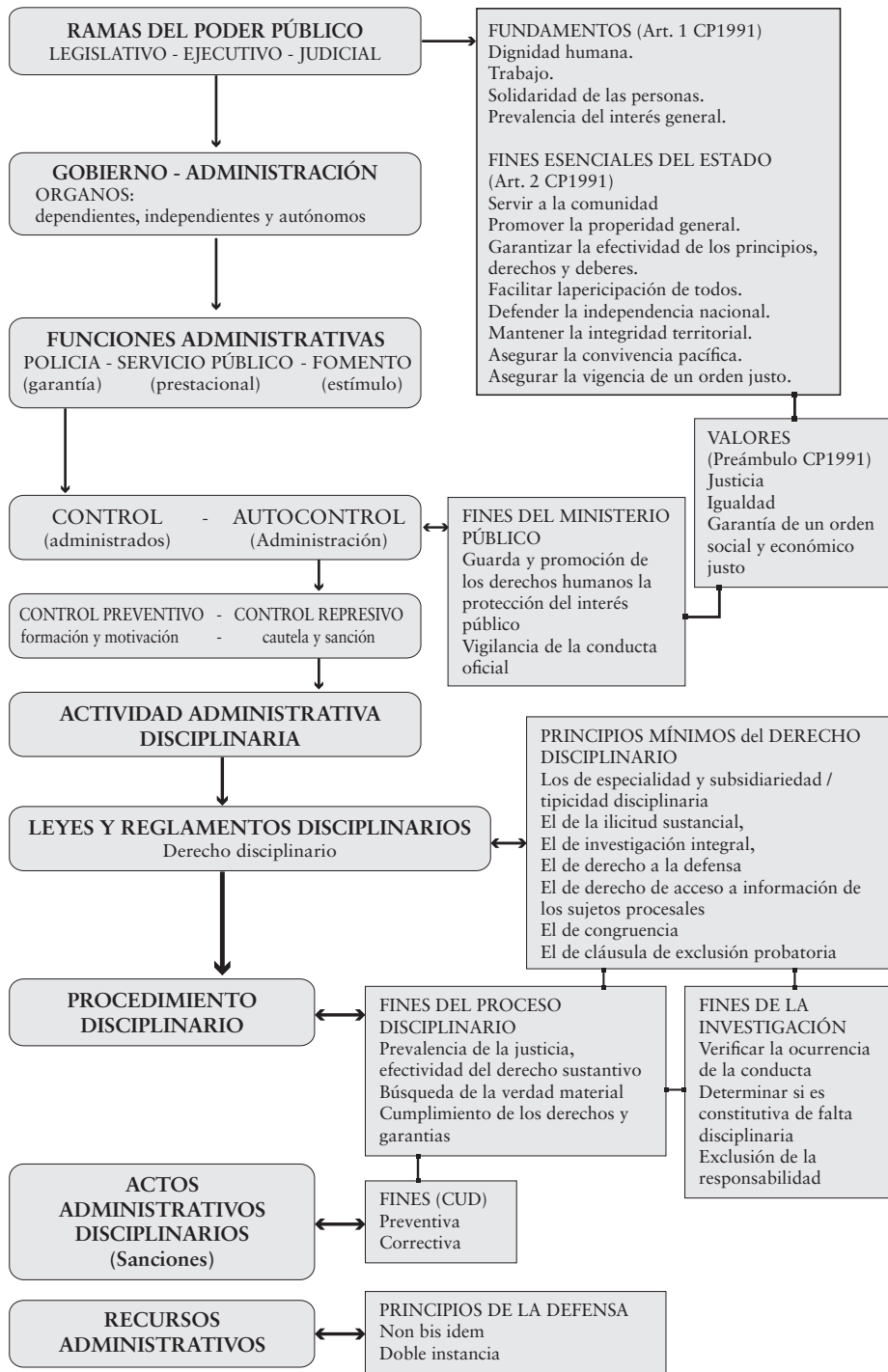
En el Derecho colombiano

El Preámbulo y posteriormente la Exposición de Motivos del CDU, sería a mi juicio el lugar idóneo para designar los principios fines y valores que deben orientar la interpretación y aplicación de los preceptos contenidos en dicho código.

El acto administrativo de imposición de una sanción o el de sobreseimiento del procedimiento y absolución del imputado no es más que es la finalización de una larga cadena de actuaciones, basadas en diferentes principios fines y valores. Igualmente, cada uno de los preceptos y numerales que conforman el CDU no son más que una forma de aplicación de estos principios fines y valores. El estudio pormenorizado de cada uno de ellos, y su diferenciación respecto a los otros, incluso posiblemente a la luz del derecho comparado, excede con mucho el objetivo posible de este trabajo. Además, esta tarea eminentemente jurídica necesariamente comporta una carga ideológica que la hace idónea para ser tratada únicamente en forma interna: es decir entre colombianos. Alejado del debate axiológico, mi aportación a esta tarea no puede ser otra que la metodológica.

Ante la extrema complejidad y la profusión de potestades competencias y funciones, de principios, fines y valores, su comprensión y tratamiento ordenado se convierte a mi juicio en una empresa eminentemente retórica. La construcción de un esquema dialéctico en el que se asigne su lugar a cada uno de los conceptos puede resultar extraordinariamente útil. A título de ejemplo, y posiblemente incurriendo en una gran cantidad de errores, he ensayado un primer borrador del “esquema dialéctico” de este proceso en Colombia. Se trataría de ubicar en cada uno de sus correspondientes lugares los principios fines y valores ya reconocidos por el derecho positivo, para comprenderlos más rápidamente y poder discutir sobre su idoneidad.

La propuesta es muy sencilla: antes de redactar la Exposición de Motivos y el Preámbulo del CDU hay que trabajar, debatir y consensuar un esquema conceptual aceptable sobre los principios, fines y valores. Acordar cuáles de ellos es importante que cite, y cuales otros ya positivizados es importante que refiera. A la vista de ese esquema²¹ el trabajo posterior de redacción resultará extraordinariamente sencillo y dotará a la norma jurídica de un esquema consistente y sólido. Sirva este complejo borrador de esquema que adjunto como provocación al lector para que comience a ampliarlo y corregirlo, adoptando con ello el enfoque crítico axiológico que propugno.



Apreciaciones sobre el CDU

Técnica normativa española

En España se trata de hacer efectivo el principio constitucional de seguridad jurídica, mediante la mejora de la calidad técnica la forma de las normas, por lo que nuestra producción normativa está sometida a unos requisitos muy estrictos que establecen tanto los tipos de letra y espaciados, como la organización de títulos capítulos y numerales, los criterios lingüísticos generales...

Se trata de una herramienta que trata de dotar a las disposiciones legales y reglamentarias de una sistemática homogénea y ayuda a utilizar un lenguaje correcto sin merma de las potestades de las Cortes Generales.

Las “Directrices de Técnica Normativa” españolas tienen un ámbito de aplicación que abarcan toda la actividad de los órganos colegiados del Gobierno: Propuestas de acuerdo, proyectos de real decreto, de real decreto legislativo, de real decreto-ley y anteproyectos de ley, y, además, en todo lo que sea posible, a las disposiciones y actos administrativos de los órganos de la Administración General del Estado.

Aunque no es la materia de este trabajo, pienso que resultaría interesante una comparación de los estilos y formas del dictado de normas jurídicas entre Colombia y España. Esta es una cuestión únicamente formal, pero no por ello a mi juicio de menor importancia, debido a que en la comprensión del mensaje escrito que se transmite a través del texto de las regulaciones, estriba la efectividad del principio de seguridad jurídica. Estas directrices españolas pueden ser fácilmente consultadas²².

La mejora de la producción normativa: «*better regulation*» y «*smart regulation*».

Estos dos nuevos conceptos («*Better regulation*» y «*Smart regulation*») impuestos por la normativa europea²³ son también una referencia necesaria durante la tramitación debate y promulgación de cualquier nueva norma jurídica en España, importante novedad en un Estado en el que los tres niveles de Administración proyectan su actividad normativa sobre los mismos espacios subjetivos y geográficos²⁴.

Dos recientes leyes la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, y la Ley 2/2011, de 4 de marzo, implantaron estos principios europeos genéricamente conocidos como de “buena regulación” especialmente en lo referido al ejercicio de las actividades económicas. Posteriormente, la Ley 20/2013, de 9 de

diciembre, ha dado importantes pasos adicionales, al poner a disposición de los ciudadanos la información con relevancia jurídica propia del procedimiento de elaboración de normas. El objetivo de toda esta regulación aplicable a la génesis de las nuevas normas jurídicas no puede ser otro que la búsqueda del mayor grado posible de seguridad jurídica, que en palabras del Tribunal Constitucional español consiste en dos cuestiones: hacer que el derecho resulte cierto para sus destinatarios (principio de certeza) lo que implica que en ningún caso pueda crear dudas acerca de cuál es la conducta exigible para su cumplimiento: (elemento objetivo) y la exigencia de un derecho claro, en el que los sujetos destinatarios de las normas deben poder prever los efectos de las normas que les resultan aplicables, lo que constituye la “previsibilidad” (elemento subjetivo)”.

Los ciudadanos tienen derecho a crearse una expectativa “razonablemente fundada” sobre cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho. Como consecuencia de esto, el Tribunal Constitucional entiende que se infringe el principio de seguridad jurídica cuando se produce una “incertidumbre razonablemente insuperable²⁵. Por ello, resulta esencial un adecuado análisis de impacto de las normas de forma continua, tanto *ex ante* como *ex post*, así como garantizar de modo adecuado la audiencia y participación de los ciudadanos en la elaboración de las normas y lograr la predictibilidad y evaluación pública del ordenamiento.

La “Administración electrónica”

Los principios de eficacia y eficiencia, pueden verse reforzados mediante una Administración sin papel basada en un funcionamiento íntegramente electrónico, siempre que los procedimientos establecidos refuercen las garantías de los interesados. En efecto, la constancia de documentos y actuaciones en un archivo electrónico evita reiteraciones innecesarias y facilita el cumplimiento de las obligaciones, especialmente las relacionadas con las notificaciones y con la conservación de archivos.

Como novedad en España, también impuesta por la trasposición de normativa europea²⁶, la tramitación electrónica de los expedientes administrativos ha dejado ya de ser una forma especial de gestión de los procedimientos para pasar a constituir la actuación habitual de nuestras Administraciones. La nueva Ley de procedimiento administrativo común actualmente en gestación²⁷ impone el uso generalizado y obligatorio de medios electrónicos en las fases de iniciación, ordenación, instrucción y finalización del procedimiento. También se regula el formato electrónico del expediente

administrativo y los documentos que deben integrarlo. Para tratar de dar efectividad generalizada al uso de estos nuevos medios electrónicos este título de la nueva Ley diferencia dos conceptos: firma electrónica e identificación. La filosofía de esta norma es que con carácter general, para acceder a los expedientes y realizar la mayor parte de trámites sólo sea necesaria la identificación, y que firma digital se exija sólo cuando deba acreditarse la voluntad y el consentimiento del interesado.

En este primer momento, y también para dar efectividad a la norma, la intención es la de admitir la prestación de consentimiento mediante cualquier sistema de firma electrónica cualificada o avanzada²⁸ que las Administraciones Públicas consideren válido, en los términos y condiciones que se establezcan por cada una de ellas. Además de todos estos “sistemas de firma” serán siempre también admitidos como “sistema de identificación” para lo que además se admitirá cualquier sistema de clave concertada y cualquier otro procedimiento de identificación que establezcan las Administraciones Públicas. Con carácter básico, la nueva Ley impone un conjunto mínimo de categorías de medios de identificación y firma a utilizar obligatoriamente por todas las Administraciones.

Como antecedentes de esta regulación, el artículo 2 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, había ya establecido los denominados nuevos “derechos electrónicos” de los ciudadanos. Como dice la exposición de motivos de esta Ley:

“Las tecnologías de la información y las comunicaciones hacen posible acercar la Administración hasta la sala de estar de los ciudadanos o hasta las oficinas y despachos de las empresas y profesionales”.

Aunque por desgracia, esta Ley de acceso electrónico se olvidó de que muchos de esos ciudadanos o bien no tienen en sus “salas de estar” medios adecuados de acceso a esos nuevos “servicios públicos electrónicos”, o bien no cuentan con las aptitudes suficientes como para hacer un uso prudente de los mismos. Además, muchos administrados desarrollan un enorme rechazo y prevención frente al uso de estas tecnologías, lo que en mi opinión en ocasiones es perfectamente razonable debido a que la abusiva posición de dominio que alguna de estas regulaciones otorga a la administración puede perjudicar gravemente sus intereses²⁹.

Para moderar estos riesgos de abuso frente a los administrados conviene recordar que en todo caso, la Ley de procedimiento³⁰ impone a la Administración la obligación de facilitar a los administrados el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones. Es indiscutible que

la aplicación de la tecnología a la tramitación administrativa facilita, en igualdad de condiciones, la integración en la vida pública, social, laboral y cultural de muchas personas que antes tenían grandes dificultades para llegar a las oficinas públicas, por motivos de localización geográfica, de condiciones físicas de movilidad u otros condicionantes, pero también es cierto que por diversos motivos muchas otras personas son -o se ven- incapaces de adquirir las “competencias digitales” necesarias para relacionarse con los gobiernos y administraciones.

En mi opinión, el uso de las tecnologías para relacionarse con los poderes públicos, aunque recomendable, no debe ser una nueva carga que resulte impuesta al ciudadano. Precisamente lo que caracteriza a una sociedad democrática es el respeto de las opciones minoritarias, como expresión del respeto a la existencia y carácter de las propias minorías, por lo que debe favorecerse y promoverse un mayor nivel en la adquisición colectiva de competencias, pero teniendo en cuenta que el umbral de exigencia mínima siempre debe mantenerse muy bajo: el sistema administrativo tiene que garantizar que cualquier persona con capacidad reconocida que esté en condiciones de identificarse pueda cumplimentar -con la única ayuda de la Administración- cualquier trámite administrativo que le resulte obligatorio.

Estas nuevas regulaciones españolas, a mi juicio pueden resultar de algún interés en la reflexión sobre el código disciplinario único. En primer lugar, de la experiencia española se puede extraer el interés de instaurar los servicios públicos electrónicos en distintas fases: una primera fase en la que los procedimientos electrónicos constituyen uno más de los procedimientos especiales reservados a determinadas situaciones especiales. Entre estas situaciones especiales podrían ya estar previstas en el CDU aquellas que afectan a una multiplicidad de destinatarios que ya cuentan con acceso habitual a los medios electrónicos, o aquellas en las que sea el propio interesado el que manifieste su voluntad de que el procedimiento disciplinario se sustancie precisamente bajo esta modalidad electrónica. En esta primera fase de implantación los órganos instructores aprenderían y obtendrían una valiosa experiencia en la tramitación bajo forma electrónica de los expedientes administrativos disciplinarios especiales. Esa experiencia serviría también para mejorar los formatos y los procedimientos, y para diferenciar claramente los actos que requieren una manifestación expresa de consentimiento de aquellos que simplemente necesitan constancia de la identificación.

En una segunda fase, se podría plantear la generalización del expediente electrónico disciplinario y de la tramitación electrónica del procedimiento

de disciplina. Colombia ya hoy es un ejemplo internacional en tramitación electrónica de trámites tan complejos como el proceso electoral.

La equidad de género

Pero sin duda, desde el Derecho administrativo español lo que más llama la atención en el análisis de este Proyecto de Código Disciplinario Único, es la ausencia de regulación específica respecto a la equidad de género.

Hacia el problema de la equidad en el tratamiento de las diferencias étnicas y culturales³¹, el Proyecto de Código Disciplinario Único sí muestra sensibilidad, y traspone a la legislación interna colombiana en el ámbito de regulación disciplinaria la Ley 22 de 1981, identificando los elementos de discriminación para hacer efectiva la igualdad de los intervinientes en el desarrollo de la actuación procedimental disciplinaria. Sin embargo, apenas en el artículo 8° de este Proyecto podemos encontrar una referencia a la equidad de género³², aunque por el léxico empleado en la redacción de este precepto, el sentido también pudiera resultar ambiguo.

No se traspone en este texto articulado el art. 2° de la Ley 51 de 1981³³, que convirtió en obligatorios respecto a la legislación interna colombiana toda la serie de compromisos que la Nación había adquirido frente a la comunidad internacional mediante la firma de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación sobre la mujer.

Internacionalmente la actual legislación respecto a la equidad de género en Colombia se considera muy avanzada³⁴, y totalmente equiparable a la legislación española e incluso a la europea³⁵. Incluso algunas de las normas colombianas establecen la responsabilidad patrimonial del Estado colombiano respecto a la ejecución de políticas activas en esta materia³⁶.

El Art. 6° de la Ley 1257 de 2008³⁷ considera expresamente los derechos de la mujer como “Derechos Humanos”, por lo que resulta aplicable el artículo 118 de la Carta Política Colombiana de 1991 que incluye expresamente entre las funciones del Ministerio Público la guarda y promoción de los derechos humanos. No sé si esta omisión del deber de brindar especial protección a la mujer establecido en el artículo 53 de la Constitución Política de 1991 podría en algún caso ser susceptible de generar responsabilidad patrimonial derivada de acto legislativo³⁸.

En España, por mandato de la Ley, cualquier regulación de la trascendencia del CDU 39 debería incluir un “Informe de impacto por razón de género”, mediante el que además de la crítica de la norma se harían propuestas de mejora de su redacción y se diseñarían las acciones de difusión

de su contenido y de instrucción y formación de los funcionarios responsables de su aplicación. Cualquier disposición legal de importancia suele recoger tanto en su exposición de motivos o preámbulo, como en su propio texto articulado la referencia a la normativa europea sobre la materia y la que proviene de la transposición de los distintos convenios y convenciones internacionales suscritos por España en materia de género que ya están integrados en nuestro ordenamiento jurídico por posteriores desarrollos legislativos⁴⁰.

En España también sin duda alguna, el debate parlamentario sobre una norma disciplinaria de esta naturaleza estaría centrado en muy buena parte precisamente en esta cuestión de la equidad de género, ya que es esta materia sigue teniendo el máximo interés político y parlamentario en España.

Una reflexión a modo de conclusión

El teorema del control administrativo eficaz

Siguiendo aquí la doctrina clásica establecida por el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, podemos distinguir desde un primer momento entre las potestades regladas y las potestades discrecionales que en cada caso tiene atribuida la administración por mandato de la ley. La ley puede determinar y detallar de forma exhaustiva todas y cada una de las condiciones de ejercicio de la potestad, o por el contrario remitir a la estimación subjetiva de la administración la existencia de las condiciones de ejercicio de dicha potestad, o el contenido concreto de la decisión aplicable dentro de los límites legales.

Cuando las potestades son de carácter reglado, la administración debe reducir su actividad a la constatación de la existencia del supuesto de hecho legalmente definido, para aplicar en su presencia la consecuencia legalmente establecida. Parece como si en estos supuestos la administración pudiera tener una conducta de carácter automático, aunque cualquier práctico la materia es plenamente consciente de que por agotadoras que sean las previsiones legales, rara vez estaremos ante una competencia absolutamente reglada, ya que siempre será necesario un determinado ámbito de interpretación del tenor literal de la norma, y de la posibilidad de la su función en dicho tenor del caso.

Cuando las potestades son de carácter discrecional concurre un elemento subjetivo en el proceso de aplicación de la ley. La discrecional no es ni mucho menos un supuesto que otorgue libertad a la Administración para

actuar o dejar de hacerlo, o para hacer algo distinto de lo expresamente ordenado por la ley, en la interpretación que ésta permita... La existencia de una medida en el ejercicio de las potestades discrecionales es muy importante, y en ningún caso la discrecionalidad puede referirse a la totalidad de los elementos del acto administrativo, ya que el acto administrativo siempre es resultado del ejercicio de la potestad y no puede ser arbitrario.

Entre la potestad discrecional se mantienen al menos cuatro elementos reglados, que no pueden olvidarse: la existencia misma de la potestad, la extensión de dicha potestad, la competencia para actuar la potestad (requisitos del órgano administrativo) y el fin o finalidad pública a la que va orientada dicha actividad administrativa.

Esta reflexión es desde mi punto de vista directamente extensible al tratamiento del control y disciplina de la administración. La principal cuestión a debatir a la hora de establecer o de revisar un control administrativo, será la del carácter discrecional o reglado de la potestad ejercida por el órgano competente.

En el caso de que el órgano competente esté ejerciendo potestades regladas, el objetivo del control deberá estar únicamente orientado a la verificación de la existencia de dichas potestades y del alcance de su regulación, para posteriormente verificar si la actividad de dicho órgano se adecuó exactamente a lo establecido en las normas que regulaban sus actos. Lo que resulta obvio de esta sencilla reflexión, es que el control de la actividad reglada de la administración debe tener un carácter casi mecánico. El control de la actividad reglada puede no resultar sencillo, ya que su extensión y complejidad debe ir directamente vinculado a la extensión y complejidad de la actividad reglada desempeñada por el órgano administrativo sometido a control. El mayor riesgo del establecimiento de frecuentes controles sobre la actividad reglada es la posibilidad de que bajo la obsesión del control lleguemos a entorpecer la actividad de los órganos administrativos, que deben trabajar para hacer efectivos los fines públicos que tienen encomendados, y no para atender los requeridos de las autoridades de control. Este es el principal dilema que a mi juicio presenta el control de esta actividad.

Además resulta evidente, que un órgano administrativo cuyas principales potestades tienen carácter reglado en muy poco tiempo llegará a asumir como parte de su tarea rutinaria la tramitación y cumplimentación de los instrumentos de control que le resulten establecidos, y adecuará su conducta a la obtención de resultados positivos respecto a dichos controles. La consecuencia de la consideración de la posibilidad de entorpecimiento del

ejercicio de funciones de los órganos competentes y la de que los controles establecidos sobre ellos resultan de poca eficiencia debido a su capacidad de adaptación a los mismos está en la regla:

“a potestad reglada, control discrecional”

Es decir, que los órganos de la administración pública que tienen atribuidas potestades de control de otros órganos que actúan bajo potestades regladas, deben a mi juicio preferentemente tener asignadas potestades discrecionales, de forma que establezcan controles no rutinarios, incluso de carácter aleatorio, y de frecuencia e intensidad suficiente para que cumpla su finalidad pero sin perjudicar el cumplimiento de las funciones públicas asignadas a dichos órganos. El carácter discrecional de los controles puede consistir en variar en el tipo de documentación exigida, en su frecuencia en el tiempo, o en la propia naturaleza de la revisión realizada. El control discrecional impide de una forma muy eficaz que los órganos administrativos que ejecutan potestades regladas puedan eludirlos. Respecto a los controles que deben establecerse respecto al ejercicio de potestades discrecionales, su naturaleza debe ser absolutamente contraria a la anterior. El riesgo del ejercicio potestades discrecionales es sin duda el de la arbitrariedad. Como dijimos antes el órgano administrativo dotado de competencias discrecionales no es libre respecto a la posibilidad o no de actuar, ni siquiera respecto a la mayor parte del contenido del acto administrativo dictado. Normalmente la discrecionalidad va a recaer únicamente sobre alguno de los elementos del acto, tales como la oportunidad, la cantidad o algún otro requisito que puede ocasionalmente variar para adecuarse mejor al caso. De ahí que el establecimiento de controles sobre la actividad discrecional deba a mi juicio someterse a esta segunda regla:

“a potestad discrecional, control reglado”

Es decir, que el reconocimiento del carácter discrecional de alguna de las potestades de un órgano debe implicar inmediatamente el establecimiento bajo la responsabilidad del titular del mismo del cumplimiento de una serie de controles de carácter reglado, tales como la rendición de cuentas en tiempo y forma, la realización de memorias o declaraciones responsables de entrega periódica, o cuantas otras similares se pueden establecer.

La suma de estas dos reglas compone el teorema del control efectivo de las organizaciones:

*“a potestad reglada, control discrecional;
a potestad discrecional, control reglado”*

Por último, y para concluir, después de tantas páginas sobre la disciplina de los agentes y el control de las organizaciones, me parece importante recordar que siempre el mejor control es el autocontrol, y la mejor disciplina, la propia y personal. Por eso, el auténtico y sincero respeto que obtiene el superior que mantiene una conducta ejemplar, la formación y capacitación continua de los funcionarios y la motivación que se deriva del reconocimiento propio y ajeno del trabajo bien hecho, constituyen a mi juicio los mejores mecanismos de disciplina que pueden implantarse en una organización administrativa⁴¹.

Es muy difícil corromper a un funcionario competente que se siente orgulloso de trabajar prestando servicios públicos de calidad a la comunidad en la que vive. El sentimiento personal de orgullo por trabajar en la función pública es a mi juicio la mejor medida de disciplina administrativa.

Referencias

- 1 jimelue@uax.es. <https://jjimenezleube.wordpress.com>
- 2 MAYANS Y SISCAR Gregorio, Carta de Gregorio Mayans y Siscar a José Nebot y Sanz, 23 de julio de 1740. Texto completo disponible en: <http://bivaldi.gva.es/va/corpus/unidad.cmd?idUnidad=48978&cidCorpus=20000&posicion=1>
- 3 Los links de esta ponencia están disponibles en: <https://jjimenezleube.wordpress.com>
- 4 Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Ley
- 5 Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana. Ley 4/2015
- 6 Proyecto de Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Boletín Oficial de las Cortes Generales, 18 de mayo de 2015 Núm. 155-1. Proyecto de Ley de procedimiento
- 7 Proyecto de Ley de Régimen Jurídico del sector público Proyecto de Ley del. Boletín Oficial de las Cortes Generales, 18 de mayo de 2015 Núm. 154-1.El Proyecto de Ley Régimen Jurídico abarca la legislación básica sobre régimen jurídico administrativo (aplicable a todas las administraciones públicas españolas) y además también especifica el régimen jurídico de la Administración General del Estado (aplicable a la Administración estatal institucional y periférica.)
- 8 ROCA I JUNYENT, Miquel “Legislador y Administración” La Notaría, 2/2010. Disponible en: http://www.colnotcat.es/fitxers/lanotaria/ln2010_02_cas.pdf
- 9 Vg. Interpretando de forma tajante la Reserva de Ley establecida por el Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público se puede entender que las faltas disciplinarias

- graves y menos graves tipificadas en el antiguo (¡pero vigente!) Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado han sido derogadas. Siguiendo este criterio, hasta que el Estado o las Comunidades Autónomas mediante Ley formal, tipifiquen tales infracciones, sólo será posible sancionar por infracciones muy graves, con lo que en la práctica resultarían impunes buena parte de las conductas con encaje en la calificación de graves o muy graves. Así lo entendió -en forma bien fundamentada- la ST. TSJ Valencia 28/07/2010 (núm. 930/2010).
- 10 Vg. la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, modificada por Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril, de Universidades (LOMLOU), establece, en su Art. 2.2.e), que dentro del ejercicio de la autonomía universitaria se encuentra la determinación de las condiciones en que han de desarrollar sus actividades, por lo que se incluye la aplicación de la disciplina, y por lo tanto la generación y establecimiento de procedimientos sancionatorios. El Art. 6 del mismo texto orgánico ha establecido que las Universidades se regirán por la LOMLOU y por las normas que dicten el Estado y las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus respectivas competencias; sin olvidar que las propias Universidades deberán dictar normas de carácter interno, siendo las que rijan su funcionamiento, con carácter principal, la Ley de su Creación y sus Estatutos (Art. 6.2). En este abanico legislativo podremos entender comprendidas aquellas disposiciones y normas relacionadas directamente con el ejercicio disciplinario, las cuales también vienen a recogerse en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del empleado público y también en la legislación laboral.
- 11 RAYÓN BALLESTEROS, María Concepción, “La responsabilidad disciplinaria de los empleados públicos en España” ponencia dictada en el Cuarto Congreso Internacional sobre Derecho Disciplinario 2014. Bogotá (Colombia), 13 y 14 de noviembre de 2014; y, “Responsabilidades de empleados públicos y altos cargos de la administración” Anuario Jurídico y Económico Escurialense, XLVIII (2015) 501-528 / ISSN: 1133-3677.
- 12 Proyecto de Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Op. cit.
- 13 Cuando Charles de Secondat escribió sobre la separación de poderes, nadie podía pensar que el poder ejecutivo llegaría a alcanzar una complejidad y tamaño como el que actualmente detenta. El Barón de Montesquieu trató de la Constitución de Inglaterra. en el capítulo sexto del libro XI de Del espíritu de las leyes DE SECONDAT Charles (baron de Montesquieu) Del espíritu de las leyes, Volumen 1, Rosa, 1821. (página 238). Disponible en: <https://books.google.es/books?id=mb09AAAAIAAJ&dq=montesquieu&hl=es&source=gbs_navlinks_s>
- También hoy puede consultarse el texto original en francés de la edición de 1795 en: Charles Louis de Secondat Montesquieu (Baron de) Oeuvres complètes de Montesquieu ... avec des notes d'Helvétius sur L'esprit des lois.: tome troisième, chez Pierre Didot l'aîné, 1795 (página 49). http://books.google.es/books?id=80YeqdcKNOKC&hl=es&source=gbs_navlinks_s
- 14 Doctrina derivada de las SSTC 36/1981, de 12 de noviembre STTC 36/1981, FJ 7, y 31/2010 STTC 31/2010, de 28 de junio, FJ 7.
- 15 STS 30 de abril de 1988
- 16 GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo, «Prólogo», en Theodor Viehweg, Tópica y Jurisprudencia, Altea/alfaguara 1986,ISBN 84-306-1039-1p. 16.
- 17 Como ejemplo de auténtico principio general del Derecho podemos citar el conocido “nula pena sine culpa” al que posteriormente, buscando más seguridad jurídica, se le ha añadido la premisa menor que expresa el principio de legalidad “nula culpa sine lege”. De la conjunción

- de ambas, resulta el silogismo mediante el que actualmente se expresa el principio de tipicidad: nula pena sine culpa, nula culpa sine lege, ergo nula pena sine lege.
- 18 Este debatido principio, de mucha actualidad en España puede entenderse mediante la lectura de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de septiembre de 2009, dictada en el asunto C-201/08 (Plantanol GmbH & Co. KG), concluyó afirmando que las exigencias inherentes al “principio de seguridad jurídica, que tiene por corolario el principio de protección de la confianza legítima”, se concretan inicialmente en la claridad, precisión y suficiente publicidad de las normas de Derecho. Pero aquel principio “no exige que no se produzcan modificaciones legislativas, sino que más bien requiere que el legislador tome en consideración las situaciones especiales de los operadores económicos y prevea, en su caso, adaptaciones a la aplicación de las nuevas normas jurídicas”.
 - 19 RAYÓN BALLESTEROS, María Concepción, “La responsabilidad disciplinaria de los empleados públicos en España” op. cit.
 - 20 Vid. STC 181/2014, de 6 de noviembre de 2014. Disponible en <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/24208>
 - 21 Un buen esquema dialéctico permite argumentar cada contenido por contrarios, antecedentes y consiguientes y por comparación con los menores iguales y mayores, lo que dota a la redacción de coherencia capacidad de persuasión y fuerza.
 - 22 RESOLUCIÓN de 28 de julio de 2005, de la Subsecretaría, por la que se da publicidad al Acuerdo del Consejo de Ministros, de 22 de julio de 2005, por el que se aprueban las Directrices de técnica normativa. (BOE núm. 180 del viernes 29 julio 2005 p. 26878.) Directrices españolas de Técnica Normativa
 - 23 Reform to Continous Improvement. COM(2010) 543 final. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones: Normativa inteligente en la Unión Europea. Resolución del Parlamento Europeo, de 9 de septiembre de 2010, sobre «Legislar mejor» (P7_TA(2010)0311). http://ec.europa.eu/governance/better_regulation/smart_regulation/consultation_en.htm
 - 24 Vg. Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio (RD 1083/2009), por el que se regula la memoria del análisis de impacto normativo, Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible. Capítulo I. Mejora de la calidad de la regulación. Ley 4/2011, de 31 de marzo, (Ley Balear 4/2011) de la buena administración y del buen gobierno de las Illes Balears.
 - 25 Por todas, FJ 8 la STC 37/2012, Disponible en <http://www.boe.es/boe/dias/2012/04/12/pdfs/BOE-A-2012-5000.pdf> seguridad jurídica del St. comentada en DÍAZ GONZÁLEZ, GM.- Las oscilaciones del Tribunal Constitucional en su doctrina sobre el principio de seguridad jurídica. Reflexiones a propósito de la STC 37/2012. Revista General de Derecho Administrativo, 32, 2013. Vid. Tb. STC 46/1990, de 15 de marzo, FJ 4 (STC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 5). (SSTC 150/1990, de 4 de octubre, FJ 8; 142/1993, de 22 de abril, FJ 4; 212/1996, de 19 de diciembre, FJ 15; y 96/2002, de 25 de abril, FJ 5,).
 - 26 Los Estados Miembros tienen la obligación de admitir los sistemas de identificación electrónica notificados a la Comisión Europea por el resto de Estados Miembros, así como los sistemas de firma y sello electrónicos basados en certificados electrónicos cualificados emitidos por prestadores de servicios que figuren en las listas de confianza de otros Estados miembros de la Unión Europea, en los términos que prevea el Reglamento (UE) 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por la que se deroga la Directiva 1999/93/CE.
 - 27 Título IV del Proyecto de Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Op. cit.

- 28 Serán admitidos sistemas de firma electrónica basados en certificados electrónicos cualificados que comprenden tanto los certificados electrónicos de persona jurídica como los de entidad sin personalidad jurídica; los sistemas de sello electrónico reconocido o cualificado y los de sello electrónico avanzado basado en certificados cualificados de sello electrónico.
- 29 El art. 39 del Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos establece: Notificación mediante recepción en dirección de correo electrónico. Se podrá acordar la práctica de notificaciones en las direcciones de correo electrónico que los ciudadanos elijan siempre que se genere automáticamente y con independencia de la voluntad del destinatario un acuse de recibo que deje constancia de su recepción y que se origine en el momento del acceso al contenido de la notificación”.
- 30 El apartado i) del Artículo 35 de la vigente Ley 30/1992 LRJAP y PAC, que establece que los ciudadanos tienen derecho: “A ser tratados con respeto y deferencia por las autoridades y funcionarios, que habrán de facilitarles el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones” concuerda fielmente con el Art. 13 e) del nuevo Proyecto de Ley ya citado.
- 31 Art. 40 Prohibiciones. A todo servidor público le está prohibido: 23. Distinguir, excluir, restringir o preferir, con base en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra de la vida pública (artículo 1º, Convención Internacional sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, aprobada en Colombia mediante la Ley 22 de 1981).
- 32 El Proyecto de CDU establece (el subrayado es nuestro): Artículo 8º. Igualdad. Las autoridades disciplinarias deberán hacer efectiva la igualdad de los intervinientes en el desarrollo de la actuación procesal y proteger, especialmente, a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta. El sexo, la raza, la condición social, la profesión, el origen nacional o familiar, la lengua, el credo religioso, la opinión política o filosófica, en ningún caso podrán ser utilizados dentro del proceso disciplinario como elementos de discriminación.
- 33 El Artículo 2º de la vigente Ley colombiana 51 DE 1981, (Reglamentada por el Decreto Nacional 1398 de 1990) por medio de la cual se aprueba la “Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer”, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979 y firmada en Copenhague el 17 de julio de 1980 obliga a asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica del principio de la igualdad del hombre y de la mujer. Vid. Ley 51 de 1981
- 34 ROMERO SILVA, María, “Instrumentos internacionales e instituciones extranjeras orientadas a la erradicación de la violencia de género: un camino por recorrer” en Justicia Juris, ISSN 1692-8571, Vol. 7. N° 1. Enero - Junio 2011 Pág. 23- 29 Disponible en: <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4120950>>
- 35 NAVAS CASTILLO, Antonia, La evolución de la igualdad, UNED 2014 Video disponible en: <https://canal.uned.es/mmobj/index/id/18640>
- 36 Vid. Sentencia T-878-14
- 37 LEY 1257 DE 2008 Reglamentada por el Decreto Nacional 4463 de 2011, Reglamentada parcialmente por el Decreto Nacional 4796 de 2011, Reglamentada parcialmente por el Decreto Nacional 4798 de 2011, Reglamentada parcialmente por el Decreto Nacional 4799 de 2011 “Por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones””. Ley 1257 de 2008

- 38 RUIZ ORJUELA, Wilson, “Responsabilidad del Estado legislador” en *Civilizar*, núm. 9. Diciembre 2005. Disponible en : (RUIZ OREJUELA 2005)
- 39 En España La ley Orgánica 3/2007, establece, en su artículo 19, que “los proyectos de disposiciones de carácter general y los planes de especial relevancia económica, social, cultural y artística que se sometan a la aprobación del Consejo de Ministros deberán incorporar un informe sobre impacto por razón de género”, igualmente la ley 30/2003, de 13 de octubre, del Gobierno, incorpora la obligación de realizar la valoración de impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno. Una explicación y ejemplos de estos estudios de impacto puede consultarse en : *Impacto normativo de género en España*
- 40 Enrique ÁLVAREZ CONDE; Ángela FIGUERUELO BURRIEZA; Laura NUÑO GÓMEZ. *Estudios interdisciplinarios sobre igualdad*. Iustel, 2009.
- 41 VILLARROYA MARTÍNEZ Matilde, *Las prácticas de recursos humanos y el rendimiento organizacional. un estudio contextualizado en la administración local catalana* Tesis doctoral, Dipòsit Legal: T.1297-2012. Disponible en: < <http://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/90243/Villarroya.pdf?sequence=1>>
- 62 LITTLEWOOD, H.F. (2011). Efecto Moderador de Sensibilidad a la Equidad en el Modelo de Evitación del Trabajo. *Revista Interamericana de Psicología Ocupacional*. 30, 1, 62 - 87. ISSN 0120-3800 Disponible en: [http://www.researchgate.net/publication/260189037_Littlewood_H.F._\(2011\)._Efecto_Moderador_de_Sensibilidad_a_la_Equidad_en_el_Modelo_de_Evitacin_del_Trabajo._Revista_Interamericana_de_Psicologa_Ocupacional._30_1_62_-_87._ISSN_0120-3800](http://www.researchgate.net/publication/260189037_Littlewood_H.F._(2011)._Efecto_Moderador_de_Sensibilidad_a_la_Equidad_en_el_Modelo_de_Evitacin_del_Trabajo._Revista_Interamericana_de_Psicologa_Ocupacional._30_1_62_-_87._ISSN_0120-3800)
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto. “El enunciado de responsabilidad”. *Doxa*. N. 19 (1996). ISSN 0214-8876, pp. 259-286 Disponible en: <http://hdl.handle.net/10045/10481>

REFLEXIONES
EN TORNO AL
CÓDIGO GENERAL
DISCIPLINARIO
COLOMBIANO DESDE
LA EXPERIENCIA
ESPAÑOLA

JOSÉ JOAQUÍN JEREZ *

** Letrado del Consejo de Estado de España,
profesor de la Universidad Complutense*

CONTENIDO

I.	SOBRE EL PODER PUNITIVO DEL ESTADO: DERECHO PENAL, DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR, DERECHO DISCIPLINARIO114
II.	SOBRE EL DIFERENTE <i>STATUS</i> DEL DERECHO DISCIPLINARIO EN ESPAÑA Y EN COLOMBIA.115
III.	SOBRE EL CONTENIDO DEL CÓDIGO GENERAL DISCIPLINARIO.119
	3.1. Principios rectores del régimen disciplinario119
	3.2. Sujetos disciplinables123
	3.3. Faltas disciplinarias.124
	3.3.1. Elementos de la falta124
	3.3.2. Tipos de faltas127
	3.4. Sanciones disciplinarias134
	3.4.1. Tipos de sanciones134
	3.4.2. Clasificación y graduación de las sanciones136
	3.4.3. Prescripción de las sanciones138
	3.5. Cuestiones procesales139
IV.	CONCLUSIONES139

I. Sobre el poder punitivo del Estado: derecho penal, derecho administrativo sancionador, derecho disciplinario

En los ordenamientos contemporáneos, el *ius puniendi* del Estado se ejerce indistintamente, aunque en diferente medida, por los Tribunales Penales y la Administración Pública. Las razones de este reparto o distribución del poder punitivo estatal radican, en última instancia, en consideraciones de eficacia: existen, en efecto, determinados bienes jurídicos cuya protección reclama una actuación expeditiva e inmediata más propia de los órganos gubernativos que de los jurisdiccionales. Por tal razón, la represión de las conductas ilícitas no se atribuye en exclusiva a los Tribunales Penales y se encomienda en determinados casos a la Administración Pública, que puede así imponer sanciones sin perjuicio de la posible revisión de éstas ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

De este modo, junto al «derecho penal», en el que se tipifican los delitos y penas de los que corresponde conocer a los órganos jurisdiccionales penales, existe un «derecho administrativo sancionador» que prevé las infracciones y sanciones administrativas susceptibles de ser aplicadas por los órganos administrativos competentes. La potestad punitiva de la Administración, por otra parte, reviste caracteres diferentes en función de que sea ejercida sobre los administrados en sentido amplio -los ciudadanos- o sobre determinados colectivos de personas particularmente ligadas a ella -empleados públicos, militares y presos, entre otros sujetos-: se distingue así entre el «derecho administrativo sancionador», que es aplicable dentro de las relaciones de sujeción general, esto es, a cualesquiera individuos, y el «derecho disciplinario», que es propio de las relaciones de sujeción especial y, por tanto, únicamente resulta de aplicación respecto de aquellas personas que se encuentran en relaciones de sujeción especial.

Las principales notas distintivas entre el derecho penal, el derecho administrativo sancionador y el derecho disciplinario son las siguientes:

a) En primer lugar, los bienes jurídicos protegidos por el derecho penal, el derecho administrativo sancionador y el derecho disciplinario son diferentes. No quiere decirse con ello que las conductas perseguidas en cada uno de estos sectores del ordenamiento sean necesariamente distintas, sino que la represión de las mismas, aun cuando sean idénticas, puede realizarse, y de hecho se realiza, desde ópticas diferentes, es decir, con la finalidad de preservar bienes jurídicos distintos. El bien jurídico protegido por el

derecho disciplinario es siempre el mismo, el mantenimiento del buen orden del servicio: de este modo, el atentado contra la vida de una persona castigado por el derecho penal puede también merecer una sanción desde el punto de vista disciplinario cuando lo comete un empleado público.

b) En segundo término, las consecuencias jurídicas de los ilícitos penales, los ilícitos administrativos y los ilícitos disciplinarios son también diferentes. El derecho penal establece penas privativas de libertad -entre otras- cuya imposición se reserva a los órganos jurisdiccionales penales y que, por tal razón, están excluidas del ámbito del derecho administrativo sancionador y también, como regla general, del derecho disciplinario (salvo en el ámbito militar o penitenciario, cuyo régimen disciplinario contempla, en ocasiones, sanciones disciplinarias privativas de libertad). En estos ámbitos, las sanciones no implican privación de libertad y pueden revestir naturaleza diversa: inhabilitación para el ejercicio de la función durante cierto tiempo o con carácter indefinido -esta inhabilitación también se prevé como pena accesoria en el Código Penal-, suspensión temporal de funciones, multa, etc.

c) Por último, las garantías del derecho penal no se aplican siempre con la misma intensidad en el derecho administrativo sancionador y en el derecho disciplinario. La gravedad de las penas previstas en el derecho penal exige que su aplicación venga presidida por el respeto a una serie de principios (legalidad, tipicidad, irretroactividad, interdicción de la analogía, *non bis in idem*, responsabilidad personal subjetiva -culpabilidad- y prescripción) extensibles al derecho administrativo sancionador y al derecho disciplinario, si bien en algunos puntos con ciertas modulaciones derivadas de las razones de eficacia en la represión de las conductas ilícitas que presiden el derecho administrativo sancionador y el derecho disciplinario. Tales modulaciones en modo alguno implican una inobservancia de tales principios, sino tan sólo una adecuación de los mismos a la particular naturaleza de la potestad sancionadora y disciplinaria de la Administración Pública.

II. Sobre el diferente *status del* derecho disciplinario en España y en Colombia

La primera impresión que se extrae de la lectura del Código General Disciplinario es que esta disciplina goza en Colombia de una importancia de la que carece en España, donde el derecho disciplinario tiene un ámbito de aplicación residual dentro de lo que es el poder punitivo del Estado, tanto en el número de sanciones impuestas como en la entidad de las infracciones

castigadas. Los motivos de esta diversa relevancia del derecho disciplinario en uno y otro país pueden resumirse como sigue:

1. En España, el castigo de las conductas ilícitas cometidas por los empleados públicos, cuando se trata de infracciones de especial gravedad y repercusión pública, se realiza preferentemente por los órganos de la jurisdicción penal y, por tanto, en aplicación de las normas del derecho penal, en las que se contemplan, además de las eventuales penas de prisión o multa, penas accesorias de inhabilitación para empleo o cargo público. De este modo, incoado el correspondiente procedimiento penal, se produce la paralización del procedimiento disciplinario a la espera de la decisión que adopten los tribunales penales: esta paralización se justifica en la necesidad de respetar el relato de hechos probados que se realice en la sentencia penal. De este modo, las autoridades administrativas no siguen adelante con el procedimiento disciplinario (art. 94.3 del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril -EBEP-) y, a lo sumo, se limitan a adoptar la medida cautelar de suspensión provisional del imputado en el ejercicio de las funciones públicas, que tiene una duración máxima de seis meses (art. 98.3 EBEP) , por lo que, transcurrido dicho plazo y en tanto no se pronuncia la sentencia penal, el empleado público continua en su cargo, con la consiguiente alarma social que tal situación provoca.

Una vez recaída sentencia en la jurisdicción penal, las autoridades administrativas pueden continuar con el procedimiento disciplinario, imponiendo al empleado público la sanción procedente en este ámbito. En la práctica, sin embargo, no es demasiado frecuente que se castigue a los servidores públicos con una sanción disciplinaria ulterior a la condena penal. Podría argumentarse, para justificar esta situación, que las penas accesorias de inhabilitación para empleo o cargo público previstas en el derecho penal español pueden tener una mayor duración que las previstas en el régimen disciplinario de los empleados públicos, que tienen un límite de seis años, y que tal circunstancia hace innecesaria la posterior sanción disciplinaria. Pero lo cierto es que no todos los delitos susceptibles de ser cometidos por un empleado público en ejercicio de su cargo llevan aparejada dicha pena accesoria de inhabilitación para empleo o cargo público y que, además, existen sanciones disciplinarias más graves que la de inhabilitación para el empleo o cargo público -tal es el caso, por ejemplo, de la denominada «separación del servicio» (art. 63.d y 93.a EBEP), que es una suerte de inhabilitación perpetua para el ejercicio de funciones públicas- susceptibles de ser aplicadas en razón de la gravedad de los hechos cometidos y que, sin

embargo, no suelen imponerse. De este modo, la condena penal impuesta a un empleado público en España no se traduce necesariamente en una sanción disciplinaria y, por tal razón, existen servidores públicos en nuestro país que han sido condenados a severas penas por delitos de especial gravedad (estafa, apropiación indebida,...) y que, tras el cumplimiento de las mismas, siguen figurando en el escalafón correspondiente al cuerpo de funcionarios al que pertenecen, sin que se proceda a su separación del servicio.

En resumen, el ejercicio de la potestad disciplinaria en España se circunscribe normalmente a conductas que no se encuentran tipificadas por el derecho penal. La situación en Colombia es precisamente la inversa, como se evidencia, por una parte, en que muchas de las faltas disciplinarias se yuxtaponen a los delitos penales e incluso coinciden con las descripciones típicas de la ley penal (art. 66 del Código General Disciplinario -CGD-), y, por otra, en que los procedimientos disciplinarios se tramitan con preferencia a los del orden jurisdiccional penal y no se paralizan en presencia de actuaciones penales.

2. En España, el derecho disciplinario no resulta de aplicación, a diferencia de lo que sucede en Colombia, a los cargos políticos electos, sino tan sólo a los empleados públicos (art. 93.1 EBEP). En la Administración española, el fenómeno de la corrupción afecta preferentemente a los cargos políticos electos y no a los empleados públicos. Dado que la conducta de los cargos políticos electos sólo puede ser enjuiciada por los órganos jurisdiccionales penales, las autoridades administrativas no pueden ejercer su potestad disciplinaria sobre ellos ni, por ende, destituirlos.

En realidad, la posibilidad de que una autoridad administrativa destituya a un cargo público de elección popular representa una innegable particularidad del ordenamiento colombiano y es probablemente la razón principal de la importancia del derecho disciplinario en Colombia, habida cuenta de que, en la actualidad, existen aproximadamente unos 12.000 procedimientos abiertos contra servidores públicos.

La atribución a las autoridades administrativas de la facultad de destituir a cargos políticos electos es desconocida en España y en los demás países europeos. Dicha facultad responde, en todo caso, a una determinada interpretación del principio de división de poderes auspiciada por la Constitución Política de Colombia que no puede ser considerada contraria al principio democrático ni, en particular, al artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos, tal y como ha explicado el Dr. Novoa Buendía («El poder disciplinario en Colombia y el sistema interamericano

de derechos humanos», *Reflexiones académicas en derecho disciplinario y contratación estatal*, tomo VI, págs. 16-31).

El hecho de que esta facultad no sea aceptada en otros países, conforme a la interpretación del principio de división de poderes que en los mismos impera, no significa que su reconocimiento en Colombia pueda considerarse contraria a dicho principio, ya que éste ha sido, desde su primigenia formulación, objeto de diversos entendimientos, todos ellos lícitos en el marco del constitucionalismo liberal. La misma situación se plantea con otras instituciones jurídico-administrativas, cuya configuración difiere en ocasiones de un ordenamiento a otro en función de la concepción del principio de división de poderes que exista en cada país; así sucede, por ejemplo, con los diferentes modelos de jurisdicción contencioso-administrativa: en Francia y otros países -como la propia Colombia-, dicha jurisdicción se ejerce por un órgano integrado dentro del propio Poder Ejecutivo (el Consejo de Estado), mientras que en España se atribuye a los juzgados y tribunales integrantes del Poder Judicial. No existe pues una regla de validez universal que determine la forma y manera en que el principio de división de poderes debe aplicarse, de ahí que las circunstancias históricas y políticas propias de cada país resulten definitivas a la hora de configurarlo en cada ordenamiento concreto. Desde esta perspectiva se explica el reconocimiento a las autoridades administrativas colombianas de una potestad disciplinaria sobre los cargos políticos de elección popular.

3. En España, por último, no existe la figura de la Procuraduría General de la Nación, con las potestades disciplinarias que en Colombia se le atribuyen, sino que estas son ejercidas en exclusiva por cada organismo o dependencia administrativa en relación con sus servidores públicos (funcionarios, notarios, jueces y militares, entre otros).

En este punto, es preciso recordar que, aun cuando de acuerdo con los artículos 2 y 83 del Código General Disciplinario colombiano, la acción disciplinaria se ejerce por los diversos organismos públicos en relación con los servidores públicos que se encuentran bajo su dependencia, el artículo 3 del mismo cuerpo legal reconoce a la Procuraduría General de la Nación un «poder disciplinario preferente» en cuyo desarrollo puede “iniciar, proseguir o remitir cualquier investigación o juzgamiento” en materia disciplinaria que sea competencia de otras autoridades.

No se conoce en España una autoridad administrativa homóloga a la Procuraduría General de la Nación colombiana que cuente con potestad disciplinaria sobre los empleados públicos y los cargos políticos electos.

En nuestro país, la potestad disciplinaria sobre los empleados públicos se ejerce en exclusiva por los titulares de las entidades u organismos administrativos de los que dependen: la relación de cercanía y proximidad existente entre aquellos y estos -no en vano, unos y otros forman parte del mismo órgano y, por ende, trabajan juntos-, unida a la ausencia de un ente similar a la Procuraduría General de la Nación que pueda incoar por su propia iniciativa un procedimiento disciplinario, explica el escaso uso que se hace en España de esta potestad. Por su parte, las facultades disciplinarias que la Procuraduría General de la Nación ejerce sobre los cargos políticos electos -facultades desconocidas en España- se explican en razón de la singular y lícita interpretación del principio de división de poderes a que antes se ha hecho referencia.

En todo caso, la existencia de esta figura en Colombia constituye un destacado rasgo diferencial respecto de España que contribuye no sólo al ejercicio eficaz de la potestad disciplinaria, como remedio frente a la eventual inacción de los órganos o entidades administrativas respecto de sus empleados públicos, sino también a la unidad sistemática del derecho disciplinario, que se ha puesto precisamente de manifiesto en la elaboración de un Código General Disciplinario único para todos ellos, frente a la disparidad de regímenes disciplinarios existente en España en función de las diferentes clases de funcionarios públicos (Cfr. María Concepción Rayón Ballesteros, «La responsabilidad disciplinaria de los empleados públicos en España», *Reflexiones académicas ...*, cit., págs. 154-158).

III. Sobre el contenido del Código General Disciplinario

3.1. Principios rectores del régimen disciplinario

El título I del libro I del Código General Disciplinario colombiano enumera los principios rectores del derecho disciplinario. Precisamente una de las novedades de la norma es que reorganiza, complementa y adiciona tales principios, que ahora se encabezan con un reconocimiento de la “dignidad humana” (art. 1 CGD), quizá innecesario, a modo de recordatorio acerca de cuál es el fundamento último de los derechos fundamentales y libertades públicas de los ciudadanos y, por ende, de los sujetos disciplinables. Dentro de los principios enunciados en este cuerpo legal cabría distinguir dos

grandes grupos, en función de la naturaleza sustantiva o procesal que les caracteriza en cada caso:

a) Entre los «principios sustantivos» del derecho disciplinario se mencionan los de legalidad y tipicidad (art. 4 CGD), proporcionalidad (art. 6 CGD), igualdad (art. 7 CGD), favorabilidad -es decir, retroactividad de la norma disciplinaria más favorable y, consiguientemente, irretroactividad de la menos favorable- (art. 8 CGD), ilicitud -o antijuridicidad- sustancial (art. 9 CGD) y culpabilidad (art. 10 CGD).

b) Entre los «principios procesales» se incluyen el derecho al debido proceso (artículo 12), el deber de investigación integral (artículo 13), la presunción de inocencia (art. 14 CGD), el derecho a la defensa (artículo 15), la cosa juzgada disciplinaria (art. 15 CGD), la gratuidad y celeridad de las actuaciones disciplinarias (arts. 17 y 18 CGD), el deber de motivación y congruencia de las resoluciones disciplinarias (arts. 19 y 20 CGD) y el respeto a los derechos fundamentales en la obtención de las pruebas, con la consiguiente exclusión de aquellas que no los respeten (art. 21 CGD).

Sin perjuicio de la referencia más concreta que a lo largo de este trabajo se realizará a algunos de tales principios, cabe ahora apreciar, desde una óptica general, que el Código General Disciplinario colombiano asume los mismos principios que informan el derecho penal sustantivo y procesal. Esta traslación se ha producido igualmente en la mayor parte de los países de nuestra tradición jurídica.

En España, aun cuando la Constitución de 1978 únicamente consagra de forma explícita el principio de legalidad (art. 25), el Tribunal Constitucional ha dejado dicho desde sus primeros pronunciamientos que los principios inspiradores del derecho penal resultan de aplicación al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestación del poder punitivo del Estado (sentencias 2/1981, de 30 de enero; y 18/1981, de 8 de junio). No obstante, por razones de seguridad jurídica, estos principios se encuentran expresamente reconocidos en la legislación española aplicable a la potestad tanto sancionadora como disciplinaria de las Administraciones Públicas.

El ejercicio de la potestad sancionadora -no disciplinaria- de las Administraciones Públicas se regula en el derecho español en el título IX de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (arts. 127 a 138). Esta norma distingue expresamente entre los «principios de la potestad sancionadora» y los «principios del procedimiento sancionador»:

a) Dentro de los primeros se incluyen los principios de legalidad (art. 127), de irretroactividad de las normas sancionadoras, salvo cuando favorezcan al presunto infractor (art. 128), de tipicidad (art. 129), de culpabilidad o responsabilidad subjetiva (art. 130), de proporcionalidad (art. 131), de prescripción (art. 132) y *non bis idem* (art. 133).

b) Dentro de los segundos se menciona la garantía del procedimiento, de forma que, para la imposición de una sanción, debe tramitarse siempre un procedimiento previo (art. 134), se consagran asimismo una serie de derechos del presunto responsable, como el derecho a ser informado de los hechos que se le imputen, así como de las infracciones que éstos pueden constituir y de las sanciones que se le pueden imponer, y el derecho a formular alegaciones y utilizar los demás medios de defensa admitidos por el ordenamiento jurídico (art. 135), se reconoce la presunción de inocencia (art. 137) y se impone el deber de motivación y congruencia de las resoluciones sancionadoras (art. 138).

Por su parte, el ejercicio de la potestad disciplinaria de las Administraciones Públicas se regula en el derecho español en el ya mencionado Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril -EBEP-. Esta norma consagra también una serie de principios de naturaleza sustantiva y procesal, aunque sin realizar expresamente tal distinción:

a) Entre los «principios sustantivos» se reconocen los de “legalidad y tipicidad de las faltas y sanciones”, “irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables y retroactividad de las favorables al presunto infractor”, “proporcionalidad, aplicable tanto a la clasificación de las infracciones y sanciones como a su aplicación”, “culpabilidad”, “presunción de inocencia” y “prescripción” (arts. 94.2 y 97 EBEP)

b) Entre los «principios procesales» se consagra el de “procedimiento”, el cual implica que no podrá imponerse sanción disciplinaria alguna “sino mediante el procedimiento previamente establecido”, que deberá estructurarse -se dice- “atendiendo a los principios de eficacia, celeridad y economía procesal, con pleno respeto a los derechos y garantías de defensa del presunto responsable (art. 98.1 y 2 EBEP).

Como puede apreciarse a la vista del explícito reconocimiento de estos principios en el ámbito disciplinario, la categoría dogmática de las relaciones de sujeción especial, antaño utilizada para sostener que quienes están encuadrados en las mismas no disfrutan, en toda su extensión, de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidas al resto de ciudadanos, carece de virtualidad a tales efectos en el régimen disciplinario

español de los empleados públicos, sin perjuicio de las especialidades que en el mismo puedan existir en razón de la naturaleza sustantiva o material de dicha relación y que en ningún caso suponen una merma de tales derechos y libertades.

Ahora bien, debe advertirse que la extensión de los principios del derecho penal al derecho administrativo sancionador y al derecho disciplinario, advertida tanto en legislación colombiana como en la española, no se ha realizado de forma automática e incondicionada, sino adecuando su contenido a las particulares exigencias que presenta el ejercicio de las potestades sancionadoras y disciplinarias de la Administración Pública. En el caso de España, el Tribunal Constitucional, desde sus primeras sentencias, dejó dicho los principios inspiradores del derecho penal resultaban de aplicación al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestación del poder punitivo del Estado, pero “con cierto matices” (sentencias 2/1981, de 30 de enero; y 18/1981, de 8 de junio). Estos matices o modulaciones afectan a buena parte de estos principios y comportan una adecuación de su significado en aras de la “eficacia” en la represión de las conductas ilícitas que -según la jurisprudencia constitucional- justifica la atribución de una potestad sancionadora a la Administración: así, por poner sólo un ejemplo, de los varios posibles, repárese en que el principio de tipicidad exige la predeterminación de las conductas ilícitas, si bien se admite jurisprudencialmente que el grado de apertura de los tipos en el derecho administrativo sancionador y en el derecho disciplinario pueda ser mayor que en el derecho penal (Cfr. Alejandro Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador*, 5ª edición, Tecnos, Madrid, 2012, p. 275; Pedro Alfonso Hernández, «Faltas y sanciones en el proyecto de reforma del Código Disciplinario Único», *Reflexiones académicas ...*, p. 49). En todo caso, estos matices o modulaciones no pueden afectar en ningún caso al núcleo esencial de los principios enunciados, en cuanto garantías que son de los sujetos disciplinables.

De cuanto se lleva expuesto cabe concluir que el panorama español es muy similar al colombiano en el reconocimiento de una serie de principios del régimen disciplinario, aunque no lo es en lo tocante al desarrollo de tales principios. La potenciación que en Colombia se ha dado al derecho disciplinario, como instrumento alternativo al derecho penal para una lucha eficaz contra la corrupción política y administrativa, en razón de la mayor celeridad de las actuaciones gubernativas respecto de los procesos penales, se ha traducido en la necesidad de extremar las garantías materiales y procesales de los sujetos disciplinables, máxime teniendo en cuenta las severas consecuencias

que el Código General Disciplinario anuda a la comisión de las faltas disciplinarias. Por esta razón, la confluencia a nivel de principios del derecho penal y el derecho disciplinario es mayor en Colombia que en otros países, como España, donde el régimen disciplinario de los empleados públicos es un remedio secundario contra la corrupción respecto de la posición preponderante que en ellos ocupa la jurisdicción penal, debido a que sólo ésta puede perseguir y enjuiciar las conductas ilícitas de los cargos políticos electos.

Esta mayor confluencia se advierte de manera especial en la vertiente procesal del régimen disciplinario colombiano, que se regula con gran detalle (arts. 83 a 262 CGD -libro IV-), a diferencia de lo que sucede en el derecho español, que le dedica un solo precepto con rango legal a esta cuestión (art. 98 EBEP) y una escasa ordenación a nivel reglamentario (Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración General del estado, aprobado por Real Decreto 33/1986, de 10 de enero). Esta mayor densidad normativa del régimen procesal disciplinario colombiano, unida al hecho de que en el nuevo Código General Disciplinario se establezca un «régimen probatorio propio» y distinto del derecho penal, indican que el legislador colombiano ha querido reforzar la posición del derecho disciplinario respecto del derecho penal en la represión de las conductas ilícitas vinculadas a la corrupción política y administrativa, sin merma de las garantías de los sujetos disciplinables.

3.2. Sujetos disciplinables

En Colombia, el Código General Disciplinario resulta de aplicación a cualquier “servidor público” (art. 25), comprendiéndose dentro de esta expresión los cargos políticos electos, los empleados públicos -sean funcionarios públicos o personal laboral-, los particulares que ejercen funciones públicas, los notarios y los jueces. En España, aun cuando el Estatuto Básico del Empleado Público resulta únicamente de aplicación a “los funcionarios públicos y el personal laboral” (art. 93.1), existen otras normas disciplinarias especiales aplicables a los mismos colectivos contemplados en la legislación colombiana, con una única excepción, los cargos políticos electos, que no están sujetos -como ya se ha señalado con anterioridad- a la potestad disciplinaria de las autoridades administrativas. La conducta de los cargos políticos electos únicamente puede ser enjuiciada en España desde la perspectiva del derecho penal y por los órganos jurisdiccionales competentes en este orden, en razón de la interpretación del principio de división de poderes imperante en nuestro país.

Resulta destacable que, de acuerdo con la legislación colombiana, la potestad disciplinaria pueda ejercerse sobre los servidores públicos que “ya no estén ejerciendo funciones públicas” (art. 89 CGD). Esta previsión tiene sobre todo sentido en aquellos casos en que el servidor público hubiera dejado de desempeñar funciones públicas pero estuviera todavía en situación de retornar en un futuro nuevamente a ellas: se trataría así de evitar que el servidor público que ha cometido una falta pueda eludir la acción disciplinaria abandonando el ejercicio del cargo y, una vez prescrita la falta, volver al mismo. En España, durante años, los funcionarios públicos que conocían con antelación su previsible imputación en un procedimiento disciplinario solicitaban la «excedencia voluntaria» -situación de cese temporal en la función pública que permite el reingreso ulterior- con el fin de no ser encartados; para acabar con esta laguna legal, el ordenamiento vigente dispone que no podrá declararse al funcionario en excedencia voluntaria “cuando se le instruya expediente disciplinario” (art. 89.2 EBEP). No está expresamente previsto en la legislación española, a diferencia de lo que sucede en Código General Disciplinario colombiano (art. 25.1 CGD), que los servidores públicos en situación de “retiro” -es decir, jubilados, según la expresión española- puedan ser objeto de una acción disciplinaria, probablemente porque los efectos de una sanción en tal supuesto no pasarán de ser meramente testimoniales -registro en la hoja de vida del servidor público (art. 89 CGD)-, en la medida en que aquella ya no podrá ser objeto de efectivo cumplimiento.

3.3. Faltas disciplinarias

3.3.1. Elementos de la falta

En el Código General Disciplinario colombiano, las conductas tipificadas como falta disciplinaria generan responsabilidad cuando concurren los elementos de la «ilicitud sustancial» y la «culpabilidad» y no media ninguna de las «causas de exclusión de la responsabilidad» legalmente establecidas. Así pues, no basta, para la declaración de responsabilidad disciplinaria, con la realización de la acción contemplada en el tipo, sino que, además, es preciso que afecte sustancialmente al deber funcional ligado al cargo (ilicitud sustancial) y que medie culpa imputable a su autor (culpabilidad). La definición legal dada a estos dos elementos de la falta disciplinaria merecen algún comentario adicional:

a) Ilicitud sustancial. En el régimen disciplinario español, la realización de la conducta descrita en el tipo comporta, por si misma, la antijuridicidad

necesaria para la imposición de una sanción disciplinaria -siempre, claro está, que medie culpa del agente-. En el Código General Disciplinario colombiano puede afirmarse igualmente que las conductas tipificadas como falta disciplinaria son conductas antijurídicas, pero su sanción exige -desde el punto de vista de la antijuridicidad- que “afecte sustancialmente el deber funcional sin justificación alguna”, entendiéndose que hay “afectación sustancial del deber cuando se contraríen los principios de la función pública” (art. 9 CGD). De este modo, la comisión del hecho tipificado como falta disciplinaria no colma, desde la perspectiva de la legislación colombiana, las exigencias de antijuridicidad necesarias para la imposición de una sanción, siendo necesario, a tal fin, que exista una afectación sustancial del deber funcional inherente al empleo público desempeñado. Este requisito de la ilicitud sustancial, concebido como un plus respecto de la antijuridicidad de la conducta definida en el tipo disciplinario, ya existía en la legislación colombiana y, en la práctica, no resulta de fácil manejo, al introducir un importante elemento de subjetividad en el juicio de antijuridicidad que deben realizar las autoridades disciplinarias. Ciertamente, es indudable que, desde un punto de vista disciplinario, sólo deben sancionarse aquellas conductas que afecta de forma relevante el correcto ejercicio de la función pública: sin embargo, en una consideración *de lege ferenda*, parecería preferible que la apreciación de tal circunstancia se hubiera realizado por el legislador en el momento de la tipificación normativa de las faltas disciplinarias, de forma que únicamente se considerasen como tales aquellos hechos que, en abstracto, comporten una afectación sustancial de los deberes propios del cargo, y que no se hubiera remitido tal labor al juicio ulterior de las autoridades disciplinarias.

b) Culpabilidad. El Código General Disciplinario colombiano prevé que “sólo se podrá imponer sanción por conductas realizadas con culpabilidad”, siendo así que “queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva” (art. 10 CGD). Con ello se introduce una nota distintiva respecto del derecho administrativo sancionador colombiano, en el que se admite la responsabilidad objetiva, sin culpa, del infractor.

En el derecho español, la situación es similar: en materia disciplinaria se consagra de forma expresa el principio de culpabilidad (art. 94.2.d EBEP), mientras que en el derecho administrativo sancionador se acepta que podrán ser sancionados los hechos constitutivos de infracción aun cuando su autor los realice “a título de simple inobservancia” (art. 130.1 Ley 30/1992), lo que introduce ciertamente la idea de una responsabilidad objetiva, por

más que la jurisprudencia constitucional haya entendido lo contrario (Cfr. Alejandro Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., págs. 342 y ss.)

Sentado que la culpabilidad es un presupuesto indispensable para la imposición de la sanción disciplinaria, el Código General Disciplinario prevé que “las conductas sólo son sancionables a título de dolo o culpa” (art. 9 CGD) y define cada una de estas dos categorías como sigue:

- La conducta es dolosa -se dice- “cuando el sujeto disciplinable conoce los hechos constitutivos de falta disciplinaria, su ilicitud y quiere su realización” (art. 28 CGD).

- La conducta es culposa “cuando el sujeto disciplinable incurre en los hechos constitutivos de falta disciplinaria, por la infracción del deber objetivo de cuidado funcionalmente exigible, y cuando el sujeto disciplinable debió haberla previsto por ser previsible o habiéndola previsto confió en poder evitarla”. Dentro del género de la culpa se distingue la “culpa gravísima”, cuando se incurre en falta disciplinaria por ignorancia supina, desatención elemental o violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento, y la “culpa grave”, cuando se incurre en falta disciplinaria por inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime en sus actuaciones (art. 29 CGD).

La definición de estas dos modalidades de imputación subjetiva tiene ventajas e inconvenientes. Las ventajas estriban en que ahora se proporciona a las autoridades disciplinarias criterios claros acerca del encuadramiento de determinadas conductas dentro del dolo o de la culpa: en tal sentido, se observa la exclusión del dolo eventual de la categoría del dolo, acaso debida a la polémica generada por algunas decisiones disciplinarias precedentes. Los inconvenientes son, por su parte, los propios de toda definición en el ámbito jurídico, habida cuenta de que, en la práctica, siempre se presenta una variedad de situaciones que no son siempre fácilmente reconducibles a lo previsto en conceptos legales cerrados (Cfr. John Harvey Pinzón Navarrete, «Culpabilidad disciplinaria: nuevos elementos en la propuesta de reforma», *Reflexiones académicas...*, cit. págs. 102 y ss.).

La definición de la culpa contenida en el Código General Disciplinario no parece, en todo caso, coherente con la configuración del caso fortuito, junto con la fuerza mayor, como causa de exclusión de la responsabilidad (art. 31.1 CGD). Como es bien conocido, la fuerza mayor se define como un suceso imprevisible o que, aun cuando pudiera haber sido previsto, sería inevitable, a diferencia del caso fortuito, que es un evento previsible o, cuando menos, evitable. Tanto la fuerza mayor como el caso fortuito excluyen la

responsabilidad, según el Código que se viene comentando. Sin embargo, en este mismo cuerpo legal se prevé que la conducta es culposa “cuando el sujeto disciplinable debió haberla previsto por ser previsible o habiéndola previsto confió en poder evitarla” (art. 29, pár. 1º CGD), lo que da a entender que el caso fortuito no excluye la culpabilidad del agente y, por tanto, la responsabilidad disciplinaria.

3.3.2. Tipos de faltas

El Código General Disciplinario colombiano establece una clasificación tripartita de las faltas disciplinarias -gravísimas, graves y leves (art. 46 CGD)-, similar a la del derecho español -muy graves, graves y leves (art. 95.1 EBEP)-. No obstante, el número de conductas tipificadas en el derecho colombiano como faltas gravísimas, graves y leves es muy superior a las consideradas como faltas muy graves, graves y leves en el ordenamiento español, lo que no es sino reflejo de la diferente relevancia y función que el derecho disciplinario tiene en ambos países.

A continuación se examina la regulación de las faltas gravísimas, graves y leves en el Código General Disciplinario y se apunta algunos aspectos o cuestiones dignos de atención:

a) Faltas gravísimas. Una de las principales novedades del Código General Disciplinario colombiano es la reagrupación de las «faltas gravísimas» en diferentes bloques en función de la materia, es decir, por razones de conexidad material: se habla así de “faltas relacionadas con la infracción al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario” (art. 52 CGD); “faltas relacionadas con la libertad y otros derechos fundamentales” (art. 53 CGD); “faltas relacionadas con la contratación pública” (art. 54 CGD); “faltas relacionadas con el servicio o la función pública” (art. 55 CGD); “faltas relacionadas con el régimen de incompatibilidades, inhabilidades, impedimentos y conflictos de intereses” (art. 56 CGD); “faltas relacionadas con la hacienda pública” (art. 57 CGD); “falta relacionada con la acción de repetición (art. 58 CGD)”); “faltas relacionadas con la salud pública, los recursos naturales y el medio ambiente” (art. 59 CGD); “faltas relacionadas con la intervención en política” (art. 60 CGD); “faltas relacionadas con el servicio, la función y el trámite en asuntos oficiales” (art. 61 CGD); “faltas relacionadas con la moralidad pública” (art. 62 CGD); “faltas atribuíbles a los funcionarios judiciales y a los jueces de paz” (art. 63 CGD); “faltas relacionadas con el régimen penitenciario y carcelario” (art. 64 CGD); y “faltas que coinciden con descripciones típicas de la ley penal” (art. 65 CGD).

Estas faltas gravísimas se sancionan, si son dolosas, con destitución e inhabilidad general de diez a veinte años; si son cometidas con culpa gravísima, con destitución e inhabilidad general de cinco a diez años; y si son realizadas con culpa grave, con suspensión en el ejercicio de cargo de tres a cuarenta y ocho meses e inhabilidad especial por el mismo término (art. 48.1, 2 y 3 CGD).

El examen de las conductas tipificadas como faltas gravísimas y de las sanciones que resultan de aplicación a las mismas permite realizar las siguientes consideraciones:

1. Como primera de ellas, se advierte que la tipificación de las faltas gravísimas no siempre satisface, desde un punto de vista interno, las exigencias del principio de proporcionalidad.

En términos de estricta constitucionalidad, este principio no sólo debe respetarse en la aplicación de la norma sancionadora, en orden a la graduación de la sanción, como prevé de manera expresa el Código General Disciplinario colombiano (art. 6), sino también en la elaboración de dicha norma, de forma que la tipificación legal de una determinada conducta se adecue a su gravedad material.

Desde este punto de vista, no se comprende que, dentro de las faltas gravísimas y, por tanto, con la sanción prevista para ellas, se incluyan al mismo tiempo la “matanza de miembros de un grupo nacional, ético, racial, religioso, político o colectividad con identidad propia fundada por motivos políticos, por razón de su pertenencia al mismo” (art. 52.1.a CGD) -hecho que, sin duda, es gravísimo y merece ser sancionado de forma acorde a su extrema gravedad- y “ausentarse del cumplimiento de la función, cargo o servicio por un término igual o superior a cinco días sin justificación (art. 55.6 CGD) -hecho que, por más que deba ser sancionado, no reviste desde ningún punto de vista la gravedad de las matanzas colectivas-.

Los problemas que esta falta de proporcionalidad comporta en el ejemplo indicado se ponen de manifiesto si se tiene en cuenta que la ausencia del funcionario público en el cumplimiento de la función, salvo que exista una causa impeditiva, tiene siempre un carácter intencional, es decir, el servidor público no acude a su puesto porque no quiere, siendo así que las faltas gravísimas dolosas llevan aparejada una sanción de destitución e inhabilidad general de diez a veinte años, a todas luces excesiva a la vista de la naturaleza de la conducta. En tales circunstancias, si no se quiere imponer una sanción contraria al principio de proporcionalidad, debería entenderse -de forma no propiamente acorde con el carácter intencional de la

conducta- que la ausencia del cumplimiento de la función se ha producido por culpa grave, lo que conllevaría una sanción de suspensión de tres meses (art. 48.3 CGD), salvo que la ausencia no hubiera afectado sustancialmente al cumplimiento de los deberes funcionales (art. 68 CGD).

2. En otro orden de cosas, se observa que el derecho disciplinario colombiano sanciona con gran severidad, por su tipificación como faltas gravísimas, algunas conductas que en el derecho español no son siquiera merecedoras de sanción.

Dos buenos ejemplos son la tipificación como falta gravísima del hecho de “dar lugar a la configuración del silencio administrativo positivo” (art. 55.1. CGD) o de “no decidir la procedencia de la acción de repetición dentro del término fijado por la ley” o “no instaurarse en forma oportuna por parte del representante legal de la entidad, en el evento de proceder, la acción de repetición contra el funcionario, ex funcionario o particular cuya conducta haya generado conciliación o condena de responsabilidad contra el Estado (art. 58 CDG).

En el primero de estos supuestos -la producción del silencio administrativo positivo-, el derecho español prevé que el incumplimiento de la obligación de resolver en plazo “dará lugar a la exigencia de responsabilidad disciplinaria” (art. 42.7 Ley 30/1992). Sin embargo, tal conducta no se encuentra tipificada como falta muy grave (art. 95.2 EBEP) y, lo que es más importante, no suele dar lugar a responsabilidad disciplinaria en la práctica.

En el segundo de los casos mencionados -la falta de ejercicio de la acción de repetición-, debe tenerse en cuenta que, en el derecho español, el ejercicio de dicha acción es obligatorio, desde el año 1999, si el daño se ocasionó con dolo o culpa grave (art. 145.2 Ley 30/1992). No obstante, es muy raro que dicha acción se ejerza, como lo es que, ante su falta de ejercicio, se imponga sanción disciplinaria alguna.

3. Por último, debe prestarse una atención especial al último grupo de faltas gravísimas tipificadas por el Código General Disciplinario colombiano, que son las denominadas «faltas que coinciden con descripciones típicas de la ley penal»: “Cuando la conducta no pueda adecuarse a ninguna de las anteriores faltas, en virtud de los principios de especialidad y subsidiariedad, constituirá falta gravísima -dice el Código- realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando de él” (art. 66 CGD).

De acuerdo con este precepto legal, pueden ser sancionadas como faltas disciplinarias gravísimas no sólo las establecidas con tal carácter en el Código General Disciplinario, sino también aquellas conductas tipificadas como delito doloso en la legislación penal. La novedad introducida en este punto por el Código General Disciplinario es una expresa referencia a los «principios de especialidad y subsidiariedad» para advertir a las autoridades disciplinarias que la aplicación de la ley penal sólo será posible cuando los hechos investigados no encajen en ninguna de las faltas previstas por el propio Código. La labor de adecuación típica debe someterse, por tanto, a la aplicación de tales principios (art. 4, pár. 2º, CGD). Con ello se trata de subrayar la autonomía conceptual y la sustantividad propia del derecho disciplinario frente al derecho penal.

La posibilidad de acudir a los tipos penales por parte de las autoridades disciplinarias es nuevamente una singularidad propia del derecho disciplinario colombiano desconocida en otros países -como España- y viene a evidenciar el importante papel que se atribuye en Colombia al derecho disciplinario como mecanismo alternativo y preferente al derecho penal para la represión de las conductas ilícitas cometidas por empleados públicos. En estos y otros supuestos, la imposición de una sanción disciplinaria no impedirá el pronunciamiento de una posterior sentencia penal condenatoria, dado que, aunque exista una identidad de hechos y sujetos, el bien jurídico protegido por el derecho penal y el derecho disciplinario es diferente y, por tanto, no entra en juego el principio *nos bis idem*, que únicamente prohíbe una segunda sanción disciplinaria por el mismo hecho (art. 16 CGD).

b) Faltas graves o leves. Junto a las faltas disciplinarias gravísimas, el Código General Disciplinario contempla también faltas disciplinarias graves y leves: en concreto, “constituye falta disciplinaria grave o leve el incumplimiento de los deberes, el abuso de los derechos, la extralimitación de las funciones o la incursión en prohibiciones, salvo que la conducta esté prevista como falta gravísima” (art. 67, pár. 1º, CGD).

La tipificación de las faltas disciplinarias graves o leves se realiza pues por referencia al catálogo de “derechos, deberes, prohibiciones, impedimentos, inhabilidades y conflictos de intereses del servicios públicos” legalmente establecidos en ese mismo cuerpo legal (arts. 37 a 45 CGD).

Una vez constatado que el servidor público no ha adecuado su conducta a dicho catálogo, la gravedad o levedad de la falta se determinará de conformidad con los siguientes criterios (art. 47 CGD):

1. “La naturaleza esencial del servicio”.

2. “El grado de perturbación del servicio”.
3. “La jerarquía y mando que el servidor público tenga en la respectiva institución”.
4. “La trascendencia social de la falta o el perjuicio causado”.
5. “Las modalidades y circunstancias en que se cometió la falta, que se apreciarán teniendo en cuenta el cuidado empleado en su preparación, el nivel de aprovechamiento de la confianza depositada en el investigado o de la que se derive de la naturaleza del cargo o función, el grado de participación en la comisión de la falta, si fuere inducido por un superior a cometerla, o si la cometió en estado de ofuscación originado en circunstancias o condiciones de difícil prevención y gravedad extrema, debidamente comprobadas.
6. “Los motivos determinantes del comportamiento”.
7. “Cuando la falta de realice con intervención de varias personas, sean particulares o servidores públicos”.

Por tanto, a diferencia de las faltas gravísimas, que se encuentran taxativamente establecidas en el Código General Disciplinario, las faltas graves o leves deben ser apreciadas por las autoridades disciplinarias en razón de la concurrencia de los criterios mencionados. De este modo, la tipificación se realiza de forma más abierta en las faltas leves y graves que en las faltas gravísimas. Esta forma de configurar las faltas disciplinarias leves y graves no es, por sí misma, contraria al principio de tipicidad, y ello no sólo porque la Corte Constitucional colombiana haya admitido los tipos disciplinarios abiertos “ante la imposibilidad del legislador de contar con un listado detallado de comportamientos donde se subsuman todas aquellas conductas que se encuentran prohibidas a las autoridades o de los actos antijurídicos de los servidores públicos” (sentencia T-1093/04), sino también porque el Código General Disciplinario muestra un grado suficiente de predeterminación normativa tanto en la descripción del catálogo de derechos, deberes, prohibiciones, impedimentos, inhabilidades y conflictos de intereses de los servidores públicos cuyo desconocimiento constituye falta disciplinaria leve o grave, como en la enumeración de los criterios legales que deberán ser tenidos en cuenta para determinar si la falta cometida es leve o grave.

Sin perjuicio de ello, la trascendencia de la sanción que procede imponer en caso de faltas disciplinarias graves, que es siempre una suspensión de funciones que podría llegar hasta los veinticuatro meses de duración (arts. 48.4 y 5 CGD), frente a la mayor levedad de la sanción de multa propia de las faltas leves (arts. 48.6 y 7 CGD), hubiera aconsejado que la tipificación de las faltas graves se realizase de forma taxativa, como sucede se hace

con las faltas gravísimas, en garantía de la seguridad jurídica de los sujetos disciplinables. La pretensión de que el derecho disciplinario colombiano se convierta en una alternativa al derecho penal en la investigación y castigo de las conductas ilícitas cometidas por los servidores públicos conduce a esa misma conclusión.

3.3.3. *Prescripción de las faltas*

La regulación de la prescripción de las faltas disciplinarias plantea un doble orden de consideraciones referidas al plazo establecido a tal fin y al régimen de interrupción del mismo:

a) De acuerdo con la legislación colombiana, la acción disciplinaria prescribirá en cinco años, salvo en el caso de las «faltas relacionadas con la infracción al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario», que prescribirán a los doce años (art. 33.1 CGD). Existe pues un plazo general de cinco años, con independencia del carácter gravísimo, grave o leve de la falta, y un plazo especial de doce años para las faltas gravísimas relacionadas con la infracción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario.

El establecimiento de un plazo especial de prescripción de doce años para este tipo de conductas se encuentra sobradamente justificado, habida cuenta de la especial gravedad de las mismas -matanza, lesiones, traslados, secuestros, etc., de grupos étnicos, raciales, religiosos, políticos o similares- (art. 52 CGD).

No puede decirse lo mismo de que el plazo general de prescripción de las faltas gravísimas, graves o leves sea el mismo, cinco años: el respeto al principio de proporcionalidad aconseja que la prescripción de las faltas leves sea inferior al de las faltas graves y el de éstas inferior al de las faltas gravísimas: así se contempla en la legislación española (tres años para las faltas muy graves, dos años para las faltas graves y seis meses para las faltas leves -art. 97 CGD-) y en la mayor parte de los ordenamientos. Por tanto, si el plazo general de prescripción de cinco años establecido en la legislación colombiana para las faltas gravísimas puede considerarse adecuado, no se aprecia en cambio la razón de que sea el mismo para las faltas graves y leves.

b) En cuanto al régimen de prescripción de las faltas disciplinarias, se distingue en el derecho español entre la «caducidad del procedimiento disciplinario» y la «prescripción de la falta disciplinaria». La prescripción de la falta disciplinaria se produce cuando no se ha incoado el procedimiento

disciplinario antes del transcurso del plazo de prescripción fijado por la ley: la incoación del procedimiento disciplinario interrumpe el plazo de prescripción de la falta disciplinaria. La caducidad del procedimiento disciplinario acontece cuando termina el plazo máximo fijado por la ley para la notificación de la resolución disciplinaria sin que dicha notificación haya tenido lugar: en razón de esta caducidad, debe procederse al archivo del procedimiento disciplinario, pero podrá incoarse uno nuevo en tanto no haya prescrito la falta. Ejemplo: supongamos que el plazo de prescripción de una falta disciplinaria es de dos años y el plazo máximo para notificar la resolución del procedimiento disciplinario es de seis meses; supongamos igualmente que la falta se cometió el 5 de enero de 2015, que el procedimiento disciplinario se incoó el 7 de marzo de 2015 y que, transcurridos seis meses, el 7 de septiembre de 2015, no se ha notificado al imputado la resolución del procedimiento disciplinario; en tal caso, debe archivarse el procedimiento disciplinario por caducidad del mismo, pero podrá incoarse uno nuevo, dado que no ha transcurrido el plazo de prescripción de la falta, que -en el ejemplo propuesto- sería de dos años desde la fecha de su comisión.

En la vigente legislación colombiana no se distingue entre la «caducidad del procedimiento disciplinario» y la «prescripción de la falta disciplinaria», sino que tan sólo se contempla esta segunda institución. En concreto, se prevé que “la prescripción de las faltas se interrumpirá con la adopción y notificación del fallo de primera o única instancia”, y, en este evento, “para emitir y notificar el fallo de segunda instancia o de reposición, la autoridad disciplinaria tendrá un término de dos años -o de tres años, en el caso de faltas relacionadas con la infracción al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario-, contados a partir del día siguiente del vencimiento para impugnar la decisión” (art. 33 CGD). Este régimen de interrupción de la prescripción se caracteriza pues por las dos siguientes notas:

- En primer lugar, la interrupción de la prescripción no se produce con la incoación del proceso disciplinario, como sucede en otros ordenamientos, sino con la notificación de la resolución disciplinaria de primera instancia. Esta previsión es positiva, pues, por una parte, obliga a las autoridades disciplinarias a extremar su diligencia en la investigación del hecho ilícito y en la incoación y resolución del proceso disciplinario, y, por otra, comporta una mayor seguridad jurídica para los sujetos disciplinables. No obstante, puede también favorecer la impunidad de ciertos hechos ilícitos de especial

gravedad y complejidad, algo que el Código General Disciplinario ha tenido en cuenta, en relación con las faltas relacionadas con la infracción al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario, ampliando su plazo de prescripción a doce años.

- En segundo término, la interrupción de la prescripción a consecuencia de la notificación del fallo de primera instancia no se produce de forma indefinida, dado que la resolución del recurso debe notificarse en un determinado plazo fijado por la ley, pues, en otro caso, se producirá la prescripción de la falta disciplinaria. Esta previsión del Código General Disciplinario debe igualmente valorarse de forma positiva, en garantía de la seguridad jurídica de los sujetos disciplinables: el ordenamiento español va en este punto un paso por detrás de la legislación colombiana, pues, en nuestro país, las autoridades disciplinarias pueden tomarse el tiempo que deseen para la notificación de la resolución de los recursos disciplinarios, en el bien entendido de que, transcurrido un determinado plazo sin notificación, se produce el silencio administrativo negativo, es decir, debe entenderse que el recurso se ha desestimado y, en consecuencia, el interesado puede impugnar la sanción ante la jurisdicción contencioso-administrativa; la solución contemplada en el derecho español no es, sin embargo, satisfactoria, pues, como quiera que -según el derecho español- la sanción disciplinaria no es firme y ejecutiva hasta que no se resuelva el recurso administrativo, el interesado no tiene ninguna razón para acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa y, por ello, siempre espera a la notificación de la resolución del recurso interpuesto contra la sanción, siendo así que si la autoridad disciplinaria se demora largo tiempo en la resolución del mismo, el sujeto imputado permanecerá entretanto en una grave situación de inseguridad jurídica.

3.4. Sanciones disciplinarias

3.4.1. Tipos de sanciones

Las sanciones disciplinarias previstas en la legislación colombiana son parcialmente distintas a las contempladas en el derecho español. Concretamente, se establecen en Colombia tres tipos de sanciones disciplinarias: la destitución e inhabilidad general del servidor público, la suspensión en el ejercicio del cargo y la multa (art. 49 CGD); en España, en cambio, se prevén las cinco sanciones siguientes: separación del servicio de los funcionarios públicos, despido disciplinario del personal laboral, suspensión firme de funciones o de empleo y sueldo, traslado forzoso -con o sin cambio de localidad de residencia-, demérito y apercibimiento (art. 96.1 EBEP).

La comparación entre ambos catálogos de sanciones suscita las siguientes consideraciones:

a) En la legislación colombiana se sujeta a un plazo máximo la «destitución e inhabilidad general» de los servidores públicos, a diferencia de lo que sucede en el derecho español, que contempla una destitución e inhabilidad general para el ejercicio de la función pública de carácter perpetuo, conocida con el nombre de «separación del servicio» (en el caso del personal laboral, la sanción homóloga a la separación del servicio es el «despido disciplinario», que comporta la inhabilitación para ser titular de un nuevo contrato de trabajo con funciones similares a las que se desempeñaban). En Colombia, la destitución e inhabilidad general está prevista para las faltas gravísimas realizadas con dolo o culpa gravísima; en España, igualmente, se contempla la separación del servicio para las faltas muy graves (equivalentes a las faltas gravísimas del ordenamiento colombiano).

Teniendo en cuenta la extrema gravedad de algunas de las conductas tipificadas como falta gravísima en el Código General Disciplinario colombiano -así, por ejemplo, las tantas veces mencionadas «faltas relacionadas con la infracción al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario»-, no sería contrario al principio de proporcionalidad que en este cuerpo legal se hubiera introducido una sanción de destitución e inhabilidad general de carácter perpetuo para tales conductas y otras de similar entidad.

De todos modos, conviene advertir que, en el derecho español, la sanción de separación del servicio, únicamente posible -como ya se ha dicho- en el supuesto de faltas muy graves, se impone en muy raras ocasiones, optándose en su lugar por sancionar ese tipo de faltas con la suspensión de funciones.

b) En la legislación colombiana y española se prevé la «suspensión en el ejercicio del cargo», llamada en nuestro país «suspensión de funciones» o -si el servidor público es personal laboral- «suspensión de empleo y sueldo». La duración de esta suspensión tiene un máximo de cuatro años en Colombia y de seis años en España. En el régimen disciplinario colombiano, la suspensión en el ejercicio del cargo está prevista en el caso de faltas gravísimas cometidas con culpa grave y faltas graves tanto dolosas como culposas. En España, asimismo, la sanción de suspensión de funciones puede acordarse en razón de faltas muy graves o graves: en este punto, importa subrayar que, como la sanción de «separación de servicio» se impone con muy escasa frecuencia, la suspensión de funciones se erige, en la práctica,

en la sanción que suele generalmente aplicarse por las autoridades disciplinarias españolas para castigar las faltas disciplinarias de mayor gravedad.

c) En el ordenamiento español se prevé el traslado forzoso, con o sin cambio de residencia, que puede imponerse en caso de faltas muy graves y graves. Esta sanción no está prevista en el derecho disciplinario colombiano.

d) Por último, en la legislación colombiana se prevé la sanción de «multa» para las faltas de menor gravedad (faltas leves). En España, la multa está contemplada en el derecho administrativo sancionador pero no en el régimen disciplinario de los empleados públicos, cuyas faltas leves se sancionan con el «demérito», que consiste en la penalización a efectos de carrera, promoción o movilidad voluntaria, o con el «apercibimiento».

3.4.2. Clasificación y graduación de las sanciones

El régimen disciplinario colombiano utiliza las categorías del «dolo» y la «culpa» para la predeterminación normativa de las sanciones que corresponde aplicar a las faltas disciplinarias gravísimas, graves y leves y para el establecimiento de los límites temporales o cuantitativos de cada una de ellas (art. 48 CGD). Una vez determinado el tipo de falta cometida (gravísima, grave o leve), su carácter culposo o doloso y la clase de sanción que procede imponer, las autoridades disciplinarias deben fijar la duración o cuantía de la sanción disciplinaria atendiendo a los criterios de graduación legalmente establecidos (art. 50 CGD).

En el derecho español, el principio de culpabilidad es, obviamente, una presupuesto indispensable de la sanción disciplinaria. Sin embargo, la clasificación y límites de las sanciones no vienen legalmente predeterminados por el dolo o la culpa con que el autor haya cometido la falta disciplinaria, sino por el carácter muy grave, grave o leve de ésta, es decir, por la mayor o menor gravedad de la conducta objetivamente considerada, con independencia de que la misma se haya cometido con dolo o culpa. Una vez constatado el tipo de falta cometida (muy grave, grave o leve) y la clase de sanción que procede imponer de acuerdo con la mayor o menor gravedad de aquella, las autoridades disciplinarias deben graduar la sanción teniendo en cuenta -entre otros criterios- el dolo o la culpa: “El alcance de cada sanción -dice la legislación española- se establecerá teniendo en cuenta el grado de intencionalidad, descuido o negligencia que se revele en la conducta” (art. 96.3 EBEP). En el derecho español, por tanto, el dolo o la culpa es un criterio de graduación de la sanción, es decir, no se utiliza, como en Colombia,

para la predeterminación normativa de la clase de sanción disciplinaria o de los límites cuantitativos o temporales de ésta.

Como puede apreciarse, la técnica normativa seguida en ambos países, en lo que respecta a la valoración del dolo y la culpa, es diferente, aunque a la postre la entidad de la sanción se hace depender, tanto en España como en Colombia, de que el autor haya cometido la falta disciplinaria con dolo o con culpa. Bien es verdad que las exigencias de seguridad jurídica parecen mejor atendidas con la opción, seguida por la legislación colombiana, de predeterminar legalmente la clase de sanción y sus límites temporales o cuantitativos en función de la concurrencia de dolo o culpa. En todo caso, lo realmente importante será, a la postre, el juicio realizado por la autoridad disciplinaria acerca de la presencia de dolo o culpa.

Una vez realizadas estas precisiones acerca de la incidencia de las categorías del dolo y de la culpa en la determinación de las sanciones disciplinarias, es preciso realizar unas consideraciones adicionales acerca de los criterios de graduación de las sanciones establecidas por la legislación colombiana, en particular respecto de algunas de las circunstancias agravantes:

- En primer lugar, se observa que el Código General Disciplinario tiene en cuenta la «reincidencia» como circunstancia agravante (concretamente, el “haber sido sancionado fiscal o disciplinariamente dentro de los cinco años anteriores a la comisión de la conducta que se investiga”, art. 51.2.a) CGD), pero no la «reiteración» (es decir, cuando se comete reiteradamente la misma conducta ilícita, lo que en el derecho penal se comete como delito continuado). El derecho español atribuye a la reiteración, como algo distinto de la reincidencia, un carácter agravante (art. 96.3 EBEP) que no se contempla en el régimen disciplinario colombiano.

En relación con esta misma circunstancia agravante, no se aclara si, para apreciar la reincidencia, es preciso que la sanción fiscal o disciplinaria cometida en los cinco años anteriores haya ganado firmeza en vía judicial o basta que sea firme en vía administrativa. Este segundo criterio es el que se sigue en el derecho español.

- Otra de las circunstancias agravantes contemplada en la legislación colombiana y que merece algún comentario es la “afectación a derechos fundamentales” (art. 51.2.d CGD). Debe tenerse en cuenta que existen al menos dos bloques de faltas gravísimas -«faltas relacionadas con la infracción al Derecho Internacional de los Derechos Humanos» (art. 52 CGD) y «faltas relacionadas con la libertad y otros derechos fundamentales» (art. 53 CGD)- en las que la afectación a los derechos fundamentales ya ha sido tenida en

cuenta por el legislador para la tipificación de la conducta y la atribución del carácter de falta gravísima, por lo que tal circunstancia no puede utilizarse nuevamente para agravar la sanción. La relevancia de la afectación de derechos fundamentales, como circunstancia agravante, debe limitarse a aquellas faltas en las que tal afectación no es uno de los elementos legales del tipo.

Lo mismo cabría decir de la circunstancia agravante consistente en el “conocimiento de la ilicitud” (art. 51.2.e CGD), que podrá resultar de aplicación en las faltas disciplinarias cometidas con culpa, pero no deber serlo en las realizadas con dolo, ya que la conducta dolosa supone que “el sujeto disciplinable conoce los hechos constitutivos de la falta disciplinaria, su ilicitud y quiere su realización” (art. 28 CGD).

- Por lo demás, no se contempla en el Código General Disciplinario, como criterio de graduación de la sanción, el “grado de participación” del sujeto disciplinable en la comisión del hecho lícito, que sí se contempla en el derecho español (art. 96.3 CGD). La legislación colombiana atribuye la condición de «autor» a “quien realice la falta disciplinaria o determine a otro a realizarla, aun cuando los efectos de la conducta se produzcan después de la dejación del cargo o función” (art. 30 CGD); por tanto, la responsabilidad disciplinaria del autor y del inductor es la misma, al igual que sucede en el derecho español (art. 93.2 EBEP). No se contemplan en el ordenamiento colombiano, sin embargo, otras formas de participación en la comisión de la falta disciplinaria que acaso debieran ser sancionadas, como es el caso, por ejemplo, del encubrimiento, que genera responsabilidad en el régimen disciplinario español en las faltas muy graves o graves, “cuando de dichos actos se derive daño grave para la Administración o los ciudadanos” (art. 93.3 EBEP).

3.4.3. Prescripción de las sanciones

En el ordenamiento colombiano se establece un plazo único de cinco años de prescripción de las sanciones disciplinarias, con independencia de su carácter gravísimo, grave o leve (art. 36 CGD), mientras que en el derecho español se establecen plazos de prescripción de tres años, dos años y un año para las sanciones muy graves, graves y leves (art. 97, p. 1º CGD).

Las consideraciones antes realizadas al tratar sobre la prescripción de las faltas deben ahora reproducirse en relación con la prescripción de las sanciones, en el sentido de que la mayor o menor gravedad de la sanción debería traducirse, por exigencias del principio de proporcionalidad, en un diferente plazo de prescripción.

3.5. Cuestiones procesales

Las principales novedades del Código General Disciplinario en este ámbito son las siguientes: en primer lugar, se ha introducido el «principio de doble instancia» en los procedimientos disciplinarios incoados contra los altos funcionarios del Estado que se encuentren «aforados», los cuales, a partir de ahora, serán conocidos en primera instancia por la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación y en vía de recurso por el Procurador General de la Nación; en segundo término, se articula un «procedimiento disciplinario único» con dos etapas claramente definidas -investigación, en forma escrita, y juzgamiento, en forma oral- de las que corresponde conocer al mismo funcionario; por último, se crea un «régimen probatorio propio» para el derecho disciplinario y se regulan los «beneficios por colaboración».

Entre estas novedades, merece algún comentario que el conocimiento de las fases de investigación y juzgamiento del «procedimiento disciplinario único» se atribuyan al mismo funcionario. En el derecho español, en cambio, se prevé “la debida separación entre la fase instructora y sancionadora” del procedimiento disciplinario, que ha de encomendarse a “órganos distintos” (art. 98.2, pár. 2º EBEP). Con ello se pretende que el funcionario encargado del enjuiciamiento pueda valorar las pruebas obtenidas en la fase de instrucción guardando la debida distancia respecto del contexto en que la investigación del hecho ilícito se ha desarrollado, es decir, sin verse contaminado por las circunstancias en que ésta ha tenido lugar: como es bien conocido, el funcionario que instruye el procedimiento disciplinario va formando un juicio de valor, a medida que realiza la investigación, que no siempre responde a la reflexión y al sosiego propio que debe presidir la función de enjuiciamiento, de ahí la conveniencia de que una y otra labor sean desempeñadas por personas diferentes. La separación entre la fase de investigación y juzgamiento viene pues aconsejada por las más elementales garantías de objetividad e imparcialidad.

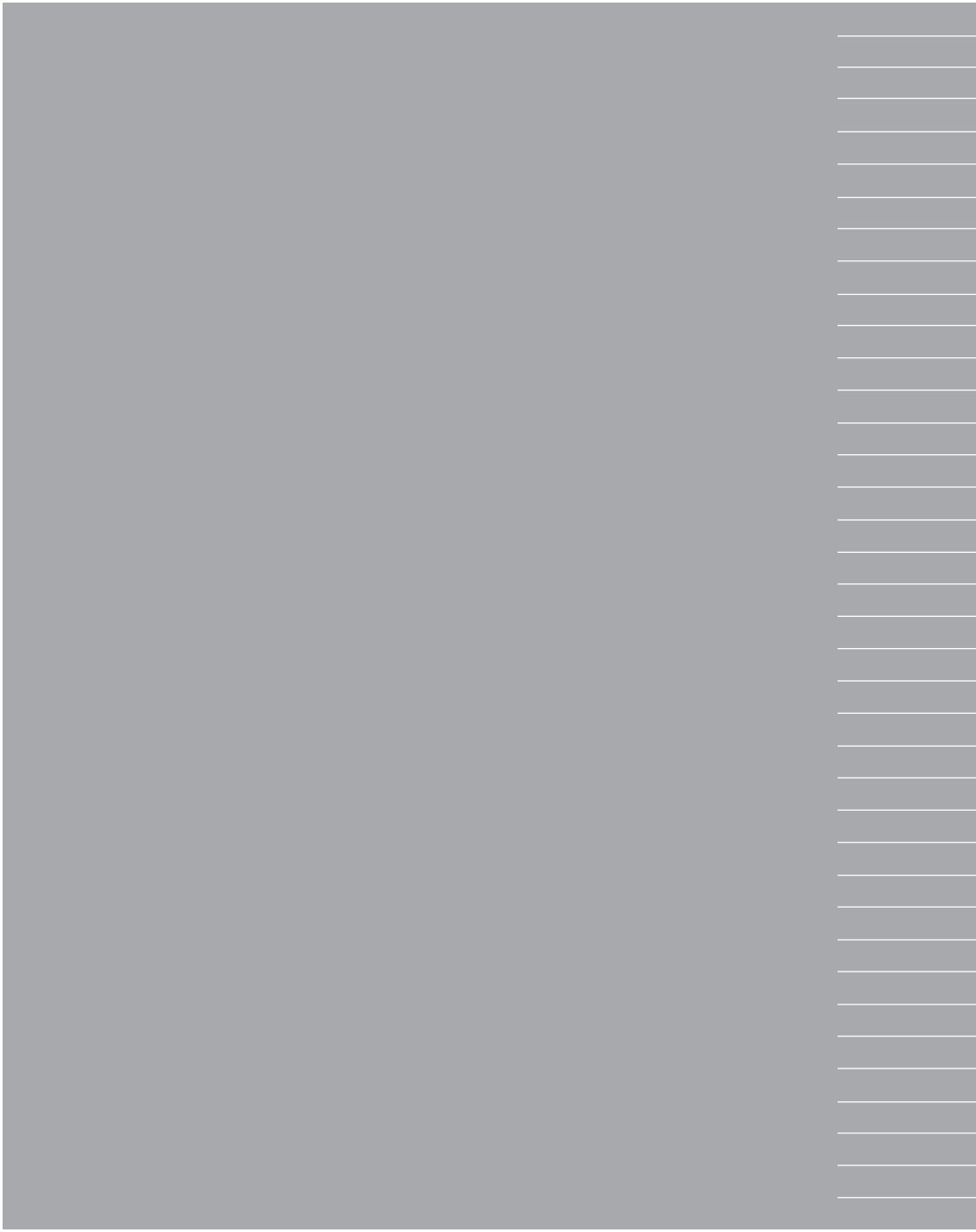
IV. Conclusiones

El examen comparativo del Código General Disciplinario colombiano que se ha realizado en las páginas precedentes tiene el propósito de resaltar las diferencias de *status* y régimen jurídico del derecho disciplinario en Colombia y España, al tiempo que contribuir a perfilar algunas de las

categorías utilizadas por la norma objeto de estudio, aunque en modesta medida, dado el elevado nivel de rigor y perfección técnica que la misma presenta.

La lectura de este cuerpo legal ofrece en todo caso enseñanzas muy valiosas para el jurista español: “A la luz de los escándalos de corrupción en España, sería de mucha utilidad -se ha escrito- un derecho disciplinario como el que existe en Colombia, en la lucha contra este flagelo” (Cfr. José Rory Forero Salcedo, «El proyecto de reforma de la Ley 734 de 2002: ¿Hacia la consolidación de una nueva dogmática del derecho disciplinario en Colombia?», *Reflexiones académicas ...*, cit. pág. 214).

Aunque el esquema institucional actualmente vigente en España no permite un sencillo traslado de las categorías propias del derecho colombiano, es digna de elogio la determinación con que el legislador colombiano y las autoridades disciplinarias de este país han asumido la tarea de combatir el fenómeno de la corrupción, y de ello debiéramos, sin lugar a dudas, aprender en España.



CULPABILIDAD DISCIPLINARIA

JESÚS ALEJANDRO GARZÓN RINCÓN *

** Asesor Procuraduría Delegada Moralidad Pública*

Evolución normativa de la responsabilidad disciplinaria: de la responsabilidad objetiva a la responsabilidad subjetiva.

Introducción

En los últimos 20 años, el derecho disciplinario colombiano ha evidenciado cambios significativos, no solo en sus contenidos sustanciales, sino en los aspectos referidos a las condiciones de ejercicio a las que se somete el ejercicio del derecho sancionador. La comunidad jurídica nacional no ha vacilado en registrar tales cambios como una expresión de la evolución del derecho disciplinario en nuestro medio. La comunidad jurídica internacional, por su parte, ha reconocido a Colombia como uno de los Estados abanderados del avance del derecho disciplinario. Así lo hemos podido evidenciar en los diferentes foros internacionales en los que el derecho disciplinario colombiano es visto como referencia de cambio, adaptación y actualización.

Quienes hemos ejercido esta particular forma del derecho sancionador por más de 20 años, hemos formado parte del proceso de cambio, evolución y ajuste del derecho disciplinario en nuestro país. De la mano de los cambios normativos y de las precisiones que por vía de sentencias modulativas ha hecho la jurisprudencia, hemos sido testigos de un acelerado proceso de “*importantización*” del derecho disciplinario, reflejado, entre otras manifestaciones, en la creciente generación de espacios de reflexión jurídica en las universidades y en la creación de centros de estudio especializado¹.

Hace apenas 20 años, el derecho disciplinario no gozaba del estatus ni de la importancia que hoy se le concede. Hoy, son comunes y hasta frecuentes los espacios en que, bajo diferentes formatos, se discuten los temas del derecho disciplinario: conferencias, seminarios, foros, conversatorios, congresos, cursos de actualización, diplomados, especializaciones, maestrías y hasta doctorados, se dedican a la reflexión seria sobre el derecho sancionador. En el pasado, por el contrario, el derecho disciplinario apenas si merecía mención y cuando a él se concedía excepcional espacio en los claustros universitarios, se deja tácitamente sentado que se trataba

de un capítulo no esencial del derecho laboral administrativo. Ello era así, porque las normas que regulaban su ejercicio, entonces vigentes, explicitaban que el régimen disciplinario formaba parte de la normas sobre administración de personal, lo que de entrada hablaba de la naturaleza del derecho disciplinario como un capítulo temático del derecho administrativo.

Pero más allá de su naturaleza administrativa, la principal característica del derecho disciplinario de entonces era su prácticamente nula importancia jurídica, política y social. Se trataba de un derecho intrascendente y carente de notoriedad, por incapaz de intimidar a sus destinatarios y, por ende, de disuadir los comportamientos irregulares que, entonces como ahora, atentaban contra el ortodoxo desempeño de la función administrativa. Quizá por esa razón, los profesores de derecho administrativo de entonces concedían mayores y mejores espacios en tiempo y fondo a otras temáticas de sus cátedras, como la organización del Estado, los principios del derecho administrativo, la teoría del acto administrativo, la forma de las actuaciones, las notificaciones y los recursos de la vía gubernativa, la revocatoria directa, la contratación estatal, los temas tributarios, las acciones contenciosas² y, por supuesto, la evolución de las teorías sobre la responsabilidad civil extracontractual del Estado³. Estos temas sí tenían probada importancia; en contraste, el derecho disciplinario, formaba parte de un discurso de corte técnico-jurídico, incapaz de suscitar grandes pasiones: el derecho laboral administrativo. Incluso allí, el derecho disciplinario sucumbía en importancia frente a otras materias específicas como la forma de ingreso, permanencia y desvinculación de los servidores públicos, su régimen prestacional, su nomenclatura y clasificación, así como las acciones que se podía intentar ante la autoridad contenciosa administrativa. Nuevamente, el derecho disciplinario era tratado como cenicienta jurídica, habida cuenta de la demostrada ineficacia de sus medidas correctivas.

Pero, a la falta de importancia del sistema, se sumaba otra insana característica del derecho disciplinario de nuestro reciente pasado: la dispersión normativa imperante que se traducían en que cada entidad adoptaba un manual disciplinario propio, haciendo estéril cualquier esfuerzo por construir un discurso jurídico relevante en materia disciplinaria. Tal característica abonaba su anémico tratamiento en las universidades y centros de estudio.

De esa época hasta la actualidad, el derecho disciplinario ha experimentado cambios importantes que han impactado en forma significativa sus más sensibles instituciones. Aspectos referidos a la identificación de sus destinatarios y de los sujetos procesales; a la tipificación de las faltas y su

clasificación; a la tipología de las sanciones y su límite; a la consagración de medidas cautelares y al título de imputación subjetiva, fueron objeto de estudio, análisis y modificación normativa. Este opúsculo ha de referirse a los cambios producidos en los años recientes respecto de la culpabilidad en materia disciplinaria. Se tomará como punto de partida la Ley 13 de 1984 y se revisará la evolución normativa hasta el proyecto de ley ya aprobado por el Congreso de la República y que a la fecha de elaboración de este artículo se encuentra para sanción presidencial.⁴

1. Fase de responsabilidad objetiva: Ley 13 de 1984

El derecho disciplinario de entonces era de corte claramente administrativo. Siendo así, sobraba ocuparse de la “culpabilidad”, pues tal categoría dogmática resultaba en todo ajena a la naturaleza del derecho administrativo. Coherente con tal naturaleza jurídica, el derecho administrativo y con él el derecho laboral administrativo (del que hacía parte el sistema disciplinario) consagraban, para todos los efectos, una responsabilidad objetiva, construida sobre la verificación de un resultado contrario a derecho. El artículo primero de la Ley 13 de 1984 explicitaba la naturaleza administrativa del derecho disciplinario y de ella se deducía el carácter objetivo de la responsabilidad:

Ley 13 de 1984

Artículo 1°. Objetivo del régimen disciplinario. El régimen disciplinario es parte del sistema de administración de personal, y se aplicará tanto a los empleados de carrera como a los de libre nombramiento y remoción. Tiene por objeto asegurar a la sociedad y a la administración pública la eficiencia en la prestación de los servicios a cargo del Estado, así como la moralidad, la responsabilidad y la conducta correcta de los funcionarios públicos, y a éstos los derechos y las garantías que les corresponden como tales.

La interpretación de sus normas se hará con referencia al derecho administrativo, con preferencia a cualquier otro ordenamiento jurídico.

Es claro que el segundo inciso de este artículo de la Ley, más que un criterio interpretativo, constituía una verdadera norma de integración o de remisión normativa en materia disciplinaria. Ello tenía que ser así porque para poder “interpretar” una disposición disciplinaria con arreglo al sistema jurídico administrativo, era necesario avenirse al sentido de las disposiciones contenidas en el Código Contencioso Administrativo de la época⁵,

lo cual implicaba que en caso de silencio de la ley disciplinaria, debería acudirse a las normas administrativas que regulaban la materia o materias similares. Siendo así las cosas, es claro que en el sistema de responsabilidad en materia administrativa no se hacía alusión alguna a la categoría dogmática de culpabilidad, que naturalmente pertenecía al derecho penal.

Coherente con la norma legal citada supra, el Decreto 482 del 1985, reglamentario de la Ley 13, reafirmaba en sus dos primeros artículos la naturaleza administrativa del derecho disciplinario y el carácter disperso de sus disposiciones, fruto de la autorizada pluriexistencia de regímenes disciplinarios especiales. Citamos el contenido de los dos artículos aludidos:

Decreto 482 de 1985.-

Artículo 1°. DEL CAMPO DE APLICACIÓN. Las normas del presente Decreto se aplican a los empleados públicos que desempeñan cargos de libre nombramiento y remoción o de carrera en la Presidencia de la República, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias y las unidades administrativas especiales, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, con tratamiento de empresas, del orden nacional, con excepción de aquellos que en materia disciplinaria se encuentren regulados por leyes o decretos leyes especiales.

Destaquemos de esta disposición que por virtud de ella y por autorización de la ley reglamentada, el régimen disciplinario se aplicaba a los empleados públicos que no estuviesen regulados por leyes o **decretos especiales**. Lo anterior implica que pese a su naturaleza aflictiva, el derecho sancionador de la época evidentemente no estaba sometido al principio de reserva legal. Un decreto, y no necesariamente la ley, podían válidamente definir faltas, sanciones, autoridades y procedimientos. Esta característica, que hoy resultaría inconstitucional, no restaba legitimidad al sistema, pues recuérdese que la naturaleza del derecho disciplinario era abiertamente administrativa. Así lo explicitaba el artículo 2 del Decreto:

Decreto 482 de 1985.-

Artículo 2° DE LOS PRINCIPIOS QUE ORIENTAN EL RÉGIMEN DISCIPLINARIO. El régimen disciplinario previsto en este decreto es de naturaleza administrativa; la interpretación de sus normas se hará con referencia al derecho administrativo, con preferencia a cualquier otro ordenamiento jurídico y

su aplicación deberá sujetarse a los principios de economía, celeridad, eficacia, imparcialidad, publicidad y contradicción que orientan toda actuación administrativa, de conformidad con lo previsto en el artículo 3° del Código Contencioso Administrativo.

El derecho disciplinario, en forma indiscutida y pacífica, formaba parte del ámbito jurídico administrativo. Allí, el sistema de responsabilidad personal era necesariamente objetivo, no solo por la naturaleza de aquella rama del derecho público, sino porque la única referencia que se hacía en el CCA a la culpabilidad, en materia de responsabilidad, resultaba ciertamente precaria por ausencia de desarrollo legal y porque, en todo caso, ataba la deducción de responsabilidad a la verificación de un daño, lo que refrendaba, nuevamente sin oposición, el ejercicio del derecho disciplinario informado por criterios objetivos, guiados por el resultado. El artículo 77 del CCA disponía:

Decreto 01 de 1984 – C. C. A. Artículo 77.-

Sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda a la nación y a las entidades territoriales o descentralizadas, o a las privadas que cumplan funciones públicas, los funcionarios serán responsables de los daños que causen por culpa grave o dolo en el ejercicio de sus funciones.

De aparente inspiración subjetiva, la norma citada en realidad refrendaba una responsabilidad de corte objetivo, informada por el resultado de la conducta, en tanto que sin la verificación de un daño antijurídico, no se podía afirmar la existencia de responsabilidad. Adicionalmente, la norma citada tenía efectiva aplicación en materia de responsabilidad administrativa patrimonial, pero no en el ámbito disciplinario, pues recuérdese que por razón de la proliferación normativa cada entidad estaba autorizada a adoptar su propio régimen.

Es justo aclarar que en la época de responsabilidad disciplinaria objetiva, nada se oponía a que la autoridad titular de la acción disciplinaria acometiera el análisis de una conducta para determinar si se había agotado por dolo o por culpa del agente del comportamiento típico. Aunque no se trataba de una exigencia tendiente a verificar la estructuración de la falta, tal tarea bien podía realizarse como parte del análisis de dosificación punitiva, en la medida que, entonces como ahora, no es lo mismo sancionar a una persona que realiza un comportamiento irregular por incuria, imprudencia,

negligencia o descuido, que hacerlo respecto de quien procede conscientemente, en rebeldía o con desprecio del ordenamiento jurídico.

Insistimos entonces en que, antes de la entrada en vigencia de la Ley 200 de 1995, la moneda de curso legal en materia de deducción de responsabilidad disciplinaria era la verificación de un resultado contrario a derecho, incluso asociado a un “daño” cierto y palpable para la administración y no meramente potencial. Este criterio, ciertamente emparentado con el principio de lesividad penal, fue aplicado en muchas decisiones disciplinarias de la época “pre-culpabilista”. En ellas se descartaba la existencia de compromiso disciplinario si se demostraba que la conducta resultaba inocua para el erario o si, habiendo irrogado perjuicio patrimonial al Estado, el servidor público investigado había asumido sus consecuencia dejando indemne al Estado.

Por otra parte, la otra cara de la moneda nos arrojaba a un escenario de injusticia: dado que la responsabilidad disciplinaria se deducía por el resultado, y considerando que ese resultado generalmente se configuraba por la producción de un daño para la administración, resultaba intrascendente que el disciplinado eventualmente pudiera demostrar que el comportamiento típico fue agotado bajo alguna circunstancia que hoy configura una causa excluyente de responsabilidad. La autoridad disciplinaria bien podía ponderar tal situación a la hora de hacer el análisis de dosimetría punitiva, pero sin que sus consideraciones pudieran llegar a desvirtuar el compromiso disciplinario por ausencia de antijuridicidad y, sobre todo de culpabilidad. De esta manera se reafirmaba el carácter objetivo del derecho disciplinario de entonces.

Finalmente, debemos observar que tratándose de un sistema punitivo que se entendía formar parte de la reglas de administración de personal, el derecho disciplinario no recaía ni podía recaer en las conductas atribuidas a los particulares que desempeñaban funciones públicas. Tales agentes estatales por extensión, no eran destinatarios de derecho disciplinario del Estado por no tener para con éste una relación especial de sujeción, concepto que ni siquiera resultaba familiar para los docentes de derecho administrativo y que tenía cabida ciertamente excepcional en el régimen penitenciario pero con connotaciones jurídicas evidentemente ajenas al derecho disciplinario del Estado respecto de sus servidores.

En resumen, el derecho disciplinario regulado por la Ley 13 de 1984 y su Decreto Reglamentario 482 de 1985 presentaba cuatro características, que habrían de superarse con la Ley 200 de 1995:

- (i) Su naturaleza era administrativa;
- (ii) Consagraba la responsabilidad objetiva, basada en el resultado de la conducta
- (iii) Estaba disperso. Cada entidad podía adoptar su propio régimen
- (iv) No se aplicaba el principio de reserva legal. Cada entidad podía válidamente adoptar su estatuto disciplinario, **mediante decreto**.

2. Fase de responsabilidad Subjetiva.-

Esta fase comprende con carácter principal dos leyes que impactaron en forma importante el derecho disciplinario colombiano: en primer lugar, La Ley 200 del 28 de julio de 1995 y, en segundo lugar, la actual Ley 734 del 5 de febrero de 2002.

De la Ley 200 de 1995 deben destacarse dos aportes esenciales en el cambio de concepción jurídica disciplinaria en el país: el primer de ellos consistió en poner fin, o cuando menos reducir en forma importante la proliferación de regímenes jurídicos disciplinarios. Por primera vez, se habló en el país de un Código Disciplinario Único - CDU, que ciertamente mantuvo algunos sistemas excepcionales por fuera de su ámbito de aplicación, pero que sometió a su régimen a la generalidad de los servidores públicos, con independencia de que formaran parte o no de la rama ejecutiva de poder público.

El artículo 20 sobre destinatarios dispuso:

Ley 200 de 1995.-

Artículo 20º.- Destinatarios de la Ley Disciplinaria. Son destinatarios de la Ley Disciplinaria los miembros de las corporaciones públicas, empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Para los mismos efectos se aplicará a los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma **permanente** o transitorias, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República, los integrantes de la Comisión de Lucha Ciudadana Contra la Corrupción “y las personas que administren los recursos de que trata el artículo 338 de la Constitución Nacional.”

La Ley 200 de 1995, por primera vez, constituía el régimen disciplinario común y vinculante como regla general para todos los servidores públicos de todas las entidades estatales. Su aplicación se sometía a los procedimientos por ella consagrados, derogando en forma expresa los regímenes

especiales antes existentes, pero conservando otros que razonablemente debían mantenerse como a título ilustrativo el de la fuerza pública.

La norma de derogatoria dispuso:

Artículo 177°.- Vigencia. Esta Ley regirá cuarenta y cinco (45) días después de su sanción, será aplicada por la Procuraduría General de la Nación, por los Personeros, por las Administraciones Central y Descentralizada territorialmente y por servicios y por todos los servidores públicos que tengan competencia disciplinaria se aplicará a todos los servidores públicos “sin excepción alguna” y deroga las disposiciones generales “o especiales” que regulen materias disciplinarias a nivel Nacional, Departamental, Distrital o Municipal, o que le sean contrarias, salvo los regímenes especiales de la fuerza pública, de acuerdo con lo establecido en el artículo 175 de este Código.

Pero la entrada en vigencia y la aplicación de la Ley 200 de 1995 no dejaron de representar dudas y de generar resistencia. Como una expresión palpable de la inercia laboral que de tiempo atrás marcaba el ejercicio del derecho disciplinario, no fueron pocos los casos en que las organizaciones sindicales reclamaban su derecho a tomar parte en la adopción de las decisiones disciplinarias. Recuérdese que hasta entonces, los sindicatos estaban laboralmente autorizados a conformar, junto con la empresa, las juntas o comités laborales de naturaleza disciplinaria. Por ello, cuando el 4 de octubre de 1995 entró en vigor la Ley 200, los representantes del movimiento sindical entendían que su normas debían armonizarse con las disposiciones laborales que les tenían en cuenta a la hora de adoptar decisiones disciplinarias. En tal con texto, fue necesario crear, afirmar y afianzar gradualmente la nueva cultura jurídico-disciplinaria con arreglo a la cual el ejercicio del ius puniendi sancionador constituye un asunto de interés exclusivo y excluyente del Estado, en el que el rol de la actividad sindical en nuloó.

Con el solo hecho de que se hubiese conjurado en muy bien medida la inmanejable proliferación normativa, la Ley 200 contribuyó en forma destacada a la depuración del derecho disciplinario. En un escenario estandarizado y regido por una ley general y no por un decreto particular para cada entidad, algunas decisiones ya reclamaban ser destacadas como “hito” y, en consecuencia, ya podían ser exhibidas como modelo de los correctivos disciplinarios que podían aplicarse ante una determinada tipología de comportamiento irregular. A partir de tal realidad, el derecho disciplinario, de la mano de las decisiones adoptadas, empezó a cobrar notoriedad mediática

y social, suscitando entonces el interés de los abogados en actualizar sus conocimientos en la materia, no solo por parte de quienes lo aplicaba, sino por parte de quienes ejercían defensas en este campo. Efecto de lo anterior, las universidades del país no tardaron en reconocer la necesidad de generar espacios de reflexión a una temática hasta entonces mirada con desdén.

No obstante el valor de lo anterior, el principal aporte al derecho disciplinario por parte de la Ley 200 de 1995 consistió en la proscripción de la responsabilidad objetiva y la consecuente consagración de la culpabilidad en materia disciplinaria.

El artículo 14 de la Nueva Ley dispuso:

Ley 200 de 1995.-

Art. 14. - CULPABILIDAD. En materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva y las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa.

Nótese que mientras la unificación del sistema en un código único representaba un importante cambio de carácter metodológico, la reforma en materia de culpabilidad constituía un verdadero cambio dogmático. Abandonar la cultura jurídica imperante de la responsabilidad objetiva y consagrar en su lugar una responsabilidad informada por el análisis de «dolo» o de «culpa», demandaba un cambio de concepción: implantar una nueva mentalidad sobre la forma de deducción de responsabilidad disciplinaria.

Este cambio de mentalidad se vio reflejado, casi que en forma inmediata, en los propios disciplinados: acostumbrados a que en el pasado reciente, la defensa de sus causas disciplinarias era confiada a los abogados administrativistas, empezaron a sustituir a sus abogados de confianza por abogados con formación penal, dado que las categorías dogmáticas «dolo» y «culpa» eran patrimonio argumental de éstos juristas y constituían discurso ciertamente ajeno para los abogados expertos en derecho administrativo. Este aspecto, como puede suponerse, generó nuevos espacios de formación en las universidades para que los abogados penalistas adquirieran destrezas en temáticas disciplinarias y administrativas y para que los abogados administrativistas hicieran lo propio en materia de las categorías dogmáticas «dolo» y «culpa».

Un resultado evidenciado en la primera época de aplicación del derecho disciplinario, informado ahora por la Ley 200 de 1995, fue registrado en las decisiones disciplinarias, en las que la autoridad sancionadora se vio obligada

a consignar una serie de precisiones jurídicas para distinguir la culpabilidad disciplinaria de la penal. A la hora de atacar el análisis de culpabilidad hecho por la autoridad disciplinaria, el abogado penalista formulaba su defensa con los argumentos clásicos penales que bien podían prosperar en una causa de tal naturaleza pero que ciertamente resultaban insuficientes para desvirtuar el mayor rigor de responsabilidad exigible en materia disciplinaria.

Con el natural descontento y escepticismo de los abogados defensores, formados predominantemente con corte penalista, fue necesario crear una nueva cultura en la que la culpabilidad disciplinaria y penal se sometía a tamicos jurídicos distintos. No fue pacífico el proceso de aceptación de que dolo y culpa requieren tratamiento distinto. Fue necesario destacar en cada fallo sancionatorio que, de conformidad con el artículo 6° superior, el régimen de responsabilidad es más sensible para los servidores del Estado que para los particulares; que el concepto de antijuridicidad, que para los litigantes exigía (lo mismo que en penal) la verificación de un resultado dañino (lesividad), no tenía cabida en materia disciplinaria.

Las decisiones disciplinarias, que desde entonces han ganado en solidez argumentativa, empezaron a destacar que la responsabilidad disciplinaria a título de dolo se compromete con más facilidad que la penal. Que si bien es cierto, en los dos ámbitos punitivos la responsabilidad dolosa supone la convergencia de *conocimiento*, *consciencia* y *voluntad*, no lo es menos que mientras en derecho penal se requiere conocimiento efectivo (sobre los hechos y su carácter ilícito), en el derecho disciplinario basta con el conocimiento exigible, derivado de la asunción del cargo y del juramento de cumplir con las funciones que él impone. En el mismo sentido, se hizo gradualmente notorio que los niveles de ponderación, cuidado y prudencia, a partir de cuya trasgresión se estructura la responsabilidad culposa, son distintos según se trate del ámbito penal o disciplinario.

Las decisiones modulativas de la Corte Constitucional y los fallos del Consejo de Estado, contribuyeron a visualizar y focalizar la distinción entre el régimen de responsabilidad penal y disciplinario. Particularmente en materia de antijuridicidad fue arduo el camino para despojar a las defensa de corte penal del concepto de lesividad. En esta materia, y ya bajo el vigor normativo de la Ley 734 de 2002, el artículo 5 constituyó un verdadero hito al definir la antijuridicidad disciplinaria en términos de afectación injustificada de deberes funcionales y no de bienes jurídicos.

Ya en esta fase, el señor procurador general de la nación⁷, movido por el ánimo de evitar la imprecisión y la subjetividad sobre el tema se publicó

un opúsculo que desde su aparición se convirtió en guía de ejercicio sobre la ilicitud sustancial y sobre los contenidos referidos a la culpabilidad en materia disciplinaria. Su contenido, pero sobre todo las normas que regulan la aplicación de la responsabilidad disciplinaria, permiten recordar que en esta materia el concepto de falta se construye sobre dos elementos objetivos, *tipicidad* y *antijuridicidad*, a los que se suma un ingrediente subjetivo llamado *culpabilidad*.

En el contexto general de este artículo hemos pretendido destacar que la culpabilidad disciplinaria como ingrediente subjetivo de la responsabilidad, expresa un claro avance del nuestro derecho sancionador. En menos de un cuarto de siglo, superamos un régimen de responsabilidad objetiva para adoptar uno de responsabilidad subjetiva. Siendo así, es justo precisar que la denominación de la culpabilidad como «ingrediente subjetivo» de la responsabilidad disciplinaria no quiere en modo alguno significar que se trata de un elemento de responsabilidad sometido a la apreciación probatoria subjetiva de la autoridad disciplinante ni menos aún a su discrecionalidad. No. El derecho disciplinario es en sí mismo una actividad reglada en la que el margen de subjetividad por parte de la autoridad se reduce a la interpretación y/o aplicación de las normas sobre dosimetría pero sin desconocer los parámetros de ley.

La alusión a la culpabilidad como ingrediente subjetivo de la falta, obedece a que el reproche disciplinario por el que se le aplica una medida correctiva a un disciplinable, descansa en su fuero interno (en su sique), no en el fuero interno o el alma del quien lo investiga y juzga. Por esa razón, la sanción disciplinaria que supone el reproche a título de dolo o a título de culpa, no obedece ni puede obedecer a la percepción subjetiva de la autoridad disciplinante con relación al hecho, ni al nivel de repudio, rechazo o tolerancia con relación la conducta. Menos aún, a la simpatía o antipatía que puede tener la autoridad disciplinaria respecto de su disciplinado. La única subjetividad que puede caber en materia disciplinaria reposa en la conducta del disciplinado; nunca en la actitud procesal y analítica del disciplinante. A este le incumbe analizar en forma objetiva y de conformidad con los criterios de ley, si los elementos de demostración permiten inferir que la persona del investigado ha de comprometer su responsabilidad a título de dolo o de culpa.

Puesto en otros términos, el análisis del ingrediente subjetivo de la responsabilidad es un trabajo objetivo y parametrizado legalmente. Para su estudio, el legislador ha fijado los criterios con arreglo a los cuales la

autoridad disciplinaria puede deducir, con sustento en las pruebas legalmente recaudadas, si la conducta desplegada por el disciplinado proviene de una actitud de rebeldía o desprecio por el ordenamiento jurídico (culpabilidad dolosa) o de un nivel de incuria no admisible de quien presta sus servicios a la administración como servidor o agente del Estado (culpabilidad culposa).

El actual CDU, contenido en la Ley 734 de 2002, ha reflejado importantes avances del derecho disciplinario colombiano en su propósito de cobrar autonomía respecto de los derechos administrativo y penal. De hecho, si con la entrada en vigencia de la Ley 200 de 1995 un sector no especializado de la comunidad jurídica colombiana entendió que el derecho disciplinario había salido de la casa del derecho administrativo para ingresar a la del derecho penal (ello debido principalmente a la proscripción de la responsabilidad objetiva y la consecuente adopción del sistema de responsabilidad subjetiva), con la entrada en vigencia de la Ley 734 de 2002, los estudiosos de la materia reafirmaron la autonomía del derecho disciplinario, con sustento en el contenido normativo del artículo 5 de la Ley 734 de 2002.

En 1995, la proscripción de la responsabilidad disciplinaria objetiva, sumada a la reafirmación del principio de reserva de ley, le confrieron al disciplinario abierta independencia dogmática respecto del derecho administrativo; por su parte, en el año 2002, el análisis de culpabilidad con criterios de configuración sensiblemente distintos al derecho penal, inspirados en la necesaria decantación de un régimen de mayor responsabilidad, contribuyó a reclamar independencia respecto del derecho penal. Hoy, la anunciada adopción de un nuevo Código General Disciplinario, da por sentada la independencia del sistema y procura responder en forma más técnica y justa a las expectativas de la sociedad con relación a la conducta funcional de sus servidores o agentes. En tal escenario, el análisis de la culpabilidad expresa nuevamente el avance del derecho disciplinario.

Referencias

- 1 En el año 2008 se funda el Instituto Colombiano de Derecho Disciplinario –ICDD y al año siguiente se conforma el Colegio de Abogados en Derecho Disciplinario.
- 2 Hoy denominadas medios de control en la Ley 1437 de 2011
- 3 En las aulas universitarias, célebres fallos de derecho foráneo como el Blanco, el Cadot y el Terrier, no podía dejar de mencionarse y analizarse en una buena cátedra de derecho administrativo. Mientras tanto, del derecho disciplinario prácticamente ningún docente se ocupaba.
- 4 Proyecto de Ley 055/2014, Senado de la República. 195/2014 Cámara de Representantes, Gaceta del Congreso 0410 del 16 de junio de 2015.

- 5 Código Contencioso Administrativo-CCA. Decreto 01 de 1984.
- 6 Lo anterior, sin desconocer que si bien es cierto no hay lugar a la aplicación de distingo alguno en la aplicación sustancial y adjetiva de la ley disciplinaria respecto de los servidores públicos cobijados por fuero sindical, no lo es menos cierto que la aplicación de las sanciones disciplinarias respecto de tales disciplinados, supone el levantamiento judicial del fuero.
- 7 Ver “Justicia Disciplinaria. De la ilicitud sustancial a lo sustancial de la ilicitud”. Ordóñez Maldonado, Alejandro. Ed. Instituto de Estudios del Ministerio Público. Bogotá. 2009.

CULPABILIDAD EN MATERIA DISCIPLINARIA

JOHN HARVEY PINZÓN NAVARRETE *

** Veeduria. Procuraduría General de la Nación*

Introducción

Nuevamente el Instituto de Estudios del Ministerio Público (IEMP) me ha hecho la honrosa invitación de participar en el Congreso Internacional de Derecho Disciplinario que, como es ya costumbre, se organiza cada año. Esta es la quinta edición, la cual tiene como objetivo fundamental tratar los aspectos relacionados con el Código General Disciplinario que acaba de ser aprobado por el Congreso de la República.

En tal sentido, se me ha asignado la tarea de presentar una ponencia relacionada con la culpabilidad en materia disciplinaria, cuestión que desde luego fue abordada por el nuevo estatuto disciplinario. De ahí la importancia de conocer, en primer lugar, en qué consistieron las modificaciones sobre este aspecto fundamental de la estructura de la responsabilidad disciplinaria.

En segundo lugar, considero que es absolutamente conveniente poner a consideración de ustedes una reflexión acerca del propósito buscado con este específico cambio normativo, el cual no es otro, en términos generales, que el de tener mayor claridad respecto de los conceptos dogmáticos que pertenecen a esta subespecie del derecho sancionador.

Así, y pese al riesgo que se corre por una eventual limitación en cuanto a la interpretación de los diferentes conceptos por querer ser definidos en el texto legal, la mayoría de quienes participaron en la elaboración del borrador del proyecto de ley que presentó el señor procurador general de la Nación, los diferentes expertos que intervinieron en el trámite de audiencias en el Congreso de la República y, finalmente, los congresistas consideraron la conveniencia y utilidad de que el nuevo estatuto disciplinario contara con elementos conceptuales mucho más claros y definidos, todo ello en procura de maximizar las garantías de los disciplinados y que las autoridades disciplinarias pudieran aplicar sin dubitaciones e interpretaciones amañadas la ley disciplinaria.

En tercer lugar y como un propósito más de esta ponencia, pretendo responder, de la manera más respetuosa, algunas de las críticas que ya se están efectuando a los conceptos que introdujo la reforma. Como es apenas natural, sobre un texto normativo

se pueden efectuar diversas elucidaciones, por lo que es sumamente conveniente que se aporten argumentos que respalden la mejor interpretación que respete los derechos fundamentales del disciplinado, pero que también consulte y proteja los cimientos en los que se soporta nuestro modelo de Estado, como lo es, por supuesto, el Estado social de derecho.

Aspectos relacionados con la culpabilidad disciplinaria abordados por la reforma.

La Ley 734 de 2002, en su artículo 13, estableció que en materia disciplinaria quedaba proscrita toda forma de responsabilidad objetiva y que las faltas solo son sancionables a título de dolo y culpa.

Por su parte, y en lo que tiene ver con la culpa, el párrafo del artículo 44 de la Ley 734 de 2002 —norma que contempló entonces la clase de sanciones disciplinarias— asumió la postura de definir las modalidades de la culpa gravísima y el concepto o contenido de la culpa grave.

Hasta la fecha, la respuesta a la pregunta del por qué se efectuaron estas definiciones dogmáticas de la culpa y no así respecto del dolo puede representar todo un misterio. Pese a ello, una cuestión sí es totalmente clara: la Ley 734 de 2002 generó un desbalance de orden conceptual respecto de las dos modalidades de imputación subjetiva, derivándose serias dudas al momento de efectuar imputaciones a título de dolo. Y en cuanto a la culpa, baste por decir que, si bien no había mayores inconvenientes en su aplicación, sí podía resultar útil introducir algunos ajustes para mejorar su correcta comprensión.

Por esta y otras razones, el Código General Disciplinario efectuó algunas precisiones de los conceptos de dolo y culpa, entendidos estos como las dos únicas modalidades de imputación subjetiva en el derecho disciplinario.

En tal forma, veamos por separado en qué consistieron dichos ajustes normativos, las razones que los respaldan y su correlativo propósito.

2.1 En cuanto al dolo.

El artículo 28 del Código General Disciplinario acoge un concepto de dolo en los siguientes términos:

Artículo 28. Dolo. La conducta es dolosa cuando el sujeto disciplinable conoce los hechos constitutivos de falta disciplinaria, su ilicitud y quiere su realización.

Conforme a dicho precepto, estamos en presencia de un concepto de dolo construido a partir de los tres elementos que tradicionalmente se han

considerado como componentes del dolo: el conocimiento de los hechos, el conocimiento de la ilicitud y la voluntad.

Atrás han quedado aquellas concepciones que posibilitaban la configuración de un dolo a partir del solo elemento cognitivo, posición que si bien no la encuentro errada porque ella tiene necesidad de aplicación en el campo del derecho penal y porque la considero necesaria en el campo disciplinario para algunos eventos excepcionales, sí estimo que su indebida aplicación en algunos casos se prestaba para la adopción de fallos sancionatorios injustos, por faltar los requisitos sustanciales para proferir una decisión bajo la más rígida forma de imputación subjetiva.

De todos modos, la mayoría de las últimas decisiones disciplinarias han acogido la tesis de que para la configuración del dolo deben estar presentes los tres elementos, pues la inexistencia de alguno de ellos puede posibilitar la imputación por la vía de la culpa o, en algunos casos, la exclusión de la misma culpabilidad.

En tal forma y conforme al análisis de una muestra de algunas decisiones tomadas en la Procuraduría General de la Nación,¹ no hay duda de que la imputación dolosa, construida a partir de los tres elementos tradicionales, es la correcta en los siguientes casos que se traen a manera de ejemplo: injurias y calumnias; indebida apropiación de recursos; indebida participación en política; auspicio y colaboración con grupos armados por fuera de la ley; suministro de datos inexactos que no corresponden a la realidad; incremento injustificado del patrimonio; indebida financiación de campañas electorales; nombramientos de personas que no cumplen requisitos, por cuanto esta falta, conforme a la exigencia típica, solo admite la modalidad dolosa; conductas con connotación delictiva, tipificadas disciplinariamente a partir de la realización de un tipo penal objetivo; y, por supuesto, eventos de torturas y la mayoría de algunas otras infracciones al derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario.

Esta revisión de decisiones en las que se atribuyeron responsabilidades a título de dolo tiene un elemento común denominador: todos los comportamientos allí estudiados responden, ontológica y naturalísticamente hablando, a la realización de una conducta activa. Por ende, en estos eventos no parece excesivo sostener que para la autoridad disciplinaria es menos difícil detectar la existencia del conocimiento y de la voluntad como elementos configurativos del dolo.

A partir de esta conclusión surge un interrogante inevitable: ¿quiere decir lo anterior que las conductas omisivas no pueden atribuirse a título

de dolo? En absoluto. Las conductas omisivas —naturalística y normativamente hablando son la regla general en el derecho disciplinario— pueden y deben ser calificadas a título de dolo cuando así corresponda hacerlo. Sin embargo, lo que sí parece claro es que es mucho más complejo para el juez disciplinario demostrar un dolo en la omisión que un dolo en la acción, pues es en esta última modalidad la autoría y la culpabilidad tienen mayores puntos de encuentro.² Así, lo que será complicado al extremo es demostrar el elemento volitivo, aunque para ello, la solución puede radicar en que, a partir de la demostración del conocimiento, se tendrá que llegar vía indiciaria a la constatación del componente volitivo del comportamiento.³

En ese orden de ideas, sinteticemos lo atrás expresado dando la respuesta al siguiente interrogante: ¿cuál fue realmente el propósito buscado en cuanto a la precisión normativa respecto de la imputación dolosa?

Por mucho tiempo y muy a pesar de las diferencias entre el derecho penal y el derecho disciplinario, algunos académicos, litigantes y disciplinados consideraban que resultaba muy rígida y excesiva la interpretación de que el dolo se construyera única y exclusivamente a partir de la demostración del elemento cognoscitivo. En efecto, no parecía muy razonable que en algunos casos —por no decir la mayoría— el solo hecho de haber jurado cumplir la ley representara «la cuota no inicial sino mayoritaria» de posibilitar la imputación dolosa con las serias consecuencias sancionatorias que ello implica.

Pero, además, también cabía el siguiente reparo normativo: si el Código se caracteriza por la indefinición acerca de lo que era el dolo y este, conforme a la aplicación de los principios e integración normativa,⁴ posibilitaba la remisión al Código Penal, ¿por qué razón atribuir una imputación dolosa a partir del solo conocimiento cuando el artículo 22 de la Ley 599 de 2000 comienza por decir que «la conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización»?

Estas dos razones, entre muchas otras, llevaron a considerar que el Código Disciplinario debía tener una definición de dolo a partir de los tres elementos tradicionales: conocimiento de los hechos, conocimiento de la ilicitud y voluntad, cuya posibilidad de aplicación en la práctica es como ocurre en los anteriores ejemplos en donde se estudiaron algunos casos de conductas activas.

En tal forma, el propósito finalmente buscado y con el que estoy absolutamente de acuerdo es el siguiente: que la imputación dolosa sea la excepción frente a la regla general de la culpa, modalidad esta última que, como

muy bien lo establece la doctrina, debe ser el dato prevalente y, por ende, la regla general en materia disciplinaria.⁵

Sin embargo, no está por demás decir que mi posición era que adicionalmente hubiera un precepto normativo que posibilitara la aplicación de un dolo eventual en materia disciplinaria, con el fin de que excepcionalmente se pudieran atribuir conductas que necesitaran del máximo reproche, pese a la inexistencia o la dificultad en la demostración de la voluntad. Esta idea, la cual no tuvo finalmente eco en el proyecto de reforma ni en el Congreso de la República, parte de aquellos casos que pueden ocurrir tanto en el derecho penal⁶ como en el derecho disciplinario⁷, en donde la voluntad realmente es difícil de demostrar.

No obstante y muy a pesar de que la positivización del dolo eventual en materia disciplinaria no tuvo, en mi criterio, la aceptación que hubiese logrado solucionar muchos problemas a futuro, considero que la introducción del concepto de dolo, tal y como quedó definido, sí puede contribuir a que se evite la inseguridad y la ambivalencia de criterios para determinar en cada caso la correcta modalidad del comportamiento en su aspecto subjetivo.

2.2 En cuanto a la culpa

El artículo 29 del Código General Disciplinario introdujo la siguiente regulación en cuanto a la culpa disciplinaria, como segunda modalidad de imputación subjetiva:

Artículo 29. Culpa. La conducta es culposa cuando el sujeto disciplinable incurre en los hechos constitutivos de falta disciplinaria, por la infracción al deber objetivo de cuidado funcionalmente exigible y cuando el sujeto disciplinable debió haberla previsto por ser previsible o habiéndola previsto confió en poder evitarla.

La culpa sancionable podrá ser gravísima o grave. La culpa leve no será sancionable en materia disciplinaria.

Habrá culpa gravísima cuando se incurra en falta disciplinaria por ignorancia supina, desatención elemental o violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento.

La culpa será grave cuando se incurra en falta disciplinaria por inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones.

Parágrafo. Las faltas señaladas en el artículo 65 de este Código podrán ser sancionadas a título de culpa, siempre y cuando la modalidad del comportamiento así lo requiera.

Varios comentarios merece esta nueva redacción. Veamos.

En primer lugar, el inciso inicial adoptó un concepto mucho más elaborado de culpa, con la concurrencia de dos elementos: por un lado, la infracción del deber objetivo de cuidado funcionalmente exigible, y, por el otro, cualquiera de los dos siguientes: el deber de previsión o la representación.

En cuanto a la infracción al deber objetivo de cuidado, este primer inciso adicionó la expresión «funcionalmente exigible», para reforzar la idea de que los comportamientos por esta vía deben tener un vínculo con el cargo, función o servicio que está desempeñando el servidor público o el particular que ejerce funciones públicas. De esta forma, la ignorancia supina, la desatención elemental, la violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento o el deber objetivo de cuidado deberán tener una relación con aquello que reamente le corresponda al servidor público en su propio ámbito funcional y no por fuera de él.⁸

Por su parte, el segundo elemento concurrente con la infracción al deber objetivo de cuidado es uno de los siguientes: o el deber de previsión o la representación. De esa manera, se deberá responsabilizar tanto a quien actúa con representación como aquel que debió, pudiendo hacerlo, representarse la realización de la falta disciplinaria. En consecuencia, esta clasificación tiene por objetivo regular dos cuestiones que en la práctica suelen presentarse: el primero, aquel servidor público que además de haber actuado con la infracción al deber objetivo de cuidado tuvo representación de que su conducta podía ser constitutiva de falta disciplinaria, quien en teoría debería ser acreedor a un mayor reproche; la segunda, aquel servidor público que infringió el deber objetivo de cuidado y cuya realización de la falta debió prever por ser previsible; es decir, aquel que actuó sin representación, pero que era su deber y estaba a su alcance actuar con la debida diligencia.

En segundo lugar, el siguiente inciso de la norma introdujo un aspecto que hasta hace poco era absolutamente claro conforme a lo fijado por la doctrina y la jurisprudencia en esta materia. Efectivamente, en el derecho disciplinario, la culpa leve siempre fue impune,⁹ pues pensar lo contrario sería pretender exigirle al servidor público niveles de perfección y de imposible esmero que harían inviable el desarrollo de las diferentes funciones y actividades en el ámbito de lo público.

Pese a la anterior claridad, fue necesario que el Código así lo dijera, pues la práctica ha demostrado que en algunos casos los descuidos e imprudencias leves no se reconocen y se terminan disciplinando conductas que no ameritan la imposición de un correctivo disciplinario. Incluso, algo que en principio no ameritaba mayor discusión no parece serlo, pues el propio Consejo de Estado, en una decisión del año 2014 que revisó la legalidad de un fallo disciplinario, degradó una sanción de destitución e inhabilidad general a una amonestación escrita, argumentando que el servidor público había cometido la falta con culpa leve, lo cual es a todas luces incorrecto.¹⁰

En tercer lugar, este nuevo precepto normativo (artículo 29 del CGD) introdujo un párrafo que establece que las faltas señaladas en el artículo 65 de este Código podrán ser sancionadas a título de culpa, siempre y cuando la modalidad del comportamiento así lo requiera.

Al respecto, recordemos qué dice el artículo 65 del Código:

Artículo 65. *Faltas que coinciden con descripciones típicas de la ley penal.* Cuando la conducta no pueda adecuarse a ninguna de las anteriores faltas, en virtud de los principios de especialidad y subsidiariedad, constituirá falta gravísima realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando de él.

El artículo 65 de esta nueva versión de Código Disciplinario, mejorado por la aplicación de los principios de especialidad y subsidiariedad,¹¹ corresponde a la reproducción del numeral 1° del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, el cual establece que será falta disciplinaria realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando de él.

Así las cosas, lo que hace el párrafo del artículo 29 del nuevo Código Disciplinario es recordar que las conductas disciplinarias que consistan en la realización objetiva de una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo pueden perfectamente ser valoradas y sancionadas a título de culpa, siempre y cuando la modalidad del comportamiento así lo requiera.

En tal forma y en virtud de la aplicación de la teoría de los números abiertos, característica del derecho disciplinario, nada se opone a que una conducta que solo pueda ser sancionable a título de dolo en el ámbito

penal pueda serlo en el campo disciplinario a título de culpa, a partir de la distinción de las finalidades que persigue una y otra expresión de derecho sancionador. Por ende, no parece resultar excesivo afirmar que se puedan presentar algunos casos excepcionales, como bien podría ocurrir con prevaricatos culposos sancionables en materia disciplinaria, por ejemplo, pues, además del efecto útil que deberá tener este precepto normativo, la teoría de los números abiertos permite que el derecho disciplinario reproche algunas conductas que, aunque culposas, no atiendan los principios elementales de la función administrativa.

Análisis de algunas críticas efectuadas a las disposiciones del Código General Disciplinario.

En el Cuarto Congreso Internacional de Derecho Disciplinario llevado en la ciudad de Bogotá durante los días 13 y 14 de noviembre de 2014, después de finalizar mi intervención, participé en el acostumbrado bloque de preguntas que hacen los asistentes a las personas que presentan las respectivas ponencias. En tal forma y como quiera que mi exposición tenía que ver también con la culpabilidad y con lo que en su momento eran los «nuevos elementos en la propuesta de reforma», uno de los interrogantes que se me formuló tenía que ver con qué pasaría con la teoría o «dogmática» del derecho disciplinario fijada por algunos tratadistas en la materia, entre ellos, por supuesto, con la del profesor CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU.

Mi respuesta fue que no pasaría nada, en términos, desde luego, con algún cambio significativo o revolucionario doctrinal, contestación que estimo muy acorde y oportuna debido al tono evidentemente «suspica» de la pregunta. A cambio de ello y después de explicar que la dogmática podía entenderse como un método de interpretación,¹² el sentido de mi respuesta la complementé en los términos de que lo más conveniente era aprovechar las diferentes opiniones y conceptos de los diferentes especialistas en la materia, con el fin de respaldar la mejor interpretación para el derecho disciplinario. Y adicionalmente expresé la siguiente frase para que no quedara ninguna duda acerca de la vigencia e importancia del criterio de uno de dichos expertos: «pretender hablar de derecho disciplinario sin mencionar al profesor CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU es como pretender hablar en Alemania de Derecho Penal sin mencionar a GÜNTHER JAKOBS».

Hoy, en la quinta versión de este Congreso, me ratificó del mensaje contenido en dicha aseveración, pues ya está circulando un documento de la presunta autoría del profesor GÓMEZ —de quien siempre he dicho que

es el principal exponente en esta materia—, en donde, a pesar de criticar fuertemente el Código General Disciplinario, se exponen varios argumentos marcados por una profunda y sólida fundamentación del derecho disciplinario, como acostumbradamente lo hace en cada uno de sus escritos.¹³

Sin embargo y como bien se comenta por algunos, el tono del aludido documento seguramente no es el más adecuado. Como una pequeña muestra de ello y sin ir más lejos, podemos acudir a su muy dicente título: «UNA REFORMA DISCIPLINARIA INCOMPRENDIDA POR INCOMPRENSIBLE ¿BUENOS PROPÓSITOS O CORTINA DE HUMO?»

No obstante, no me voy a quedar en las formas. Me parece que lo más útil, lo verdaderamente relevante y especialmente lo más fructífero para el derecho disciplinario es analizar los argumentos que sostienen dicha crítica, la que por supuesto está referida, entre muchos otros aspectos, a los conceptos que introdujo el Código General Disciplinario concernientes a la culpabilidad.

Así las cosas, miremos algunos de esos cuestionamientos relacionados única y exclusivamente con los aspectos concernientes al dolo y a la culpa.

3.1 «Reforma sustancial del juicio de reproche».

En el documento referido se critica fuertemente la definición de dolo, por cuanto con él se reforma sustancialmente el juicio de reproche. Se dice que con tal redacción se pasa de la exigencia de la consciencia eventual de la ilicitud a la consciencia actual de la ilicitud, lo cual es un «camino al despeñadero».

Para respaldar este planteamiento, el profesor GÓMEZ PAVAJEAU esgrime, entre otros, los siguientes argumentos:

El sistema adoptado actualmente es aquel que responde a la noción de la culpabilidad en un Estado social y democrático de derecho, equilibrado entre los intereses individuales, por una parte, y los socio-estatales, por la otra, estos últimos propios de la naturaleza de la relación especial de sujeción. De ese modo, afirma que no se desconoce al individuo y su conducta como objeto del juicio de reproche, pero que tampoco se dejan desamparados los derechos de la sociedad y los intereses funcionariales y funcionales públicos del Estado.

La consciencia eventual de la ilicitud consiste en que el sujeto, si hubiese cumplido con sus deberes de información y reflexión de manera adecuada, conforme a los niveles exigidos por la relación especial de sujeción, hubiese podido actualizar la consciencia de lo ilícito en términos razonables de

oportunidades de tiempo, modo y lugar. En el evento en que el sujeto no lo haya hecho, surge el juicio de reproche, para lo cual cita los artículos 13; 28, numeral 6; 43, numerales 1, 6 y 7; y el 47, numeral 1, literal i), normas de la Ley 734 de 2002, dando a entender que el reproche, en este caso, deberá ser a título de dolo.

Que con la redacción del artículo 28 del Código General Disciplinario lo anterior cambia sustancialmente, volviéndose a las aporías del Derecho Penal de antes de las constituciones modernas, las cuales encarnaban el individualismo extremo y la separación absoluta entre la persona, por un lado, y la sociedad y el Estado, por el otro. En tal sentido, explica que para que existiera dolo en esa antigua concepción debía actuarse con consciencia actual de la antijuridicidad, es decir, que se comprobara fehaciente y realmente que el individuo, al obrar, tenía en mente de manera clara y lúcida que actuaba contra la ley, yendo incluso algunos al extremo de exigir que se supiera por el procesado cuál era la ley, el artículo, el inciso, el numeral o el párrafo infringido, desembocando en la imposibilidad de la comprobación práctica de la culpabilidad.

Que el conocimiento de los hechos, bien entendido y estructurado, es el conocimiento psicológico, único conocimiento real, por lo que la redacción respecto de este elemento es la correcta. Sin embargo, explica que como el verbo «conocer» —contenido en el artículo 28 del CGD— también se aplica para la ilicitud, se está predicando un conocimiento psicológico, lo cual es incorrecto, por cuanto este elemento es normativo-valorativo. Con ello, el conocimiento de la antijuridicidad también tendría que ser actual, pues de lo contrario no hay culpabilidad, lo cual es una «gravísima» postura metodológica. Agrega que se quiebra el mundo del ser y del deber ser, incurriéndose en la llamada falacia naturalista, toda vez que el mismo conocimiento que se utiliza para definir un fenómeno psicológico se emplea en igual medida cuantitativa y cualitativa para la definición de un fenómeno normativo-valorativo, este último no sujeto a las leyes de la naturaleza sino a la política institucional funcional y de ética de lo público. De esa manera —concluye— jamás se podrá demostrar el conocimiento de la antijuridicidad.

Explica que el instituto de la consciencia de la ilicitud no es de carácter psicológico, aunque sí subjetivo, pues el valor no se conoce ni responde a los conceptos de verdad o falsedad. Agrega que este concepto —la consciencia de la ilicitud— se mueve simple y llanamente en el mundo de los valores, donde lo definitivo es el ámbito de lo «comprensible», concepto ajeno a la

idea del ser; es decir, lo ontológico. Por ende, el conocimiento de los hechos es propio del mundo del ser, mientras que la consciencia pertenece al mundo del deber ser. En tal sentido, mientras el primer concepto es o no es, sin términos medios, el segundo sí puede ser graduable, es decir, ser en algunos casos mayor (consciencia actual de la ilicitud), o ser menor (consciencia eventual de la ilicitud), concepto este último que funda un menor reproche y, por tanto, una menor sanción.

Afirma que los casos, en vigencia de la Leyes 200 de 1995 y 734 de 2002, en los que se haya declarado la responsabilidad por la consciencia eventual de la ilicitud tendrían que ser revocados para proferirse una decisión absolutoria, por la aplicación del principio de favorabilidad. En relación con este aspecto, formula, entre otros y a manera de crítica, el siguiente interrogante: ¿cuántos procesos emblemáticos y paradigmáticos de corrupción oficial se verán caer, cuál fenómeno del dominó que empuja la primera ficha, produciendo un efecto irreversible e inmanejable?

Conforme a las anteriores razones, se concluye que se les exige más a los ciudadanos comunes y corrientes que a los servidores públicos, lo cual viola claramente los raseros de medición que emanan de los artículos 1, 2, 6 y 121 y siguientes de la Carta Política.

En el mismo orden expuesto, intentemos dar respuesta a estos serios y profundos planteamientos. Veamos.

En primer lugar, considero que la introducción de los conceptos del dolo y de la culpa en el Código General Disciplinario no rompe el equilibrio que por supuesto debe haber entre los intereses individuales del disciplinado y aquellos que defienden los socio-estatales, estos últimos, como bien se indican, propios de la naturaleza de la relación especial de sujeción. En efecto, y en gracia a la discusión, la supuesta rigidez de los elementos configuradores del dolo en favor del disciplinado no generan, *per se*, ninguna suerte de impunidad o de imposibilidad de aplicar correctivos acordes al modelo del Estado social de derecho.

Para ello y como viene ocurriendo desde la aparición de la Ley 734 de 2002, el derecho disciplinario cuenta adicionalmente con cuatro modalidades de culpa,¹⁴ aspecto que irrefutablemente deja a salvo los aludidos intereses funcionariales y funcionales públicos del Estado.

Más aún, esta idea se refuerza con el incremento de las sanciones que traía la Ley 734 de 2002 para algunos comportamientos típicos dependiendo de la modalidad de culpa. Veamos en el siguiente cuadro algunos de ellos:

Ley 734 de 2002	Código General Disciplinario
Amonestación escrita para las faltas leves culposas. (Numeral 5 del artículo 44 de la Ley 734 de 2002)	Multa de cinco (5) a veinte (20) días de salario básico devengado para la época de los hechos, para las faltas leves culposas. (Numeral 7 del artículo 48 del CGD)
Suspensión en el ejercicio del cargo de uno (1) a doce (12) meses para las faltas graves culposas. (Artículo 44, numeral 3, en concordancia con el inciso segundo del artículo 46, de la Ley 734 de 2002).	Suspensión en el ejercicio del cargo de uno (1) a dieciocho (18) meses para las faltas graves culposas (numeral 5 del artículo 48 del CGD).
Suspensión en el ejercicio del cargo de un (1) mes a doce (12) meses, sin inhabilidad especial, para las faltas gravísimas realizadas con culpa grave (Artículo 44, numeral 3, en concordancia con el inciso segundo del artículo 46 y el numeral 9 del artículo 43 de la Ley 734 de 2002).	Suspensión en el ejercicio del cargo de tres (3) a cuarenta y ocho (48) meses e inhabilidad especial por el mismo término, para las faltas gravísimas realizadas con culpa grave (numeral 3 del artículo 48 del CGD).

En segundo lugar, no está por demás decir que las expresiones conocimiento de la ilicitud y conciencia de la ilicitud en la praxis disciplinaria siempre se han considerado como sinónimos. Tan cierto es lo anterior que dos de las definiciones de la palabra «conciencia» es el «conocimiento interior del bien y del mal» y, muy especialmente —para el caso que nos ocupa—, el «conocimiento reflexivo de las cosas».15 De todos modos, en la gran mayoría de los fallos disciplinarios se recurre a la expresión conocimiento de la ilicitud, como uno de los componentes del dolo.16

Ahora bien y retomando uno de los aspectos más polémicos, es cierto que respecto del concepto conciencia o conocimiento de la ilicitud en el derecho disciplinario se ha distinguido entre la conciencia eventual y la conciencia actual, estando de acuerdo en que por este último concepto tendrá

que haber un mayor reproche. Igualmente, se considera que es acertada la distinción expuesta, por cuanto la conciencia eventual significa que el sujeto, si hubiese cumplido con sus deberes de información y reflexión de manera adecuada, conforme a los niveles exigidos por la relación especial de sujeción, hubiese podido actualizar la conciencia de lo ilícito en términos razonables de oportunidades de tiempo, modo y lugar.

Pese a lo anterior, aquí está el gran punto de inflexión. Si se aplica este criterio al extremo en el derecho disciplinario, también tendríamos que sostener que todas las faltas disciplinarias deberían ser sancionadas a título de dolo únicamente, pues una vez conozca el sujeto lo que hace (conocimiento de los hechos), este, por los mismos deberes que se originan de la relación especial de sujeción, siempre estará en la posibilidad de actualizar la conciencia de lo ilícito, conforme a la infracción del deber cometida.

Obsérvese bien que la conciencia eventual de la ilicitud tiene una perfecta, necesaria y completa aplicación en materia penal, por cuanto la mayoría de los comportamientos allí descritos únicamente se pueden cometer a título de dolo. Por tal razón, el instituto jurídico consistente en que «para estimar cumplida la conciencia de la antijuridicidad basta que la persona haya tenido la oportunidad, en términos razonables, de actualizar el conocimiento de lo injusto de su conducta»¹⁷ es absolutamente coherente en el derecho penal, pues ningún individuo podría anteponer su «ceguera o enemistad jurídica» frente a una serie de comportamientos que afectan o ponen en peligro los principales bienes jurídicos reconocidos por la Sociedad, cuya protección se ha dejado, por regla general, para la sola modalidad dolosa de la conducta.

¿Sucede lo mismo en el derecho disciplinario? Esto es, ¿el sujeto siempre y en todos los casos puede actualizar la conciencia de la ilicitud frente a todos los comportamientos que puedan ser constitutivos de falta disciplinaria? Téngase en cuenta que los delitos apenas hacen parte de una pequeñísima porción, frente a todas las conductas que potencialmente están en capacidad de desconocer el régimen disciplinario. Si así son las cosas, puede que en algunos casos la conciencia eventual de la ilicitud deba ser procedente en el derecho disciplinario, pero con claras y necesarias limitaciones, por cuanto aplicarlo «*mutatis mutandi*» puede llevar a la peligrosísima consideración de que todas las faltas tendrían que ser atribuidas a título de dolo.

En tercer lugar y derivado de lo anterior, se considera que en principio lo que se demanda es que el sujeto conozca los hechos y conozca la ilicitud de su comportamiento para atribuirle una responsabilidad en la modalidad

dolosa. Por ello, no es que el artículo 28 del Código General Disciplinario cambie algo para volver supuestamente a las aporías del Derecho Penal de antes. Por el contrario, la respuesta tal vez más coherente podría ser que, como el derecho penal y el derecho disciplinario son manifestaciones que persiguen fines completamente diferentes, la conciencia eventual de la ilicitud no podría aplicarse de la misma manera, pues, por una parte, es difícil sostener que este instituto sea procedente en ambas áreas del derecho sancionador, de la misma forma y sin ninguna consideración adicional. Por la otra, dada la multiplicidad de casos que en el derecho disciplinario pueden presentarse y si es que en este ámbito el sujeto no puede en todos los casos actualizarse de lo injusto del comportamiento, para ello está la imputación subjetiva por la vía de la culpa, la cual, por el sistema de números abiertos, es aplicable a la mayoría de las faltas disciplinarias, siempre y cuando la modalidad del comportamiento así lo permita.

En cuarto lugar, es necesario explicar el alcance de la expresión «conocimiento o conciencia de la ilicitud», pues la fuerte crítica sugiere que el sujeto tenga que conocer, «como ocurría antes» y de la «manera más clara y lúcida», el artículo, el inciso, el numeral o el párrafo infringido, para estimar cumplido este elemento del dolo. De ningún modo. Contrariamente, el propósito buscado es que la autoridad disciplinaria tenga la certeza de que el sujeto conocía que efectivamente la infracción de su deber funcional era contraria a derecho; es decir, que su conducta era injusta —en los mismos términos expresados, por ejemplo, en el inciso segundo del artículo 32.11 del Código Penal—, aspecto que desde luego descarta el extremo, bastante formal por cierto, que el disciplinado tenga que saber «de memoria» los preceptos normativos que han sido infringidos.

En quinto lugar, la crítica efectuada por el profesor GÓMEZ pone de presente que la redacción del dolo del Código General Disciplinario implicará que jamás se pueda demostrar el conocimiento de la antijuridicidad, lo cual, por la aplicación del principio de favorabilidad, puede dejar también a salvo los casos emblemáticos de corrupción. Para ello, respondamos la siguiente pregunta: ¿realmente en los casos de corrupción como los relacionados con el carrusel de la contratación o en los eventos de promoción y colaboración con grupos al margen de la ley, por citar tan solo dos ejemplos, le es imposible a la autoridad disciplinaria demostrar el conocimiento de la ilicitud, en la forma en que quedó establecido en el nuevo Código?

Una respuesta simplemente formal, derivada de una interpretación exegética del texto, o tal vez otra, soportada paradójicamente en un

conocimiento científico al extremo, en el sentido de que debe haber cien por ciento de «veracidad» de que el sujeto realmente sabía que su conducta era contraria a derecho, podrían arrojar como conclusión que efectivamente todos los casos tendrían que absolverse por duda, pues ciertamente sería imposible saber con exactitud lo que pasaba por la mente del sujeto.

Pese a ello, considero que aquí es oportuno distinguir los conceptos de «verdad» y «certeza», frente a lo cual se debe decir que esta última es la que obliga únicamente a la autoridad disciplinaria para definir en cada caso si el sujeto actuó efectivamente a título de dolo —o, incluso, a título de culpa—. La certeza, construida a partir de la prueba indiciaria, por supuesto, no puede ser equiparable al concepto de verdad (absoluta u objetiva),¹⁸ pues, nótese bien, por ejemplo, que en ciertos casos las pruebas más técnicas y científicas dejan un porcentaje mínimo de margen de error.

Así las cosas y contrario a lo expresado por el profesor GÓMEZ, considero que sí se puede, con la redacción del artículo 28 del Código General Disciplinario, demostrar vía indiciaria el conocimiento o conciencia de la ilicitud del sujeto —si se quiere actual—, siempre y cuando se entienda que el convencimiento de ello en cabeza de la autoridad disciplinaria debe descansar en la certeza —no verdad absoluta y objetiva— de que el sujeto actuó de dicha forma.

En sexto lugar y conforme a la conclusión anterior, puede entenderse que lo que persigue el precepto normativo en principio es atribuir una conducta dolosa cuando, además de la voluntad, se dé el conocimiento de los hechos y el conocimiento de la ilicitud, concepto este último que indefectiblemente por regla general debe considerarse actual y no eventual, con el fin de que así se evite que toda falta disciplinaria pueda ser atribuida necesaria e irremediablemente a título de dolo.

En ese sentido, surge una pregunta absolutamente necesaria: ¿la anterior conclusión pone de presente que ha desaparecido la noción de la conciencia eventual de la ilicitud como elemento configurador del dolo en materia disciplinaria?

Al respecto, considero que no, por la sencilla razón de que excepcionalmente, para algunos casos, es necesaria la aplicación de este concepto, siempre y cuando estén presentes el elemento volitivo y el conocimiento de los hechos. En efecto, piénsese, por ejemplo, en aquellos casos de graves infracciones al derecho internacional de los derechos humanos o al derecho internacional humanitario, los que en su gran mayoría, por su configuración típica, únicamente admiten la modalidad dolosa. De esa manera, en

ese tipo de casos es posible que ante la duda de la prueba del conocimiento «actual» de la ilicitud pueda requerirse el conocimiento «eventual», aspecto que es exigible a partir de los deberes que surgen de la relación especial de sujeción.

Sin embargo, frente a esta necesidad el profesor GÓMEZ PAVAJEAU esgrime —no sin argumentos— una grave postura metodológica, en el sentido de que el verbo «conocer» contenido en el artículo 28 del CGD se predica tanto del conocimiento de los hechos como del conocimiento de la ilicitud, por lo que, de alguna manera, la norma estaría exigiendo el mismo nivel —en términos de cantidad— para uno y otro aspecto cognitivo. Por ende, este aparente error, que lo denomina como una falacia naturalista (por quebrar el mundo del ser y del deber ser), llevaría a que se le estuviera exigiendo más a los ciudadanos comunes y corrientes que a los servidores públicos, lo cual violaría claramente, según este criterio, los raseros de medición que emanan de los artículos 1, 2, 6 y 121 y siguientes de la Carta Política.

En ese orden de ideas, considero que una de las formas correctas de resolver esa aparente «grave postura metodológica» es con los mismos criterios que hacen parte de la referida crítica, para que estas consideraciones efectuadas por esta doctrina altamente especializada entren a formar parte de la mejor interpretación. Dicho de mejor modo y a la manera de interrogante: como el derecho disciplinario necesita de la aplicación del conocimiento «eventual» de la ilicitud para algunas faltas, ¿por qué no considerar que el entendimiento correcto del artículo 28 del CGD debe ser que el conocimiento de lo ilícito comprende tanto lo «eventual» como lo «actual», ya que dicho precepto normativo no hizo ninguna diferenciación al respecto?

Si lo anterior no se considera así, se terminaría llevando al extremo la posición de que el verbo «conocer» tenga que irremediablemente predicarse en la misma forma tanto para el conocimiento de los hechos como el conocimiento de la ilicitud, acogiéndose, en mi concepto, una postura bastante formal. Por el contrario, lo más conveniente para el derecho disciplinario es que toda la gama de los sólidos argumentos que soportan la respectiva crítica sirvan para concluir que en algunos casos puede y debe exigirse un conocimiento eventual de la ilicitud.

Si en la vigencia de la Ley 734 de 2002, teniendo este estatuto un claro vacío normativo en cuanto a los elementos integrantes del dolo, se podía aplicar esta forma de imputación subjetiva, ¿cuál es la razón que impide que la doctrina se encargue de fijar —como en efecto siempre lo ha

hecho— algunos derroteros que sirvan a la mejor interpretación de las respectivas categorías dogmáticas que hacen parte de la estructura de la responsabilidad?

A mi modo de ver, nada lo imposibilita, ni siquiera la referida falacia naturalista, pues, teniendo muy claro que una cosa es el ser y otra el deber ser, con las consecuencias filosóficas que ello implica, considero que nada se opone a que en un mismo precepto normativo se establezca como elementos del dolo un aspecto psicológico y otro con esencia que radica evidentemente en lo valorativo –normativo. Seguramente, lo ideal sería que sobre este elemento, en cada caso examinado, se pudiera decir que este también debería ser actual. Pese a ello y como en algunos eventos puede resultar insuficiente la atribución de la modalidad culposa, lo más conveniente y necesario es que en algunas ocasiones se pueda acudir a la dimensión «eventual» del conocimiento de la ilicitud.

Incluso y si es tan cierto que la nueva redacción del Código General Disciplinario podría violar «los raseros de medición» que emanan de los artículos 1, 2, 6 y 121 y siguientes de la Carta Política, ¿por qué no pensar que, en ese extremo, lo más conveniente sería conseguir por parte de la Corte Constitucional una exequibilidad condicionada de dicho artículo, en el entendido de que el conocimiento de la ilicitud, como elemento del dolo, comprende no solo el actual sino, en ciertos casos, la denominada conciencia eventual de la ilicitud?

3.2 «La fórmula del juicio de reproche en la culpa: sancionando lo menos grave con más rigor que lo más grave».

La crítica al artículo relacionado con la culpa radica —en una menor proporción y hasta este momento— en la redacción del primer inciso del artículo 29 del Código General Disciplinario que establece lo siguiente:

Artículo 29. *Culpa*. La conducta es culposa cuando el sujeto disciplinable incurre en los hechos constitutivos de falta disciplinaria, por la infracción al deber objetivo de cuidado funcionalmente exigible *y cuando* el sujeto disciplinable debió haberla previsto por ser previsible o habiéndola previsto confió en poder evitarla.

(...)

(Resaltado en negrillas fuera de texto).

En tal sentido, la expresión resaltada en negrillas —«y cuando»—, según el profesor GÓMEZ, implica una disyunción interpretativa; esto es, «que puede existir culpa cuando se infrinja el deber objetivo de cuidado, pero también cuando exista culpa consciente e inconsciente», lo que conduce, según él, a los siguientes gravísimos eventos de interpretación:

Propicia una responsabilidad objetiva, pues un sujeto puede ser declarado culpable a título subjetivo de culpa con la sólo infracción al deber objetivo de cuidado, esto es, con la sola verificación de la «imprudencia objetiva», sin la presencia de la subjetiva relacionada con la culpa consciente o inconsciente, que es lo que se denomina «imprudencia subjetiva»;

Rompe con el equilibrio que debe existir entre garantías y eficiencia, propias de la tensión Estado liberal vs. Estado social, por lo que termina siendo mucho más grave una falta culposa que una dolosa, dados los requisitos para la demostración de una u otra;

Propicia el aumento de la subjetividad en el campo de la interpretación y aplicación de la ley, pues le basta al operador jurídico, dada la amplia discrecionalidad y límites difusos entre lo cierto y lo incierto, en torno de lo que resulta «previsible y no se previó». En tal sentido, agrega que no se sabe cuál será el modelo a seguir para efectuar la comparación, lo cual, ante su ausencia, imperará afirmar que en su criterio de juzgador era previsible el evento que juzga y, por tanto, reprocha, con lo que la culpabilidad será medida por la pura subjetividad del juez disciplinario.

Así las cosas y pese a los sólidos cuestionamientos, debe decirse que realmente no fue este el propósito que se persiguió con dicha redacción. En efecto, si bien la expresión «cuando» puede prestarse para diferentes interpretaciones —incluso, creo que, conforme a lo que fue concebido en la preparación del proyecto de ley, efectivamente esta palabra sobraba— la conjunción «y» es la que le da el verdadero sentido a la definición, en los términos de que la culpa se presenta «por la infracción al deber objetivo de cuidado funcionalmente exigible» y «el sujeto disciplinable debió haberla previsto por ser previsible o habiéndola previsto confió en poder evitarla». En otras palabras, el objetivo de la norma es que la culpa se componga de dos elementos, esto es, la infracción al deber objetivo de cuidado funcionalmente exigible y uno cualquiera de estos dos: o el deber de previsión o la representación.¹⁹

La prueba irrefutable de esta consideración es que la expresión objeto de análisis está compuesta con la conjunción «y», la cual, siendo la conjunción

más usada en la lengua coloquial, tiene en este caso una incuestionable función copulativa, lo que evidentemente sirve para indicar una adición.

Obsérvese bien que si la interpretación puesta de presente por el profesor GÓMEZ fuera la correcta —no por él, sino por la distracción que trae la expresión «cuando»—, lo más acorde era que el precepto normativo no hubiese utilizado la expresión «y», sino la típica conjunción disyuntiva «o», la cual sirve para indicar alternancia exclusiva o excluyente.

En tal forma, la supuesta alternancia o exclusión entre el deber objetivo de cuidado y el deber subjetivo de cuidado no se presenta y, a cambio de ello, la mejor interpretación es que respecto de la culpa, según la nueva definición, existen dos elementos acumulativos o en forma de adición: la infracción al deber objetivo de cuidado y el deber de previsión o la representación. Repárese en el hecho de que mientras la expresión «y» separa los dos elementos respecto de los cuales se predica su unión, la conjunción «o», utilizada más adelante en medio de los conceptos que están relacionados con el deber de previsión (el sujeto disciplinable debió haberla previsto por ser previsible) y la representación (o habiéndola previsto confió en poder evitarla),²⁰ denota de manera inequívoca una alternancia o verdadera disyunción.

Pero, además, más allá de la interpretación a partir del sentido gramatical de estas expresiones, no se puede olvidar que este mismo artículo, una vez define la culpa (primer inciso), la clasifica en gravísima y en grave (segundo inciso) y establece las modalidades de la culpa gravísima (tercer inciso), ratifica, en la definición de la culpa grave (cuarto inciso), que ella se dará «por la inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones».

Para analizar detenidamente lo anterior, observemos todo el artículo 29 del Código General Disciplinario:

Artículo 29. Culpa. La conducta es culposa cuando el sujeto disciplinable incurre en los hechos constitutivos de falta disciplinaria, por la infracción al deber objetivo de cuidado funcionalmente exigible y cuando el sujeto disciplinable debió haberla previsto por ser previsible o habiéndola previsto confió en poder evitarla.

La culpa sancionable podrá ser gravísima o grave. La culpa leve no será sancionable en materia disciplinaria.

Habrà culpa gravísima cuando se incurra en falta disciplinaria por ignorancia supina, desatención elemental o violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento.

La culpa será grave cuando se incurra en falta disciplinaria por inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones.

Parágrafo. Las faltas señaladas en el artículo 65 de este Código podrán ser sancionadas a título de culpa, siempre y cuando la modalidad del comportamiento así lo requiera.

(Negrillas fuera de texto).

En tal virtud y analizado todo el contenido del artículo 29 del CGD, fácil se llegará a la conclusión de que la culpa siempre tendrá que soportarse primeramente en la infracción al deber objetivo de cuidado, lo cual excluye la impensable posibilidad de que en algunas ocasiones esta modalidad de imputación subjetiva solo se soporte en la culpa consciente o inconsciente. Por ende, lo consciente o lo inconsciente corresponderá, respectivamente, al deber de previsión o a la representación, como segundo componente de la culpa, siempre y cuando, desde luego, el sujeto haya tenido las reales posibilidades para ello.

Por ende, si esta es la correcta interpretación de la norma en comento (artículo 29 del CGD), no se propicia la responsabilidad objetiva, no se rompe con el equilibrio que debe existir entre las garantías y la eficiencia, propias de la tensión Estado liberal vs. Estado social, y no se propicia el aumento de la subjetividad en el campo de la interpretación y aplicación de la ley disciplinaria.

Conclusiones

Es una cuestión irrefutable que el derecho disciplinario debe seguir cumpliendo con el propósito de combatir la corrupción y de contrarrestar los efectos tan nocivos de la ineficiencia administrativa, funciones totalmente acordes con los postulados que persiguen los principios que gobiernan la función pública.

Sin embargo, el control disciplinario no se puede ejercer de cualquier forma, por lo que, en virtud de los principios de legalidad y seguridad jurídica, entre otros, debe procurarse que las normas que componen el estatuto disciplinario gocen de la mayor claridad posible, cerrando paso a la

posibilidad de la arbitrariedad y a las interpretaciones amañadas, cuestiones que deben evitarse a toda costa para impedir que el derecho disciplinario sea un instrumento abusivo de poder.

Pues bien, el propósito último del Código General Disciplinario fue el de mejorar y clarificar los preceptos que habían sido introducidos por las Leyes 200 de 1995 y 734 de 2002, bajo la filosofía de «construir sobre lo construido». En efecto y lejos de que la nueva legislación tuviera desig-nios malévolos de favorecer la situación de los corruptos sancionados, por ejemplo, las nuevas normas están concebidas para facilitarle la labor a las autoridades encargadas del ejercicio de la acción disciplinaria y para que los sujetos que sean investigados y juzgados sepan desde antes a qué se atienen, en virtud de la función motivadora que lleva consigo cada una las respectivas normas.

En ese sentido, y en la medida en que la culpabilidad es uno de los aspectos medulares de la estructura de la responsabilidad disciplinaria, los conceptos de dolo y culpa no podían ser la excepción al tratamiento de mejora que quiso hacerle el legislador a estas importantísimas normas con la aprobación del Código General Disciplinario, respetando, desde luego, la autonomía y consolidación de esta especie de derecho sancionador alcanzados en los últimos años de continua y enorme evolución.

En consecuencia, la invitación siempre quedará abierta para que desde la doctrina se sigan aportando todos los elementos conceptuales y prácticos que estén a su alcance, con el fin de consolidar la mejor interpretación para el derecho disciplinario. Esta interpretación, desde luego, no deber ser otra que aquella que respete los derechos fundamentales del investigado y que consulte los intereses funcionariales y éticos que deben observar los diferentes servidores públicos, aspectos fundamentales que, sin duda alguna, contribuirán a que nuestro modelo de Estado social de derecho permanezca formal y materialmente vigente.

Referencias

- 1 PINZÓN NAVARRETE, John Harvey. Monografía. La culpabilidad como principio y como categoría dogmática y su incidencia en la estructura de la responsabilidad disciplinaria. Monografía. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, D. C., marzo de 2015.
- 2 «Las descripciones de acciones típicas como sustraer, defraudar, falsificar, perseguir a una animal salvaje, implican ya el dolo dirigido a la realización del tipo objetivo». PUPPE, Ingeborg. La distinción entre dolo e imprudencia. Comentario al § 15 del Código Penal Alemán, Traducción de Marcelo A. Sancinetti. Editorial Hammurabi. Buenos Aires (Argentina). Año 2010. Pág. 31.

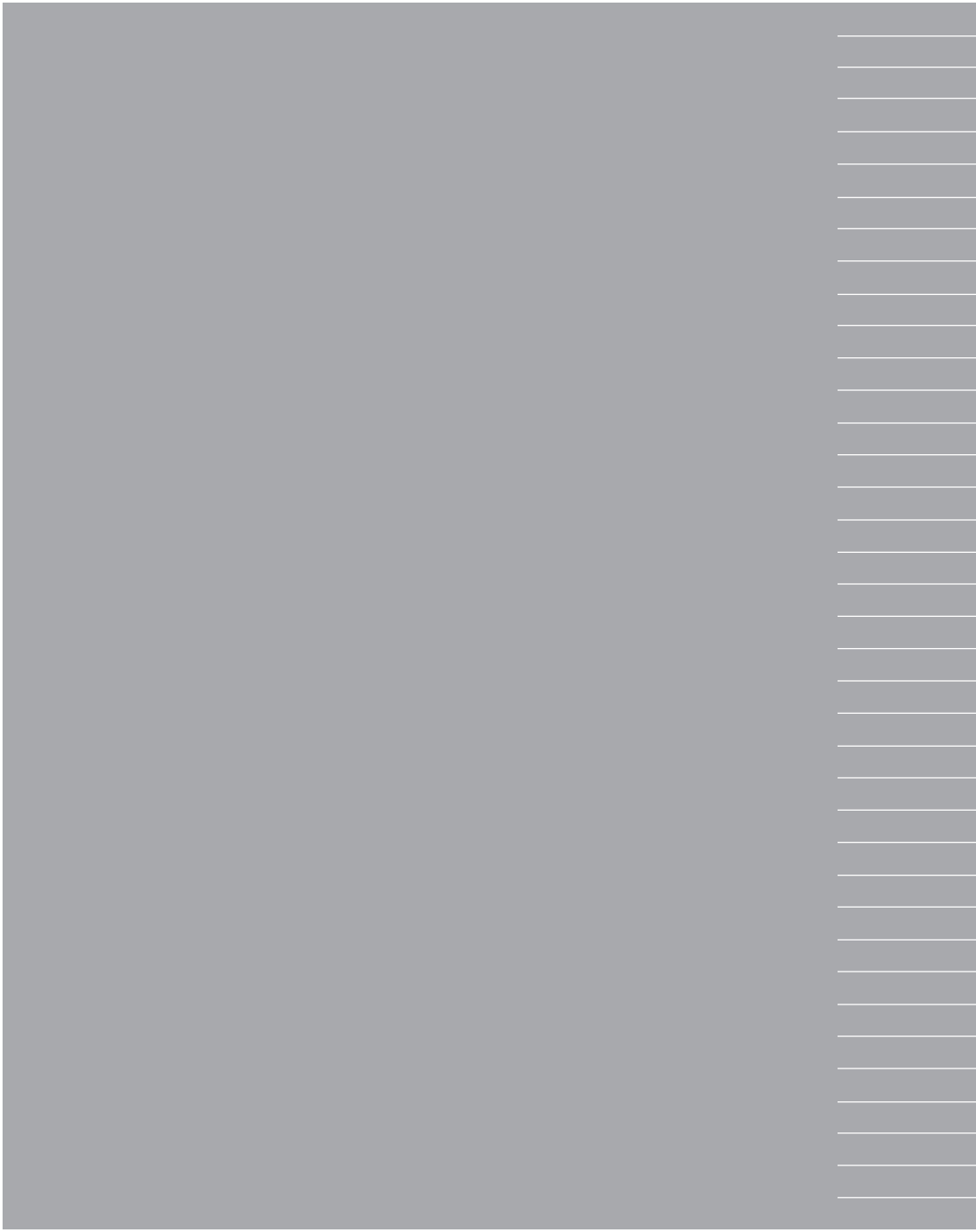
- 3 En este caso y conforme sucede en el derecho penal, se da un predominio del elemento cognositivo sobre el volitivo, tal y como ocurre para el denominado «dolo directo de segundo grado, indirecto, mediato o de consecuencias necesarias». Más dicente aún, cuando se da el «dolo eventual», en donde la voluntad de la realización del tipo —dice la doctrina— es incondicional. VELÁSQUEZ V. Fernando. Derecho Penal. Parte General. Cuarta edición. Librería Jurídica COMLIBROS. Bogotá (Colombia). Año 2009. Pág. 625 y 626.
- 4 Artículo 21 de la Ley 734 de 2002 y artículo 22 del Código General Disciplinario.
- 5 En Colombia así lo afirman, por ejemplo, SÁNCHEZ HERRERA, Esiquio Manuel. Dogmática practicable del derecho disciplinario, preguntas y respuestas. Tercera edición. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá (Colombia). Año 2007. P. 78; FORERO SALCEDO José Rory. Estado constitucional, potestad disciplinaria y relaciones especiales de sujeción. En Colección Derecho Disciplinario n.º 15. Instituto de Estudios del Ministerio Público. Procuraduría General de la Nación. Bogotá, D. C. (Colombia). Año 2007. P. 113; y VILLARRAGA OLIVEROS, Henry. DE LA ESTRUCTURA DEL ILÍCITO DISCIPLINARIO Y OTRAS DISQUISICIONES DOGMÁTICAS. Bogotá. Grupo Editorial Ibáñez. Año 2014. P. 334. En esta misma línea y conforme al derecho sancionador español, confróntese ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO. DIRECCIÓN DEL SERVICIO JURÍDICO DEL ESTADO. MANUAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. TOMO I. PARTE GENERAL. PARTE ESPECIAL 1. 3ª EDICIÓN. MINISTERIO DE JUSTICIA. EDITORIAL THOMSON REUTERS ARANZADI. Pamplona (España). Año 2013. P. 172 y 173. Así mismo, NIETO, Alejandro. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR, Cuarta edición. Editorial tecnos. Año 2008. P. 391.
- 6 Para el derecho penal, recuérdese el emblemático caso de «La correa de cuero», en donde dos jóvenes emprenden un plan para hurtarle dinero y algunos objetos a un conocido, para lo cual deciden buscar la forma de dejarlo inconsciente. Para ello, deciden golpearlo con un saco de arena, habiendo descartado antes la posibilidad de cortarle la respiración con una correa de cuero por temor a causarle la muerte. Una vez estando en la casa de la persona a la que pretendían robar, uno de los sujetos lo golpea con el saco de arena, con lo cual solo consigue despertarlo. Entre tanto, el otro sujeto recurrió a la correa de cuero que llevaba consigo y, con la ayuda de la otra persona, consiguen colocarle la correa alrededor del cuello; aquellos tiran con fuerza de ambos extremos de la correa y la persona deja de moverse. Una vez se apoderan del dinero y de una serie de objetos y, tras intentar en vano algunas maniobras de reanimación, los sujetos abandonaron la vivienda. Por el uso de la correa, se produjo la muerte de la persona. Un aspecto adicional era que los dos jóvenes pretendían asegurar la impunidad del hurto por cuanto la víctima había tenido contacto homosexual con uno de ellos. En ese sentido, si la víctima quería denunciar se exponía al riesgo de que se supiera esta condición, lo cual en ese momento era considerado en Alemania como delictivo. En síntesis, todas estas consideraciones hacían pensar que los sujetos no tenían la voluntad de matar. Pese a ello, el Tribunal los condenó como autores dolosos de dicha muerte. Este caso y su contundente análisis del porqué fue correcta la imputación dolosa puede verse en RAGUÉS i VALLÉS, Ramón. El dolo y su prueba en el proceso penal. Universidad Externado de Colombia. J. M. Bosch editor – Barcelona. Bogotá (Colombia) – Barcelona (España). Año 2002. P. 83 a 88.
- 7 Y para el caso disciplinario, recuérdese el caso colombiano de la masacre de Santo Domingo. La cuestión fáctica corresponde a la del lanzamiento de un dispositivo cluster (racimo de seis granadas) que se hizo desde un helicóptero por parte de miembros de la Fuerza Aérea Colombiana en la vereda de Santo Domingo Arauca, acción que produjo la muerte de varios habitantes de aquel sector. Las razones por las cuales se puede afirmar la plausibilidad de que la imputación subjetiva se haya hecho prescindiendo de elemento volitivo para dar paso al dolo eventual se pueden encontrar en PINZÓN NAVARRETE, John Harvey. Monografía. La

- culpabilidad como principio y como categoría dogmática y su incidencia en la estructura de la responsabilidad disciplinaria. Monografía. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, D. C., marzo de 2015.
- 8 Por ejemplo y como bien se expresó en su oportunidad en este mismo Congreso Internacional, en los casos de culpa en la modalidad de comisión por omisión, el servidor público que delega deberá responder propiamente por sus deberes funcionales de vigilancia y control en los términos establecidos en el inciso segundo del artículo 27 del Código General Disciplinario (artículo 27 de la Ley 734 de 2002) y no por absolutamente todo lo que cometa el servidor público delegado, sin ninguna consideración adicional. PINZÓN NAVARRETE, John Harvey. Culpabilidad disciplinaria: nuevos elementos en la propuesta de reforma. Ponencia para el Cuarto Congreso Internacional de Derecho Disciplinario, llevado a cabo en la ciudad de Bogotá, D. C. (Colombia), durante los días 13 y 14 de noviembre de 2014, organizado por el Instituto de Estudios del Ministerio Público de la Procuraduría General de la Nación. En REFLEXIONES ACADÉMICAS EN DERECHO DISCIPLINARIO Y CONTRATACIÓN ESTATAL. VOLUMEN VI. Procuraduría General de la Nación. Instituto de Estudios del Ministerio Público. Año 2015. P. 100 a 123.
 - 9 Por ejemplo, en el ámbito del derecho civil la culpa leve sí puede traer consecuencias, por cuanto el artículo 63 de dicha codificación establece que esta forma de culpa es «la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propio. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano. El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa». (Negrillas fuera de texto). Sin duda alguna, la culpa leve en derecho civil equivale a la culpa grave en derecho disciplinario, por cuanto en dicha codificación se contempla, incluso, la «culpa o descuido levísimo».
 - 10 « Sin embargo, por el contexto en el cual tuvo lugar dicha entrega y declaraciones, por la formación y el conocimiento y experiencia del señor Salazar en estos asuntos, por su conocimiento expreso del régimen de deberes y prohibiciones que le obligaba como Alcalde, y por las declaraciones que ha hecho a lo largo de este proceso, la Sala considera que sí obró con imprudencia, esto es, con un grado de culpa leve al haber efectuado dicha entrega de información y documentación a El Colombiano». (Negrillas y Subrayado fuera de texto). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Fallo del veintiséis (26) de marzo de dos mil catorce (2014). C. P. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN. Radicación número: 11001 03 25 000 2013 00117 00 (0263-13) Actor: Fabio Alonso Salazar Jaramillo.
 - 11 Artículo 4 del Código General Disciplinario. «Legalidad. Los destinatarios de este código solo serán investigados y sancionados disciplinariamente por comportamientos que estén descritos como falta en la ley vigente al momento de su realización. La preexistencia también se predica de las normas complementarias.
La labor de adecuación típica se someterá a la aplicación de los principios de especialidad y subsidiariedad».
En resumen, los principios de especialidad y subsidiariedad significan que la autoridad disciplinaria, en materia de tipicidad, solo podrá acudir de forma subsidiaria a las normas del Código Penal, siempre prefiriendo y respetando la especialidad de las descripciones efectuadas por las normas del Código General Disciplinario.
 - 12 El método dogmático es, sin duda, el más apropiado para entender la responsabilidad, bien en el derecho penal o el derecho disciplinario. Este método se compone de tres pasos fundamentales: interpretación, sistematización y crítica. Ver, entre otros, VELÁSQUEZ V. Fernando. Derecho Penal. Parte General. Cuarta edición. Librería Jurídica COMLIBROS. Bogotá (Colombia). Año 2009. P. 16 a 18. Y muy especialmente, un estudio completo y profundo tanto para el derecho penal como para el derecho disciplinario, en GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. La Dogmática

- Jurídica como ciencia del Derecho. Sus especies penal y disciplinaria, necesidad, semejanzas y diferencias. Universidad Externado de Colombia. Primera edición. Bogotá (Colombia). Año 2011.
- 13 Conviene efectuar una aclaración acerca de la explicación del porqué me refero a un documento de «la presunta autoría del profesor GÓMEZ». En efecto, al momento de escribir esta ponencia, no conozco en qué libro o sitio web está publicado dicho artículo. Simplemente se trata de un documento que como lo dije está «circulando» y que, dada esa condición, probablemente tenga también la condición de borrador.
 - 14 Ignorancia supina, desatención elemental y violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento para la culpa gravísima, y la inobservancia del cuidado necesario para la culpa grave.
 - 15 Confróntese en www.rae.es
 - 16 Ver, por ejemplo, los siguientes fallos del despacho del procurador general de la Nación: fallo de única instancia del 27 de septiembre de 2010, radicación. D – 2010 – 139 82630; fallo de única instancia del 24 de octubre de 2011, radicación 2010 – 375030; fallo de única instancia del 19 de enero de 2012, radicación. IUS 2010-349363; y fallo de única instancia del 13 de febrero de 2012, radicación IUS 2010 -385480.
 - 17 Contendida en el inciso segundo del numeral 11 del artículo 32 de la Ley 599 de 2000, por la cual se expidió el Código Penal.
 - 18 «(...) la verdad es una cosa y otra bien distinta es la certeza; tan distinta que se dan casos en que, existiendo la segunda, falta sin embargo la primera. Hay, así, certezas ilegítimas». DELLEPIANE, Antonio. Nueva teoría de la prueba. Tercera reimpresión de la novena edición. Editorial Temis S. A. Bogotá (Colombia). Año 1997. (Negrillas fuera de texto). De la misma manera, obsérvese el primer párrafo introductorio del capítulo dedicado a la certeza, que utiliza FRAMARINO DEI MALATESTA en su lógica de las pruebas: «En general, la verdad es la conformidad de la noción ideológica con la realidad, y la creencia en la percepción de esa conformidad es la certeza. Por lo tanto, la certeza es un estado subjetivo del espíritu, que puede no corresponder a la verdad objetiva. Pero certeza y verdad no siempre coinciden, pues algunas veces estamos ciertos de lo que objetivamente es falso; otras dudamos de lo que es objetivamente verdadero; y la misma verdad que le parece indudable a alguien, en ocasiones le parece dudosa a otro, y hasta falta en un tercero». FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicola. Lógica de las Pruebas, Tomo I. Quinta edición. Editorial Temis S. A. Bogotá (Colombia). Año 1992. (Negrillas fuera de texto).
 - 19 Así se ha expuesto desde el momento en que el proyecto de ley cursaba en el Congreso de la República. Confróntese en PINZÓN NAVARRETE, John Harvey. Culpabilidad disciplinaria: nuevos elementos en la propuesta de reforma. Ponencia para el Cuarto Congreso Internacional de Derecho Disciplinario, llevado a cabo en la ciudad de Bogotá, D. C. (Colombia), durante los días 13 y 14 de noviembre de 2014, organizado por el Instituto de Estudios del Ministerio Público de la Procuraduría General de la Nación. Puede verse En REFLEXIONES ACADÉMICAS EN DERECHO DISCIPLINARIO Y CONTRATACIÓN ESTATAL. VOLUMEN VI. Procuraduría General de la Nación. Instituto de Estudios del Ministerio Público. Año 2015. P. 116.
 - 20 Artículo 29. Culpa. La conducta es culposa cuando el sujeto disciplinable incurre en los hechos constitutivos de falta disciplinaria, por la infracción al deber objetivo de cuidado funcionalmente exigible y **cuando** el sujeto disciplinable debió haberla previsto por ser previsible o habiéndola previsto confió en poder evitarla.

(...)

(Resaltado en negrillas y subrayado fuera de texto).



PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO CAMINO A LA ORALIDAD

HÉCTOR ENRIQUE FERRER LEAL *

** Tratadista y docente universitario*

La estructura procesal de la acción disciplinaria está conformada por dos clases de procedimiento: el ordinario y los especiales, comprendiendo estos últimos el proceso verbal y el especial ante el señor Procurador General de la Nación.

Una fórmula que nunca compartimos toda vez que parte del cargo de quien ejerce la acción y no del destinatario de la misma distinguiendo entre los procuradores delegados, los personeros distritales, municipales, jefes de oficinas de control disciplinario interno y en general los funcionarios con atribuciones disciplinarias, como si la acción que ejercen unos y otros fuera distinta, siendo que en verdad es una sola que emana de un poder punitivo del Estado independientemente de las diversas manifestaciones que este tiene.

La cabal aplicación de un debido proceso implica a su vez el derecho a la igualdad esto es que a todos los coasociados que detentan en este caso una relación especial de sujeción o transitoriamente ejerzan funciones públicas, administran recursos públicos o desempeñen labores de supervisión o interventoría en los contratos estatales, se les aplique de la misma manera el “ius puniendi” en su acepción disciplinaria.

Otro aspecto que llevó a reconsiderar el procedimiento disciplinario fue el hecho que no obstante precedentes constitucionales, tales como la sentencia C-242 de 2010, la aplicación del procedimiento verbal en el sentir de muchos disciplinados quedaba al azar provocado por circunstancias extraprocesales y en ciertos casos no se medía con el mismo rasero al momento de aplicar la causal conocida como: “el en todo caso”, esto es cuando estuvieren dados los requisitos sustanciales para proferir pliego de cargos.

Además de lo expuesto y pese de la modificación introducida por la Ley 1474 de 2011 subsistían vacíos y cambios desafortunados que en la práctica vienen originando dificultades en la ritualidad oral de los disciplinarios.

Todos estos motivos llevaron a concebir un nuevo procedimiento unificado, aplicable por toda clase de jueces disciplinarios independiente a la jerarquía o cargo que ostenten y dirigido a todo tipo de sujetos disciplinables fortaleciendo de este modo

el concepto de debido proceso, dotándolo de la mejor claridad posible he intentado resolver las muchas inquietudes que a lo largo de los años han surgido respecto al lleno de ciertos espacios en blanco que quedaban de la práctica forense, que no obstante los paliativos con los que se afrontaron producto de la creatividad de los funcionarios con atribuciones disciplinarias, mantenían la incertidumbre al no provenir de una regulación positiva.

El proyecto de ley trató de recoger todas estas experiencias desechando de paso aquellas que no trajeron buenos resultados o que afectaban notablemente el derecho de defensa, como es el caso del recurso de apelación contra la negación de pruebas en audiencia, cuya resolución era diferida hasta después de proferirse el fallo de primera instancia.

Si bien el texto original prescindía de la indagación preliminar y agrupaba todos los fines de la instrucción en una sola etapa, finalmente se optó por introducir la figura de la indagación previa, la cual a nuestro modo de interpretar tiene como único fin la identificación del presunto autor de la falta queriendo ello decir, que si ya está individualizado este, no sería necesario acudir a aquella.

La filosofía de esta modificación es reducir de manera ostensible los términos de la instrucción, dado que los vigentes actualmente han provocado una excesiva duración, al punto de que hoy en día el trámite disciplinario ordinario está consumiendo mucho más tiempo que un proceso ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, después de la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011 que mejoró sus tiempos precisamente en virtud del trámite oral.

El disciplinario sin ser un proceso judicial, pero con las ritualidades de este, demora más que aquel en el que se ejerce su control de legalidad.

La causa de esta problemática indiscutiblemente se encuentra en los términos ampliamente generosos de la etapa de investigación, que según la última modificación está entre doce y dieciocho meses.

De allí la propuesta inicial que imponía una carga en el instructor de definir rápidamente la relevancia disciplinaria de la conducta, la individualización del sujeto activo y la existencia o no de una causal de exclusión de responsabilidad.

El plazo máximo para la investigación en consecuencia queda reducido en seis meses, y a diferencia a lo que sucedía anteriormente el producto que se genera, no será ya un auto de cargos sino, la citación a audiencia con todas las implicaciones que ello conlleva a sabiendas que si hay un escenario que muestre las fortalezas y debilidades de la acusación que eleve

la administración, es el de la audiencia pública y es esta la gran novedad de la estructura que se adopta del nuevo procedimiento, la combinación de la parte escritural con la oralidad diseñada y concebida para la etapa de juzgamiento.

El cierre de investigación cobra importancia para el ejercicio del derecho de defensa, toda vez que ahora se da traslado para presentar alegatos precalificatorios que permiten conocer el pronunciamiento de los sujetos procesales antes de llevar el caso a juicio.

Se consagra de manera positiva los requisitos que debe tener el auto de citación a audiencia, con el propósito de desterrar cualquier duda en el sentido que este no es cosa distinta que un auto de cargos cuyos descargos habrán de presentarse en la vista pública.

Se establece de manera precisa los tiempos y momentos, tanto de la notificación del auto como de la celebración de la diligencia oral, así como también como proceder en los casos en que el disciplinado y/o apoderado no comparezcan a notificarse o estando notificados no lleguen el día y fecha señalados para el juicio.

Se crea un régimen probatorio autónomo que evita la dependencia de otras regulaciones en materia de práctica de pruebas, que en muchos casos no se compadecía con la naturaleza particular y específica del derecho disciplinario, amén de que se trataba de normas, por decirlo de una manera, en peligro de extinción como lo es el caso de la Ley 600 de 2000, introducida como referente obligatorio a la hora de evacuar pruebas en el proceso disciplinario por la Ley 1474 de 2011.

En lo que se refiere a la mecánica de la audiencia propiamente dicha, se trató de saldar las deficiencias generadas por una reglamentación insuficiente que no daban al juzgador las pautas ni siquiera para el inicio de la misma, teniendo en muchos casos que improvisar protocolos que la mayoría de las veces fueron exitosos, pero que en no pocas ocasiones terminaron limitando el ejercicio del derecho de defensa en esta clase de actuaciones.

La lectura integral del auto de citación, paso innecesario en razón a que si los sujetos procesales comparecían a la audiencia era porque estos ya habían sido notificados previamente y por ende leído y conocido el auto de citación. De allí que el tiempo empleado en la lectura del documento fuera realmente inoficioso, ahora se permite que el director del proceso haga un resumen sucinto y avance rápidamente a la etapa de descargos, versiones libres y solicitud de pruebas.

Se implementa una especie de principio de oportunidad en el juicio funcional, posibilitando al juez para que indague al disciplinado si es su voluntad reconocer la autoría de la falta con las repercusiones sustanciales y procesales que ello conlleva, situación está que ante la poca consecuencia que tenía la confesión, incluso antes de proferido el auto de cargos, había hecho de este, un medio probatorio prácticamente inexistente dado los pocos beneficios que les significaban al servidor público reconocer el incumplimiento injustificado de su deber funcional.

Ese requisito indispensable para la validez del reconocimiento de responsabilidad que el investigado esté acompañado de su defensor de confianza, en caso contrario el fallador habrá de suspender la diligencia para proveer ya sea de manera oficiosa la presencia de un jurista en el momento de aceptarse la comisión de la falta.

En caso de confesión se suprime el debate probatorio y se entra a dictar el fallo de instancia correspondiente, que por supuesto habrá de ser sancionatorio con la reducción de la sanción producto de la aceptación de responsabilidad, superándose de esta forma las aspiraciones interpretativas de algunos defensores, en el sentido de la procedencia de aplicar estos beneficios introducidas por el sistema penal acusatorio, como quiera que se trata el disciplinario al igual que el penal de una manifestación del poder punitivo del Estado.

En cuanto a la intervención de la defensa, se especifica que esta comprende no solamente la versión sobre los hechos como literalmente mencionaba el artículo correspondiente, sino que esta abarca la presentación de descargos tal y como la conocemos en el trámite escrito, es decir, la presentación de argumentos jurídicos por parte de la defensa técnica tendientes a desvirtuar el cargo formulado sin descartar la oportunidad que tiene el funcionario investigado de rendir públicamente su versión sobre los hechos, sin que ellos autorice la intervención de los demás sujetos procesales para interrogarlo, atribución que a nuestro modo de ver solo radica en el director del proceso.

Se aumenta de manera importante el término para la práctica de pruebas, pasando de cinco a veinte días prorrogables, lo que se acompasa con la dinámica de la evacuación de pruebas y diligencias en el juicio oral llamase penal, disciplinario o de lo contencioso administrativo.

En lo que se refiere a los alegatos de conclusión, se pone en cintura la discrecionalidad que atribuyó el estatuto anticorrupción al operador

disciplinario al señalar entre tres y diez para alegar de conclusión, quedando en un término racional de cinco días.

Contra el fallo de primera instancia procede el recurso de apelación, el cual deberá interponerse en estrados y sustentarse dentro de los cinco días siguientes, lo que equilibra la balanza entre la defensa y el juzgador, teniendo en cuenta que antes que interposición y sustentación debían hacerse en la misma oportunidad procesal.

Como consecuencia de la adopción del nuevo procedimiento disciplinario unificado, tiende a desaparecer el control disciplinario interno ejercido por grupos formales de trabajo que apoyan el ejercicio de la función radicada en cabeza de un cargo de nivel directivo de la entidad, que no necesariamente tiene formación jurídica, ello en atención a que el agotamiento de la fase oral del procedimiento necesariamente requiere de manos expertas en el manejo de este tipo de diligencias, dignificándose aún más la acción disciplinaria.

El juicio oral en materia disciplinaria contribuirá al legitimar las decisiones que en ellas se tomen en la medida en que estas serán expuestas de manera inmediata al escrutinio de quienes asisten a escuchar la lectura del fallo; saltará a la vista si este es arbitrario, injusto, incongruente o contradictorio.

EL NUEVO RÉGIMEN PROBATORIO DISCIPLINARIO

JOSÉ OMAR ORTIZ PERALTA *

** Procurador Judicial II Delegada para las Fuerzas Militares*

En anterior oportunidad se abordó el tema probatorio disciplinario en perspectiva a la luz del proyecto de reforma. Hoy cuando se ha hecho realidad la iniciativa legislativa en cabeza del señor Procurador General de la Nación Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado, y se ha aprobado la ley por la cual se adopta el Nuevo Código General Disciplinario (NCGD), la presente ponencia se ocupará de reseñar la razones que llevaron a proponer un régimen probatorio propio y a enunciar los aspectos más relevantes que se introdujeron frente a la actividad probatoria y su aplicación conforme al procedimiento establecido en la nueva normativa.

ANTECEDENTE NORMATIVO

Ley 200 de 1995

Al expedirse la Ley 200 de 1995, se logra unificar todas aquellas reglamentaciones dispersas que al interior de cada entidad pública se ocupaban de regular el comportamiento de sus servidores. En el Título VI del Libro III se establecían los parámetros de la actividad probatoria, rescatándose la libertad probatoria para acreditar la falta y la responsabilidad del disciplinado; la facultad para comisionar; sistema de valoración basado en las reglas de la sana crítica; la utilización de medios técnicos, la habilitación para trasladar pruebas obrantes en otros procesos. Así mismo, se fijaron parámetros para la práctica de pruebas en el exterior; facultades de policía judicial para asegurar los elementos de prueba; potestad para exigir de todos los organismos del Estado colaboración técnica; se establece como consecuencia del recaudo de prueba sin el lleno de las formalidades sustanciales o en forma tal que afecte los derechos fundamentales del disciplinado, su inexistencia. Se regula un único medio probatorio, la visita especial y por último la oportunidad para poder controvertir la prueba.

De la anterior regulación podemos desatacar que no existían parámetros, de manera expresa o por vía de remisión, para la práctica de los medios probatorios distintos a la visita especial, sin embargo, por vía de la remisión establecida en el artículo 18 de dicha ley¹, la práctica probatoria se adelantó con apego a lo reglado en el Código de Procedimiento Penal vigente para ese entonces.

Ley 734 de 2002

Transcurridos siete años de ese primer estatuto disciplinario unificado, se expide la Ley 734 de 2002, norma que se ocupó de recoger todos los pronunciamientos de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado y de establecer unos lineamientos acordes con la naturaleza de esta expresión del derecho sancionatorio y a la autonomía que ya se empezaba a generar producto de los postulados jurisprudenciales y doctrinarios. Las novedades en materia probatoria fueron escasas, prácticamente se recoge lo establecido en la Ley 200 de 1995 en sus aspectos generales. En cuanto a los medios probatorios, en el artículo 130 se hace una enunciación de estos y se determina de forma expresa que para su práctica se deberá acudir al Código de Procedimiento Penal, y en lo atinente a los medios de prueba no previstos en dicha ley se dispuso que se practicarían de acuerdo con las disposiciones que los regulen.

La remisión anteriormente referida se aplicó de forma pacífica hasta el momento en que se implementó el sistema acusatorio en materia penal y se expidió la Ley 906 de 2004, esto en razón a que dicho esquema procesal no se identifica con la naturaleza inquisitiva del proceso disciplinario. Esto motivó inquietudes al interior de la Procuraduría General de la Nación, las que a su vez condujeron a la expedición de la Directiva 006 de 2005, en la que se le dio alcance temporal a la Ley 600 como norma de remisión y de integración normativa que trata el artículo 21 del CDU. La consideración principal obedeció a la aplicación progresiva en el territorio nacional del nuevo proceso penal acusatorio, ya que este solamente entraría a regir de forma general hasta el 1° de enero de 2008. Ahora bien, la pregunta que surge es: ¿A partir del límite temporal establecido en la Directiva 006, cuál era la norma a la cual debíamos remitirnos para la práctica probatoria a las voces del artículo 130 del CDU?

Esta respuesta tuvo que esperar varios años, ya que solamente se viene a establecer en la Directiva 010 de 12 de mayo de 2010 que la práctica de los medios probatorios se desarrollará conforme a la Ley 600 de 2000. Esta regulación tuvo como sustento el hecho de que el artículo 533 de la Ley 906 de 2004 determinaba la vigencia de la Ley 600 para los procesos de competencia de la Corte Suprema de Justicia, la que finalmente tuvo respaldo por parte de la Corte Constitucional al concluir que por voluntad del legislador se previó “la coexistencia de dos procedimientos, uno con tendencia acusatoria y otro de carácter mixto que se continuará aplicando a sus miembros.”²⁹

Ley 1474 de 2011

Para el año 2011 se expide la Ley 1474 (Estatuto Anticorrupción), la cual introdujo una serie de reformas que fueron de trascendencia en el diligenciamiento de la actuación disciplinaria. En lo que se refiere a la actividad probatoria, podemos identificar aspectos puntuales como la remisión expresa para la práctica a la Ley 600 de 2000, tal y como se había señalado en la Directiva 010 de 2010; el traslado de los elementos materiales de prueba y evidencia física de los procesos penales del sistema penal acusatorio, aspecto de necesaria regulación. En cuanto al desarrollo al interior de los procedimientos se amplió el término de la investigación y se fijó un cierre al término de esta, previo a su evaluación. Pero quizás en donde tuvo mayor impacto la reforma fue en el procedimiento verbal, ya que se determinó la procedencia del recurso de reposición ante la negación de pruebas, permitiendo a su vez el de apelación. Para este último se estableció que la sustentación debía hacerse una vez emitido el fallo, aspecto que fuera declarado exequible por la Corte Constitucional.³ Lo anterior trajo como consecuencia la habilitación para la segunda instancia de revisar la negación probatoria, y en el evento de prosperar el recurso, su decreto y posterior práctica, sumándose a ello que en la alzada se deba correr traslado de dos días para que se presenten alegatos previos a la decisión.

REFORMA A LA JUSTICIA

Un antecedente que no se puede pasar por alto, tiene que ver con los proyectos de Acto Legislativo No. 07/11 Senado y 143/11 Cámara Acumulado a los Proyectos 09/11, 11/11, 12/11 y 13/11 Senado, los que estaban encaminados a la reforma de la justicia. Allí se establecía la separación de las funciones de investigación y juzgamiento en la Corte Suprema de Justicia⁴, por lo que de haberse aprobado dicha reforma constitucional, la razón de ser de la vigencia de la Ley 600 de 2000, amén de su transición, hubiese fenecido, lo que nuevamente generaría inconvenientes para la regulación de la actividad probatoria en el diligenciamiento de los procesos disciplinarios.

NECESIDAD DE LA REFORMA

Como se pudo verificar en el acápite anterior, en el ejercicio de la potestad disciplinaria, en lo que tiene que ver con la actividad probatoria, siempre se ha tenido que acudir a codificaciones propias de otros regímenes,

y que por la dinámica del derecho son objeto de reformas, lo que generan traumatismos al interior de la actuación disciplinaria, que han obligado a que constantemente se deban expedir directivas o circulares que los conjuren. Es este primer aspecto el que permite fijar como uno de los objetivos al interior de la Comisión Redactora del proyecto de reforma la consagración de un régimen probatorio propio y autónomo.

Un segundo punto que se tuvo en cuenta, tiene que ver con que la norma de remisión, Ley 600 de 2000, la que si bien es cierto regulaba detalladamente los medios de convicción, también lo es que su consagración obedecía a un procedimiento mixto con esquemas probatorios propios del ámbito penal y jurisdiccional. Lo anterior se evidencia en aspectos tales como la falta de parámetros para la visita especial, ya que lo que se encuentra regulado en la norma de remisión es la inspección judicial que de entrada nos presenta dificultad. Así mismo, en cuanto a la prueba pericial se determina que la objeción por error grave se puede proponer hasta antes de la audiencia, lo que obviamente no se sintoniza con el procedimiento ordinario y cerraría la posibilidad de solicitar esta prueba en el trámite del proceso verbal.

Queda claro entonces que el introducir un régimen probatorio en el NCGD permite generar seguridad jurídica evitando la remisión; fijar unos parámetros conforme a su naturaleza y autonomía; regular su práctica conforme al procedimiento único y definir reglas en cuanto al decreto, práctica y valoración de cada medio probatorio.

ASPECTOS RELEVANTES DE LA REFORMA

Principios y reglas

Abordemos ahora puntualmente la reforma en lo que atañe al régimen probatorio que se introduce en el NCGD.

Desde el componente axiológico de la nueva norma se establecen principios relacionados con la incorporación de los medios de convicción, logrando así que dichos postulados se constituyan en imperativos para la autoridad disciplinaria. Sumado a ello, no solamente se fijan normas con características de principios sino que a su vez en el capítulo referido al tema probatorio, se instituyen reglas que permiten su aplicación. Veamos.

En el artículo 13 del NCGD se establece el principio de investigación integral, demandando de la autoridad disciplinaria la obligación de investigar con igual rigor todo aquello que sirva para demostrar la existencia de falta y la responsabilidad del investigado y los que tiendan a demostrar su

inexistencia. Correlativamente se determina en el artículo 148 la imparcialidad que se debe mantener en el recaudo y valoración de las pruebas. A su vez, se instituye como instrumento útil para la preservación del principio aludido, el decreto oficioso de pruebas.

De igual manera, el artículo 21 del NCGD establece como principio la cláusula de exclusión probatoria para la prueba obtenida con violación de los derechos y garantías fundamentales y las que se deriven de estas o las que solo puedan explicarse en razón de su existencia, salvo que estemos en presencia de una fuente independiente, que el vínculo sea atenuado o haya sido producto de un descubrimiento inevitable. Fijado el mandato de exclusión, en el artículo 158 se establece la consecuencia, que no es otra que la inexistencia de dichos medios de convicción.

Recursos ante la negación de pruebas

Uno de los propósitos de la reforma lo constituyó la necesidad de evitar trámites innecesarios que le quitaran dinamismo a la actuación. La Ley 1474, tal y como se analizó en precedencia, introdujo en el procedimiento verbal la posibilidad de interponer los recursos de reposición y apelación ante la negación de pruebas, difiriendo a la emisión del fallo la sustentación de este último, lo que a su vez generó que en la segunda instancia hubiese pronunciamiento ante la negativa probatoria y, de proceder el recurso, su práctica en el trámite de alzada. Sumado a esto, el Estatuto Anticorrupción posibilitó la oportunidad de interponer recurso de apelación contra la recusación y además la oportunidad para presentar alegatos antes de la resolución de éste, lo que claramente determinó que la dinámica del procedimiento verbal terminará en un procedimiento dispendioso en el agotamiento de la vía gubernativa.

Ante el panorama descrito, y al haberse adoptado un procedimiento único en el NCGD, se establece que contra la providencia que se pronuncia sobre la petición de pruebas de forma negativa en el trámite de la investigación procede el recurso de reposición (art. 133), el cual deberá ser interpuesto desde la fecha de la providencia hasta el vencimiento de los cinco (5) días siguiente a la notificación (art. 131 inc. 1°). Se destaca aquí la ampliación del término que anteriormente era de tres (3) días.

Ahora bien, cuando dicha decisión se profiere en la etapa de juzgamiento, esto es, en la audiencia, procede el recurso de apelación (art. 134), el cual debe sustentarse y resolverse de manera inmediata (art. 131 inc. 1° y art. 132 inc. 2°). Se conservan los efectos en que se concede el recurso, dependiendo si la negativa es parcial o total, de la Ley 734 de 2002 (art. 134 incisos 2° y 3°).

Traslado de pruebas, elementos materiales de prueba y evidencia física.

En cuanto a la posibilidad que tiene la autoridad disciplinaria para trasladar medios de convicción de otros procesos, el NCGD regula de mejor manera esta facultad en lo que tiene que ver con el traslado de los elementos materiales de prueba (E.M.P.) y evidencia física (E.F.) de los procesos de sistema penal acusatorio. Si bien la Ley 1474 de 2011 suplió esta falencia al establecer la manera que se debía dar dicho traslado, lo cierto que es que al interior de la comisión se consideró que no existía razón jurídica para restringirle a las Personerías, a los Consejos Seccionales de la Judicatura (hoy Comisiones Seccionales Disciplinarias) y a las Oficinas de Control Disciplinario Interno el traslado los E.M.P y E.F. que aún no habían sido descubiertos. Así mismo, se consideró que el someter la solicitud de esta traslado al Fiscal General de la Nación resultaba dispendioso y de tornaba inane dicha prerrogativa probatoria.

Tal y como se concibe la figura de la prueba trasladada en el NCGD, cualquier autoridad disciplinaria podrá trasladar a la actuación, ya no solamente las pruebas que obren en actuaciones judiciales o administrativas y los E.M.P y E.F. que ya hayan sido descubiertos con el escrito de acusación, sino que tiene la posibilidad de allegar aquellos E.M.P y E.F. que no hayan sido descubiertos, solo que para esta última la solicitud deberá ser evaluada por el Fiscal del caso.

De los medios probatorios

Este aspecto es quizás el que pueda considerarse de gran valía, toda vez que como se ha visto, la principal falencia del régimen probatorio disciplinario es la ausencia de una regulación propia para el decreto, práctica y valoración de los medios probatorios, ya que siempre se dio por vía de remisión e integración normativa. Así las cosas, el NCGD desarrolla cada uno de los medios probatorios que tienen mayor presencia en el proceso disciplinario, atendiendo la naturaleza de esta expresión del *ius puniendi*. Veamos.

Confesión (Título VI Capítulo I Arts. 161 a 163)

En cuanto a la confesión, la reforma establece los requisitos en que esta se debe presentar, determinando legalmente que quien confiese debe estar acompañado de defensor. De forma acertada se introduce esta exigencia, dejándose de lado la postura que al interior de la Procuraduría General de la Nación se generó, habilitando su procedencia sin necesidad de la defensa⁵, aspecto que

se respetaba desde lo institucional pero que no se compartía desde el punto de vista académico. Además de esto, se establece que la confesión deberá darse ante la autoridad disciplinaria competente, autoridad que se entiende ejercida por quien tiene la facultad para fallar el proceso, para instruirlo o el comisionado o designado. La persona debe ser informada sobre el derecho a no autoincriminarse y que debe hacerse en forma consciente y libre.

Del beneficio por confesión

Cuando al interior de la comisión redactora del proyecto de reforma se establecieron los temas a trabajar, se propuso estudiar la posibilidad de introducir a la actuación disciplinaria el principio de oportunidad. Luego de varias discusiones frente a la naturaleza del derecho disciplinario, su ámbito de cobertura jurídica y analizando cómo se ha desarrollado dicha figura en el procedimiento penal, se llegó a la conclusión que para este momento no era lo más conveniente.

Sin embargo, se propuso que se estableciera un beneficio para el disciplinado que aceptara la responsabilidad, el cual consistía en una reducción de la sanción hasta en una tercera parte. Puesta a consideración la propuesta, si bien fue acogida se generó una limitante en su aplicación, disponiéndose en el proyecto que la prerrogativa no podía exceder los límites punitivos establecidos en la ley, aspecto que la tornaba en poco seductora, de lo cual expresé mis críticas en artículo anterior y además reiteradas en las audiencias públicas que se dieron en el trámite legislativo.

Finalmente, el legislador eliminó tal exigencia, lo que determina que presentada la confesión y habilitada la decisión, la autoridad disciplinaria deberá tasar la sanción que correspondería conforme a la naturaleza de la falta, el título de imputación subjetiva y los agravantes y atenuantes a aplicar, para posteriormente proceder a hacer la reducción.

Lo que si se conservó fue la no posibilidad de tal beneficio ante faltas relacionadas con las graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario.

Ahora bien, establecido el beneficio para confesión, se discutió cuál era momento oportuno procesal oportuno para su aplicación. Para esto hubo que tenerse en cuenta la característica que distingue la tipicidad disciplinaria, esto es, el sistema de tipos abiertos como regla general, situación que, ante la aceptación de un hecho o mejor de una conducta, esta pueda ser adecuada como falta gravísima, grave o leve. De igual manera, en lo que se refiere a la culpabilidad (*numerus apertus*), ya que quien determina si

se ha actuado a título de dolo o culpa gravísima o grave, es la autoridad disciplinaria.

Todo lo anterior llevó a la Comisión redactora a entender que el momento procesal propició para indagar sobre la aceptación de la responsabilidad, como habilitante para el beneficio por confesión, es al inicio de la etapa de juzgamiento e instalada la audiencia (inciso 1° artículo 162 en concordancia con los incisos 2° y 3° artículo 227), cuando el disciplinado ya conoce como se configuró la imputación y puede establecer sus consecuencias punitivas.

El proyecto de reforma no establecía regulación referida a la posibilidad de confesar en la etapa de investigación, falencia que finalmente se suplió, determinándose que cuando se presente durante la etapa de investigación, la autoridad disciplinaria la valorará y de encontrarla procedente la evaluará y citará a audiencia y formulará cargos (inciso 4° art. 162), lo cual resulta coherente conforme a lo expresado con anterioridad.

3.4.3. Testimonio (Título VI Capítulo II Arts. 164 a 176)

Quizás uno de los medios de convicción que de mejor manera se desarrolla en el NCGD es el testimonio, esto en razón de su ritualidad y de las consecuencias que puede acarrear cuando se falte la verdad.

Se desarrolla legalmente el mandato constitucional del numeral 7° del artículo 95 de la Constitución Política, estableciendo la obligatoriedad de concurrir a rendir testimonio ante las autoridades. Se establece que los testimonios que se recauden a niños mayores de siete años deberán contar con la presencia de un Defensor de Familia o en su defecto de un Comisario de Familia. Resulta necesario dar claridad frente a la regulación que trae el Código de la Infancia y de la Adolescencia, donde se establece que la competencia de las autoridades administrativas para conocer de los casos donde se esté amenazando o vulnerando los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes. En ese sentido, la competencia que se le otorga al Comisario de Familia de asumir las funciones del Defensor de Familia es de carácter supletorio, en el entendido que en ausencia de éste, es la autoridad administrativa mejor capacitada para asumir dicha labor.⁶ Así mismo, se posibilita que no haya necesidad de que el menor comparezca ante el despacho, para lo cual se deberá enviar el respectivo cuestionario, con la alternativa de adelantar la diligencia a través de audiencia virtual (inciso 2° art. 164).

De igual manera, se señala la sanción y el procedimiento para su aplicación cuando se esté en presencia de un testigo renuente (art. 165) que es el mismo que se implementó para el quejoso temerario (art. 210).

Se fijan parámetros para su recaudo y validez, fijando con puntualidad los parámetros bajo los que se adelanta la diligencia, la amonestación previa al juramento y la necesidad de señalar las consecuencias por faltar a la verdad (art. 168). De igual manera, se señala la ritualidad de este en cuanto a la formulación del interrogatorio y la participación de los sujetos procesales (arts. 173 y 175).

Por último, se habilita para que se pueda recaudar la prueba en el lugar donde se encuentre el testigo que estuviese impedido físicamente para comparecer (art. 169). Se enuncian las personas que pueden declarar bajo certificación jurada y su procedimiento, señalándose que tal derecho es renunciable (art. 170). Finalmente se señalan criterios para su valoración (art. 176).

3.4.4. Peritación (Título VI Capítulo III Arts. 177 a 184)

La prueba pericial, por su misma condición, requiere un mayor grado de regulación, el cual abarca no solamente aspectos relacionados con su decreto, práctica y valoración, sino que debe concebir la manera en que el dictamen sea objeto de contradicción por parte de los sujetos procesales.

Así las cosas, el NCGD señala ante quienes puede acudir la autoridad disciplinaria en el evento de que se presente la necesidad de incorporar pruebas técnico-científicas o artísticas (art. 177). Se establece que quien ejerza la función de perito estará cobijado por el régimen de impedimentos y recusaciones establecido para quienes ejercen la potestad disciplinaria, fijando a su vez el procedimiento para resolverlos en el evento que acaezca dicha situación procesal (art. 178). Así mismo, la posibilidad para el perito de comparecer a rendir testimonio sobre los pormenores de la actividad realizada, lo que naturalmente incluye si idoneidad. (art. 181)

Se describen puntualmente cada una de las diligencias que se deben surtir previas, durante y con posterioridad a la rendición del dictamen. Cobrando importancia la diligencias tendientes a garantizar de forma plena el derecho de contradicción, esto es, que los sujetos procesales en el término procesal del traslado, que es de tres días, puedan solicitar ampliación aclaración o complementación del dictamen, así como de objetarlo por error grave, limitando su procedencia, en este último evento, hasta el momento en que se corra traslado para la presentación de los alegatos de conclusión. En el evento de no concederse el trámite de la objeción se concederá el recurso de reposición (inciso 6° art. 180).

Por último, se regula la incorporación de exámenes médicos y paraclínicos en lo que se refiere al consumo de bebidas embriagantes o sustancias

que produzcan dependencia o que alteren la conducta, fijando una regla para cuando se presente la negativa del sujeto disciplinable a su práctica, tal comportamiento se pueda acreditar por otros medios de convicción (art. 184).

3.4.5. Inspección Disciplinaria (Título VI Capítulo IV Arts. 185- 186)

Tal y como se hiciera la referencia al inicio del presente artículo, desde la consagración en la Ley 200 de 1995 de la visita especial y su ritualidad procesal, no existía un instrumento normativo que regulara tales aspecto, ya que como se señaló la Ley 734 de 2000 simplemente la enuncia como uno de los medios probatorios, pero al remitirnos a la Ley 600 de 2000 para su práctica, encontramos que lo que se encuentra allí regulado es la inspección judicial.

Así las cosas, y como el medio probatorio que de mejor manera se identifica con la naturaleza y características del derecho disciplinario, se enuncia ya no como una mera visita sino que se le da la connotación de la inspección. Se fija su alcance y finalidad; presentándose como el medio idóneo para la identificación e individualización de los autores como para el esclarecimiento de los hechos materia de investigación (inc. 1° art. 185). Así mismo, dado su amplio cubrimiento probatorio se posibilita que en diligenciamiento se puedan recibir testimonios, los que se recogerán en formulario distinto. Importante resulta que se enuncie como uno de los requisitos frente a la recolección de elementos probatorios la preservación de la cadena de custodia (inc. 2° art. 185).

Se dejan sentados los requisitos para su decreto y práctica, tanto en la etapa de investigación como en el trámite de la audiencia, señalándose la necesidad de cumplir con el principio de publicidad (incisos 1° y 3° art. 186) Se consagra la posibilidad de designar perito en la misma providencia o en el momento de su realización (inc. 2° art. 186), para lo cual se deberán tener en cuenta los parámetros analizados en el acápite anterior.

3.4.6. Documental (Título VI Capítulo V Arts. 187 a 195)

Respecto de la prueba documental, el NCGD se ocupa en hacer una claridad respecto de la valor probatorio de la noticia disciplinaria, señalando categóricamente que ni la queja ni el informe ni otros medios que contengan la noticia disciplinaria constituyen por sí mismos prueba, otorgándoles la condición de objeto de prueba (art. 187). Se hace énfasis en la presunción de autenticidad de los documentos que se incorporen a la actuación,

señalándose a su vez que de surgir dudas al respecto se podrán adelantar las diligencias tendientes a su verificación (arts. 188 y 191).

Se torna en imperativo la obligatoriedad para quien tenga documentos que puedan ser útiles en la investigación, de ponerlos a disposición de la autoridad disciplinaria, esto a la luz de la Ley 1437 de 2011. Aquí es bueno hacer la salvedad que la remisión que se hace al artículo 155, como una excepción a lo aquí dispuesto, debe entenderse que se trata es del artículo 154 que se ocupa de regular la prueba trasladada, en la que obviamente hay restricciones para el traslado de los E.M.P y E.F. que no han sido descubiertos, ya que se antepone la previa evaluación del fiscal del caso.

Un aspecto que se recoge de la Ley 1437 de 2011, tiene que ver con los documentos que tienen el carácter de reservado, por quizás lo más relevante es que se consagre el deber de incorporarlos a la actuación en cuaderno separado y, además, la imposibilidad para que los sujetos procesales puedan obtener copias, ya que solamente los podrán consultar.

Finalmente, y dentro de este mismo capítulo, se regula lo atinente a los informes técnicos, estableciendo que estos deben provenir de la información registrada en los libros o en los archivos de entidades públicas o privadas, señalando la forma en que se debe permitir la contradicción y dejando establecido que contra ellos no procede la objeción por error grave (art. 193 a 195). Lo que claramente deja por sentado, conforme a su naturaleza y la forma en que se da su diligenciamiento, la diferencia con los informes periciales.

3.4.7. Indicio (Título VI Capítulo VI Arts. 196 a 199)

La experiencia en el diligenciamiento de los procesos disciplinarios nos ha enseñado que la prueba indiciaria se constituye en un elemento de convicción de importante utilidad, especialmente cuando estamos frente a conductas encaminadas a desconocer los procedimientos legales, para lo cual los autores tratan de blindar de manera artificiosa su comportamiento, dificultándose la acreditación de los hechos a través de los medios probatorios directos. Ahora bien, la prueba indiciaria, en garantía del principio de investigación integral, también se torna vital en pro de acreditar la inocencia del disciplinado o en atenuar la imputación subjetiva y, por ende, la sanción.

Lo anterior se constituye en el presupuesto para que en el NCGD se consagre una regulación referida al indicio, señalando sus elementos que la estructuran (art. 196), la indivisibilidad del hecho indicador (art. 197); que este tenga que estar plenamente acreditado dentro del proceso a través de otros medios probatorios directos (art. 198) y su apreciación conforme a

su gravedad, concordancia y convergencia y, ante todo, su relación con la comunidad probatoria (art. 199).

LA ACTIVIDAD PROBATORIA EN EL PROCEDIMIENTO ÚNICO

Otra de las grandes reformas que se puede apreciar en el NCGD es la adopción de un procedimiento único, en el cual la primera fase, que es escritural, se puede dar en dos escenarios procesales, indagación previa e investigación disciplinaria, esto en el evento en que de la noticia disciplinaria surjan dudas respecto de la identificación e individualización de los presuntos autores. Contrario sensu, si de entrada podemos tener señalado de forma puntual a un sujeto disciplinable y acreditada su relación funcional, lo procedente es iniciar formalmente la investigación. La segunda etapa, el juzgamiento, tiene como principal novedad el diligenciamiento en audiencia pública, primando los principios de oralidad, inmediación y concentración.

La forma en que se consagró el procedimiento disciplinario en el NCGD necesariamente tiene incidencia en la actividad probatoria que se desarrolla al interior de este. Obsérvese como, si bien en el texto original del proyecto no se consagraba de forma taxativa la indagación previa, ya se podía vislumbrar una distinción de los objetivos de la primera fase antes de la vinculación y la investigación disciplinaria. Al haberse incluido la indagación previa como una etapa eventual de la actuación, pero limitado su alcance a la identificación e individualización, el decreto y recaudo probatorio estará encaminado a lograr tal propósito, para lo cual hay que tener en cuenta la reducción de su término a tres meses, lo que demandará agilidad en su trámite.

Ahora bien, no quiere decir esto que en el diligenciamiento de esta etapa preliminar no se puedan incorporar medios probatorios relacionados con los hechos, todo ello en razón a que la única forma de establecer quien pudo haber cometido la conducta es acercándose a la entidad o dependencia donde se suscitó la conducta objeto de la noticia disciplinaria, establecido que efectivamente ocurrió el hecho y que es relevante para el derecho disciplinario, tendrá el funcionario instructor que cruzar esta información con los medios probatorios que determinan funcionalmente quién puede tener algún grado de compromiso, lo que de inmediato habilita la apertura de investigación disciplinaria.

En cuanto a dinámica probatoria en la etapa de investigación disciplinaria, me permito hacer un comentario que si bien puede ser calificado de ambicioso, no por eso deba desecharse.

Cuando se presentaron las diferentes propuestas respecto del procedimiento a adoptarse en el proyecto de reforma, se tuvo como un primer referente el estudiar la posibilidad de separar las funciones de investigación y juzgamiento. Luego de arduas y juiciosas discusiones se concluyó que conforme a la naturaleza de autocontrol del derecho disciplinario y a la estructura de los entes que conforman la estructura de la potestad sancionatoria, no resultaba conveniente y por el contrario generaría traumatismos, especialmente en las oficinas de control disciplinario interno y de las Personerías de los municipios más pequeños, a lo que se suma la consideración de que dicho cambio necesariamente tendría que ser concebido desde una reforma constitucional, aspecto este que fue una limitante para la comisión redactora de la reforma.

Pese a lo anteriormente expuesto, considero que al haberse concebido una primera etapa de instrucción, donde se conserva la escrituralidad y la permanencia de la prueba, el papel protagónico en esta fase recae en quien es comisionado para la práctica de las pruebas y su diligenciamiento. Todo lo contrario sucede en la etapa de juzgamiento, ya que quien tiene la competencia para fallar será quien presida la audiencia y recaude de manera directa los medios probatorios, lo que además de garantizar el principio de inmediación de forma plena, permite la separación, tenue eso sí, de las dos etapas que componen el procedimiento único, lo que sin dudas redundará en una mejor aplicación de justicia disciplinaria.

Concordante con lo anterior, se pudo también advertir que al no tener que soportar esa responsabilidad hasta el último momento de la actuación, el funcionario comisionado o instructor del proceso deberá actuar en este nuevo esquema más como investigador que como juez, incorporando de forma diligente todos aquellos medios probatorios que permitan configurar la formulación de cargos o en su defecto la decisión de archivo.

Distinto escenario es el que se presentará una vez se haya emitido el auto de citación a audiencia y formulación de cargos. Allí la autoridad disciplinaria con competencia para fallar será quien perciba de a través de sus sentidos todos y cada uno de los medios probatorios que se hagan valer en la audiencia. La forma en que se concibió el trámite del juzgamiento permite apegarse a otro principio medular de los procesos verbales, el de concentración, evitando dilaciones injustificadas, resolviendo de manera inmediata

las diferentes situaciones que se presenten y no incurrir en permanentes suspensiones, lo que le demanda al funcionario competente prepararse con suficiencia jurídica y argumentativa.

La práctica probatoria en el transcurso de la audiencia se articula a través de decisiones de decreto y práctica o de negación, las que se adoptan en su interior y son notificadas en estrados, Los traslados de los dictámenes periciales y de los informes técnicos, las solicitudes que se presente por parte de los sujetos procesales deberán apegarse al principio de oralidad. La prueba testimonial deberá llevarse a cabo con la separación de los testigos. Si la este medio de convicción es solicitado por los sujetos procesales, se les deberá conminar para que a través de ellos se le comuniquen y se garantice su presencia. Las visitas especiales, en lo posible, deberán ser una continuación de la audiencia, para lo cual tendrá que ser adelantada por quien preside la audiencia, y solamente cuando se presente alguna situación especial acudir a su recaudo a través de comisionado. Cuando se decreta prueba documental a través de oficio, se deberá informar en la audiencia de su incorporación.

Como se puede apreciar, el tema probatorio fue ampliamente analizado en el NCGD, lo que sin duda redundará en un diligenciamiento más oportuno y, ante todo, con reglas y parámetros propios sin tener que remitirnos a otras normas, lo que se había convertido en una constante. Ahora bien, a los buenos propósitos de la reforma tendrá que sumarse los ajustes estructurales al interior de las oficinas de control disciplinario interno, de las Personería y de la Procuraduría General de la Nación y de la Jurisdicción Disciplinaria que permitan su aplicabilidad. Pero quizás lo más importante será la manera en que los funcionarios investidos de autoridad disciplinaria asuman este reto, entendiendo que los cambios introducidos no son caprichos del legislador o de quien tuvo la iniciativa, sino que están encaminados a lograr que las decisiones que se adopten sean justas y respetuosas del debido proceso.

Referencias

- 1 Artículo 18°.- Prevalencia de los principios rectores. En la interpretación y aplicación del régimen disciplinario prevalecerán los principios rectores, que determina este Código, la Constitución Política y las normas de los Códigos Penal, Procedimiento Penal y Contencioso Administrativo.
- 2 Corte Constitucional, Sentencia C-545 de 2008. M.P. Dr. Nilson Pinilla Pinilla
- 3 Corte Constitucional, Sentencia C-401 de 2013. M.P. Mauricio González Cuervo
- 4 Art. 18. El artículo 235 de la Constitución política quedará así:
(...)
Parágrafo 2°. Para los efectos de los numerales 3 y 4 de este artículo, créanse una Sala de Investigación y Calificación y una Sala de Juzgamiento, las cuales adelantaran respectivamente las etapas de investigación y juzgamiento en la primera instancia de los procesos que se adelanten contra dichos aforados.
(...)
Parágrafo transitorio. Lo dispuesto en el presente artículo sobre investigación y juzgamiento de aforados constitucionales, solo se aplicará para los delitos cometidos con posterioridad a la vigencia del presente acto legislativo.
- 5 Concepto No. C-097/2005 - PAD No. 1335 del 22 de abril de 2005. Posición reiterada en el concepto PAD C-178-11 de 5 de marzo de 2012.
- 6 Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Concepto 122 de 13 de septiembre de 2013.

CONSIDERACIONES
SOBRE LOS FINES
DE LA SANCIÓN EN
EL NUEVO RÉGIMEN
DISCIPLINARIO

RICARDO MARÍA CAÑÓN PRIETO *

** Personero de Bogotá D.C.*

INTRODUCCIÓN

La presente disertación gira en torno de un tópico que no ha sido suficientemente explorado en materia disciplinaria, se trata de los fines que cumple o debe cumplir la sanción impuesta a un servidor público. Por el contrario, en la ciencia del derecho penal se han ensayado diferentes respuestas a tal interrogante, ante lo cual se puede decir que en esa área del saber hay un camino recorrido que en nada resulta despreciable para apoyar algunas reflexiones relativas al derecho sancionatorio de los funcionarios del Estado.

Y es que esta reflexión se muestra de vital importancia para cumplir cabalmente con el papel institucional asignado a los órganos de control, pues la sanción disciplinaria no puede imponerse solamente como una reacción automática frente a la falta, sin ser objeto de un cuestionamiento adicional sobre el papel que cumple el castigo de los servidores públicos en el marco del Estado social de derecho.

Por ello, inicialmente dedicaremos algunas líneas a presentar unas consideraciones fundamentales para abrir la discusión sobre los fundamentos de la sanción disciplinaria, para luego hacer una breve revisión de las teorías que en el derecho penal se han esbozado para fundamentar la punición del delito, para luego presentar algunas inquietudes en donde se recojan parte de esas reflexiones en lo que fuere aplicable a la materia de este evento, y finalmente se contrastarán tales ideas con el nuevo régimen de sanciones propuesto en el proyecto de ley que la Procuraduría General de la Nación ha presentado al Congreso de la República.

LA PROBLEMÁTICA EN EL MARCO DE LAS TEORÍAS SOBRE LA SANCIÓN PENAL

Cuando se nos invitó a participar en este congreso y tuvimos la oportunidad de imaginar y reflexionar sobre el tema que hoy nos ocupa, entendimos que este espacio podía ser el ideal para volver a intentar una búsqueda cargada de sana curiosidad donde volviéramos a pensar sin prevenciones mayores sobre los fines de la sanción disciplinaria. Volver a pensar lo tantas veces pensado,

pasar nuevamente por los mismos conceptos tantas veces repetidos y elaborados, en realidad algo extremadamente interesante por la aparente claridad de dichos conceptos.

Nuestro horizonte entonces tiene que ver con un asunto que inicialmente consideramos concluido, suficientemente estructurado, donde puede uno intentar un recuento de lo abordado y unas muchas o pocas teorías que en diferentes momentos acompañaron la estructuración del fundamento del asunto, esto es, la finalidad de la sanción disciplinaria.

Es aquí donde surge la curiosidad enunciada, ¿Acaso será posible pensar que lo tantas veces concluido, no sea hoy lo suficientemente claro?, ¿que los fines de la sanción disciplinaria tantas veces puestos en discusión y obviamente aplicados, sean hoy todavía en cierta forma confusos?; ¿será acaso que sin quererlo en este y en otros temas pasamos demasiado rápido por el asunto de los fundamentos?

Veamos, en nuestro concepto lo que puede estar pasando. En toda estructuración conceptual el tema de los fundamentos es y resulta obvio que sean considerados como esenciales. En ellos normalmente se plantean las razones o los fines de lo que en últimas se construye, por eso cuando el tema no es un invento la tendencia es a hacer tautología aplicada, es decir, lo tanta veces dicho y entendido es y será siempre suficientemente claro. Nos basamos en principios o verdades provisionales que a fuerza de ser repetidas se convierten en dogmas perdiendo su significado o su función.

En este como en otros temas, resulta casi inevitable que la preocupación por los fundamentos, por el sentido, por la finalidad de lo que hacemos, sean dejados de lado; no porque no los consideremos importantes, sino porque la idea válida de que han sido ya abordados en otro momento y por lo mismo aclarados, resulta casi inevitable y necesaria. En este sentido, es que resulta válido que pensemos con aparente razón: ¿Qué sentido tendría ocuparnos nuevamente de ellos si ya de alguna manera consideramos que han sido resueltos? Este es el caso puntual del tema que hoy nos ocupa: consideraciones sobre los fines de la sanción en el nuevo régimen disciplinario. Todos de una u otra forma pensamos se trata de un asunto más o menos concluido, ¿Cómo podríamos hoy pensar que el esquema disciplinario no tuviese un fundamento que respondiera por la razón de ser del mismo?“. Esto parece abiertamente irracional. Siempre que pretendemos la construcción de un sistema es porque lo consideramos necesario, urgente para algo. De hecho, en las consideraciones que justifican las leyes que los crean, es esa

una premisa esencial. Es por ello que se habla de la exposición de motivos de los esquemas normativos.

Abordar el tema del derecho disciplinario, su finalidad, y entonces la finalidad de la sanción disciplinaria, implica necesariamente que nos coloquemos en posición de reflexión frente a conceptos en apariencia suficientemente claros, o por lo menos con definiciones de ellos que sean las estrictamente necesarias, que no impliquen el riesgo de discusiones más profundas.

Esta forma de evitar lo más problemático ha sido la característica que acompaña la fundamentación de muchas de nuestras concepciones básicas apartándolas entonces de lo más complejo, facilitando el discurso y permitiéndonos acuerdos provisionales, que se tienden a volver definitivos y con pretensiones de verdad común. La invitación que intentamos con este planteamiento es a no volver definitivo lo que es provisional, y entender que las construcciones de los fundamentos no pueden alejar de sí la necesidad de su permanente reflexión, pues por más que lo intentemos siempre serán provisionales e incompletos y por lo mismo merecedores de ejercicios de permanente revisión.

En contraste con lo que podríamos llamar el mundo operacional, el de la técnica, el mundo académico no puede renunciar a la reflexión y a la puesta en cuestión de las conclusiones provisionales que por lo general nos dan tranquilidad, pero que al estimarse como definitivas empobrecen casi de manera inevitable sus contenidos y de contera, afectan la materialización en el mundo de unas formas más completas de gestión de la vida humana.

Cuando preguntamos por los fines de la sanción disciplinaria, no podemos pasar de largo y con tanto afán, por nociones tan “claras” para todos como las de derechos, deberes, individuo, sociedad, Estado, servidor público, responsabilidad, dineros colectivos (mejor que dineros públicos porque estos parecen ya no significarnos), etc., y su forma de interrelacionarse.

Para dar un ejemplo del llamado a la reflexión de estos conceptos, pensemos en el de servidor público, también llamado funcionario público, quien es el destinatario de la sanción disciplinaria. ¿Es suficientemente claro este concepto? Inicialmente uno tiende a pensar que sí, ¿para qué detenernos nuevamente en él? Para empezar, sería bueno que de una vez por todas se les llamara de una sola forma. A nosotros nos parece que indica más la denominación de servidor público, pues tiene una connotación más trascendente, que indica que quienes ostentan esa calificación asumen la responsabilidad y el honor de poder servir a los demás; asunto este que algunos entienden como el mismo sentido de la vida humana. Consideramos

necesario dentro de los fundamentos del derecho disciplinario un capítulo especial de este concepto, pensarlo, estructurarlo y que cuando hablemos de la dignidad humana, concepto que se enuncia permanentemente pero igual no se profundiza, entendamos que el servidor público es indudablemente titular de ella, pero también es su guardián cuando se coloca al servicio de los otros.

En cuanto a la figura del Estado, convendría también repensar el concepto y alcance que le hemos dado, puesto que en el imaginario colectivo está que el Estado es el enemigo del individuo, la amenaza para sus libertades y derechos, o a lo sumo sólo se le entiende como la manifestación jurídica de la Nación. Pero casi ninguno se atreve a ir más allá de esas explicaciones tan “claras”, casi nadie entiende que el Estado no son sólo las instituciones, los ministerios, los departamentos, los municipios, etc., sino que es un escenario dialéctico en donde se funden armónicamente el individuo y la sociedad para realizar los derechos e intereses de ambos de forma integral.

Repensar en esos términos la figura del Estado también permitiría reelaborar muchas de las categorías del derecho sancionador de los servidores públicos, incluso la misma responsabilidad disciplinaria, la cual dejaría de considerarse exclusivamente desde una óptica culpabilista (o individual), para explicarse más en términos de lo colectivo, más en consonancia con la confianza pública que se ha depositado en los servidores del Estado, la cual sin duda eleva el nivel de compromiso que se demanda de ellos.

En ese escenario, cobra plena validez el cuestionamiento sobre el papel que cumple el derecho disciplinario en el marco del Estado social de derecho, el cual debe estar en permanente revisión, en la medida que la función de esta forma de control de la conducta de los servidores públicos siempre tiene como marco de referencia la realidad social que, siempre cambiante, impone también modificar los estándares de validación de lo que hemos llamado derecho disciplinario.

Estas reflexiones que de una u otra manera muestran que no hemos pensado suficientemente los fundamentos de la sanción disciplinaria, también nos muestran que lo que hemos hecho es traer a la discusión las justificaciones de la pena estatal, que para empezar tiene un destinatario diferente, pues la sanción penal va dirigida a todos los ciudadanos, mientras que la sanción disciplinaria sólo se dirige a los servidores públicos y por excepción a algunos particulares cuando desempeñan funciones públicas. De ahí que esa distinta naturaleza obligue a pensar en unas funciones totalmente

diferentes que deben cumplir cada uno de esos ordenamientos, por lo que en materia disciplinaria llama la atención que estemos ante la ausencia de una teoría que justifique la existencia de la sanción disciplinaria y del mismo derecho disciplinario. Todo ese edificio conceptual que implica una especialidad del derecho hoy en día sólo se apoya en un débil filamento, que es el artículo 16 que afirma que el papel de la sanción disciplinaria es la prevención y corrección de los fines que se deben observar en el ejercicio de la función pública.

Alcanzamos a vislumbrar en esta norma que la sanción disciplinaria es un elemento para proteger la gestión pública, pero la manera en que se debe llevar a cabo esa protección está aún por desarrollarse, por teorizarse. Por el contrario, nos hemos limitado a valernos de las construcciones acerca de la pena estatal, las cuales procederemos a revisar enseguida, para luego hacer un breve análisis del estado actual y perspectivas de la función de la sanción disciplinaria.

El *ius puniendi* ha tratado de dar respuesta al problema de la fundamentación de la pena desde varias perspectivas, acudiendo para ello a las llamadas teorías absolutas, las teorías relativas, las mixtas, la teoría del garantismo de Luigi Ferrajoli y la teoría de la preservación de la norma de Günther Jakobs. Las dos primeras denominaciones obedecen al criterio exterior de legitimación de la propuesta, es decir, si la teoría no encuentra más criterio exterior de legitimación que su propia lógica, estaremos ante una teoría absoluta, pero si por el contrario, la validez de la teoría depende de elementos externos a ella misma, se denominará una teoría relativa. Por su parte, las teorías mixtas se edifican sobre la base de la insuficiencia de cada una de las anteriores teorías para explicar por sí mismas la legitimidad de la pena, agrupando todos los fines para tratar de superar las críticas que se les han formulado.

Así las cosas, las teorías absolutas son aquellas que ven la legitimidad de la pena en la realización del valor justicia, el cual, como se puede notar, no depende de ningún elemento ajeno a su propia naturaleza axiológica, mientras que son teorías relativas aquellas que estiman que la pena sólo tiene lógica en la medida que satisfaga necesidades de prevención general o especial, motivo por el cual su legitimidad queda atada al cumplimiento de dichas finalidades. Las mixtas reciben su nombre precisamente de proclamar que la pena responde al mismo tiempo a todos los fines anteriores, es decir sirve tanto para hacer justicia como para hacer prevención general y especial. Veamos cada una de ellas con más detalle:

Las teorías absolutas

Se denominan así porque el interés fundamental que pretenden satisfacer es la necesidad de justicia por parte de la sociedad. En ese sentido, se concibe el delito como un daño que debe ser recompensado para equilibrar el desorden social que ha causado. Entonces, la pena sería la manera en que se restablece el orden quebrantado. Por supuesto, frente a esta teoría caben numerosas objeciones, principalmente en lo que tiene que ver con la capacidad de la sanción para anular los efectos de la acción dañosa que comporta el delito.

Los principales exponentes de esta concepción de la pena fueron Kant y Hegel, para quienes el mal causado con el delito sólo podía ser compensado a través de la imposición de otro mal contra el infractor, pues sólo de esta manera era posible hacer justicia. De ahí que a esta explicación sobre la pena también se le haya denominado *retribucionismo*.

Se puede notar en esta concepción que no interesan los efectos sociales de la sanción punitiva, pues el único propósito al que sirve la pena es el de honrar la justicia que ha sido quebrantada con el delito. Tan radical es el planteamiento en la necesidad de defensa del valor justicia, que Kant ilustró su posición con la siguiente metáfora:

“Incluso, aunque la sociedad civil con todos sus miembros acordara disolverse (p. ej. el pueblo que vive en una isla decidiera separarse y dispersarse por todo el mundo)”, tendría que ser ejecutado antes el último asesino que se hallara en la cárcel, para que cada uno sufra lo que sus hechos merecen, y para que no pese la culpa de la sangre sobre el pueblo que no ha insistido en su castigo.”¹

Frente a esta concepción se ha criticado, en primer lugar que es incapaz de explicar por qué el papel de administrador de justicia penal deba radicar en cabeza del Estado. En efecto, si la realización del delito comporta por regla general un daño infringido por un sujeto en contra de otro, no se ve la razón para que la tarea de reivindicar la afrenta le corresponda al Estado y no al directo afectado.

Esa tendencia a hacer “*público*” el conflicto que en principio es de carácter privado ha estado siempre presente en el derecho penal, lo cual ha redundado en que el papel de las víctimas en el proceso sea restringido, así como también su derecho a recibir la indemnización por el daño causado. Entonces, se ha entendido que con el delito se genera un litigio cuyas partes son el Estado y el infractor, pese a que en casi todas las ocasiones el perjuicio directo recaiga sobre otra persona natural.

De otro lado, se ha reprochado también a esta concepción retribucionista de la pena, que no es del todo convincente que un dolor causado al infractor pueda restablecer el daño por él causado si se tiene en cuenta que está en duda el libre albedrío como fundamento de su actuar. En efecto, si la psicología no ha podido explicar que la conducta humana obedezca al móvil del libre albedrío y no a factores externos que la determinan, no se entiende cómo podría la pena anular el mal causado por alguien que probablemente no pudo escoger un camino conforme a derecho.

Esa duda sobre el fundamento del actuar humano resquebraja el carácter “*justo*” de la pena, pues es a todas luces evidente que no reviste justicia alguna el acto de infligir un dolor a alguien por realizar un acto, si el mismo no fue producto de su libre escogencia.

Finalmente, se ha reprochado al retribucionismo que su propio fundamento comporta un raciocinio poco convincente, pues no se ve cómo la causación de un dolor a la persona del infractor sea capaz de compensar, de eliminar el dolor que éste a su vez causó con el delito. Tal vez esa forma de pensar solo sea el reflejo del más craso ánimo de venganza privada, disfrazado con el ropaje de la justicia. En efecto, si se ve en detalle las cosas, un mal sumado a otro mal no tiene porqué arrojar como resultado la reivindicación del valor justicia, puesto que si el objetivo es restablecer el orden axiológico afectado con el delito, sirven más a ese propósito otras respuestas diferentes a la pena, como la misma reparación a favor de la víctima.

Con ese panorama, se puede concluir parcialmente que resulta muy incierto fundamentar la pena exclusivamente en las teorías absolutas, pues la consistencia de su planteamiento no resiste un examen en relación con la autoridad del Estado para imponer la pena, con la certeza del libre albedrío del sujeto, elemento sin el cual la sanción no puede ser justa, y tampoco satisface la crítica acerca de la capacidad de la aflicción que implica la pena para restablecer el mal causado con la infracción.

Las teorías relativas

Dentro de este grupo se encuentran dos clases de teorías, las de prevención general y las de prevención especial. Se denominan así porque la legitimidad en la imposición de la pena estriba en que ésta sea capaz de producir ciertos efectos en la configuración de la realidad social, ya sea de impedir que reincida el autor de la conducta, o que otros ciudadanos desvíen la suya a raíz del ejemplo recibido por parte del infractor.

La prevención general. Estas teorías hacen énfasis en que la finalidad de la pena es servir para impedir que el conglomerado social infrinja la ley. Para ello, se suele acudir a la confianza en la intimidación que causa la pena cuando es consagrada por el legislador como respuesta abstracta frente a la desviación.

Otros, por el contrario suelen explicar el efecto disuasorio sobre la colectividad no a partir del miedo que la sanción infunde, sino a partir de la capacidad de la norma para inculcar valores positivos en los ciudadanos, pues al difundirse entre ellos la escala de valores que la ley consagra se genera un efecto de disminución de los hechos desviados.

A estas teorías se les ha denominado respectivamente de *prevención general negativa* y *prevención general positiva*. La primera se denomina negativa por cuanto la única finalidad de la conminación sancionatoria sería la de impedir que los individuos se aparten de los dictados de la norma, acudiendo para ello al efecto intimidatorio de la misma.

Por su parte, las teorías de prevención general positiva se fundamentan en que la consagración abstracta de sanciones contra los infractores en la ley penal, tiene la capacidad de inculcar en la ciudadanía los valores que la ley quiere proteger. En otros términos, la amenaza de una sanción genera un efecto *educativo* sobre los ciudadanos, el cual reduce la realización de conductas desviadas.

A este grupo de teorías se le ha criticado -con razón- que si se adoptan como criterio exclusivo de fundamentación de la sanción, se corre el riesgo de aplicar penas demasiado drásticas, pues la efectividad de la prevención de delitos en el conglomerado viene ligada a un mayor efecto intimidatorio causado con la sanción, lo cual sin duda se logra de mejor manera con sanciones más severas y extensas.

Así mismo, se repara en que este criterio fundamentador de la pena no permite distinguir lo que debe ser objeto de sanción, es decir, a partir de la idea de que la pena disuade a la sociedad de cometer conductas inapropiadas no se puede deducir que ese mismo fundamento permita resolver el fondo de lo que debe o no estar proscrito bajo una amenaza de pena, quedando con ello sólo vagamente sustentada la legitimidad del derecho penal como órgano de control social.

De otro lado, también se ha cuestionado la capacidad de la pena para intimidar a ciertos grupos de infractores, puesto que por sus especiales inclinaciones o motivaciones se pueden mostrar incapaces de motivación ante la

amenaza de una sanción penal. Piénsese, por ejemplo, en los que se apartan de la norma por razones pasionales, habituales, o quienes delinquen con motivaciones económicas.

Finalmente, se ha objetado a ese fundamento de las sanciones penales que resquebraja la dignidad de la persona humana, puesto que la manera en que la pena cumple su cometido de prevenir las desviaciones es a partir de la utilización del sufrimiento de un individuo a manera de ejemplo ante la sociedad. Ello iría en contra de la primera ley moral Kantiana, en tanto el hombre pierde su condición de objetivo en sí mismo, para poner su padecimiento al servicio de las necesidades sociales de prevención de las conductas inadecuadas.

La prevención especial. Este subgrupo de teorías ponen el foco de su atención en la evitación de la reincidencia por parte del infractor, para lo cual suelen acudir al más elemental efecto preventivo que genera la privación de la libertad del delincuente o también al efecto resocializador que puede tener una pena entendida como re educación del individuo para que una vez culminada su sanción pueda volver a formar parte de la sociedad debidamente adaptado a sus reglas.

Al igual que las teorías de la prevención general, las de la prevención especial se subdividen en positivas y negativas, dependiendo de si ponen su acento en la inculcación de valores en la persona del infractor, o si sólo buscan su intimidación para evitar la reincidencia.

Las teorías de la prevención especial positiva afirman que la pena tiene un efecto resocializador en el delincuente, quien tras su aplicación tendrá mejores opciones de adaptación social que antes de sufrir su aplicación. Por supuesto, para realizar este papel, la pena debe modificar los patrones de conducta del delincuente, quien a través de la injerencia estatal en forma de sanción penal ve modificada su propia escala de valores para adaptarla a los cánones socialmente aceptados.

Por su parte, las teorías de la prevención especial negativa no reclaman un proceso de mejoramiento en la persona del delincuente, pues asumen que a la pena le basta con evitar la reincidencia del mismo autor del delito. Para ello se considera que mientras dura la privación de la libertad, necesariamente se genera un efecto preventivo que impide al infractor reiterar su comportamiento desviado.

Pero también se puede evitar la reincidencia del delincuente aplicando penas tan drásticas que una vez cumplida la sanción, el sujeto evitará volver a cometer la conducta por el temor de volver a sufrir su aplicación. Es decir

que en este caso lo que evita la reiteración es el más puro miedo de la persona, debido a la naturaleza de la aflicción de que ya fue objeto.

Como se puede notar, el fundamento de la prevención especial negativa no es el ánimo de formar un mejor ciudadano, sino que es solamente la protección de la sociedad, en tanto los esfuerzos se concentran en evitar la repetición de las conductas desviadas que ya cometió uno de los asociados. Desde esa perspectiva la persona del infractor pierde importancia frente al interés superior de la sociedad en impedir la proliferación del delito.

Como reparos a estas teorías se han formulado los siguientes: en primer lugar se ha dicho que con fundamento en la prevención especial se puede caer en una suerte de expansionismo punitivo en cuanto al contenido y temporalidad de las sanciones, puesto que existe una relación directamente proporcional entre la severidad de éstas y la capacidad de impedir la reincidencia de los infractores. Por supuesto, una tendencia al incremento exagerado de las sanciones siempre se mira con mucha prevención, puesto que esa forma de instrumentalizar el derecho punitivo siempre se ha relacionado con los regímenes totalitarios.

Así mismo, se objeta a estas teorías que hay situaciones delictivas que no son susceptibles de repetirse por más que el delincuente así lo quiera, caso en el cual siendo consecuentes con el planteamiento de los partidarios de la prevención especial no habría necesidad de imponer la sanción. Sin embargo, en estos casos suele quedar un remanente retributivo que permite fundamentar la necesidad de la pena. Para ilustrar la situación se cita el caso de los criminales nazis contra el pueblo judío, quienes una vez terminada la guerra se encontraban en imposibilidad absoluta de repetir sus actuaciones, no obstante lo cual se hacía necesario imponerles la pena por razones de justicia y de prevención general.

Finalmente, se reprocha a esta teoría que en el fondo no es más que un acto de fuerza en el que la mayoría de la sociedad se impone al individuo que tiene un comportamiento diverso. En efecto, desde este punto de vista la legitimidad de la sanción reposa únicamente en el hecho de que ella es aplicada por la mayor parte de los asociados, quedando sin respuesta si es moralmente aceptable que a un individuo le sea impuesta externamente una escala de valores con el único argumento de que ello es lo más aceptado en el medio social. Así las cosas, el plano de la actuación correcta se confunde con el plano de la actuación más común, dificultándose distinguir entre lo que se debe hacer y lo que la mayoría hace.

Las teorías mixtas

Este grupo de teorías parten de la consideración de que ninguno de los anteriores fundamentos de la pena se muestra suficiente para explicar por sí mismo la naturaleza de la sanción, motivo por el cual apelan a construir un fundamento que reúna todos los puntos de vista, para afirmar que la sanción sirve a la vez al propósito de hacer justicia, prevenir la reincidencia del infractor y evitar que la sociedad sea proclive al delito.

Para ello, se ha dicho que dentro de este grupo de teorías existen dos vertientes: las teorías de la unión por adición y la teoría de la unión dialéctica o diferenciadora presentada por el profesor Alemán Claus Roxín. Las primeras ponen el acento en la aplicación de la sanción, y sostienen que en ese momento la pena hace justicia, evita la reincidencia y evita la generalización del fenómeno delictivo en la sociedad.

Como se ve, en estas teorías, antes que superar las dificultades que tienen las teorías absolutas y las relativas individualmente consideradas, se termina por potenciar las contradicciones que cada una de ellas padece, pues al sumar los diferentes objetivos de la pena no necesariamente se sobrepasan las críticas que se le ha formulado a cada uno de esos puntos de partida. En efecto, ¿cómo suponer que, por ejemplo, la aplicación de una pena puede a la vez cumplir con el propósito de hacer justicia y de evitar la reincidencia, si puede haber casos de personas que requieran menores o mayores dosis de sanción para no reiterar el comportamiento, con lo cual necesariamente se afecta el baremo de justicia que viene prefijado por la ley para cada comportamiento delictivo?

Entonces, con la simple reunión de todos los fines de la pena en la teoría de la unión por adición se termina por convertir a la sanción penal en un recurso dispuesto para cualquier finalidad, apto para que el legislador acuda a él a su antojo con el fin de satisfacer los más variados propósitos, aunque no tengan ninguna relación con la política criminal. De ese modo termina por deslegitimarse el discurso sobre el tema y se potencia el excesivo punitivismo frente a las conductas desviadas.

Por su parte, la teoría de la unión dialéctica parte de diferenciar los momentos temporales en que la pena cumple determinado papel, pues si bien la sanción es capaz de satisfacer todos los fines que se le atribuyen, no lo hace sólo en el momento de su aplicación, pues en la etapa de consagración abstracta de la sanción en la ley ya se cumple una finalidad, otra se materializa en su imposición al individuo y en la etapa de cumplimiento de la pena se realiza otra finalidad.

Entonces, para el profesor Roxín existen tres momentos diferenciados en donde la pena puede cumplir los fines de justicia y prevención que se le endilgan. Se trata en primer lugar de la prevención general, esto es, cuando la sanción ha sido estipulada en forma abstracta por el legislador en la norma, allí ya se encuentra cumpliendo su papel de intimidación ante la comunidad para evitar que se cometan comportamientos indeseados.

El segundo momento está dado en la individualización de esa sanción a un sujeto concreto cuando ha cometido una conducta prohibida. En ese momento se materializa el valor justicia, esto es, se retribuye con un mal al sujeto que con su acción ha causado otro mal a la sociedad. Y finalmente está el propósito de prevención especial, el cual se verifica en la etapa de ejecución de la sanción, momento en el cual se inoculan en el individuo unos valores necesarios para su correcto comportamiento en sociedad cuando se cumpla el periodo de la privación de la libertad.

Se debe aclarar que la división de los fines de la pena en cada uno de los diferentes momentos temporales que ya se señaló, no comporta para el profesor Roxín la existencia de estancos en donde exclusivamente se cumpla uno de los propósitos de la sanción y no exista relación con los demás. Por el contrario, en cada una de esas etapas lo que se da solamente es la preeminencia de una de las finalidades por encima de las demás, pero siempre existe algún nivel de contacto entre los fines de la pena en cada una de las etapas que se han mencionado. Por ejemplo, no se podría negar que si bien la etapa de ejecución de la sanción realiza principalmente el fin de resocialización del delincuente, en ese momento también se materializan los fines de justicia y de prevención general -aunque residualmente-; y para el caso de la individualización de la pena en la sentencia también se puede decir que si bien su fin primordial es la materialización del valor justicia, en ese momento también se cumplen fines de intimidación hacia la sociedad, es decir, de prevención general.

En todo caso, conviene anotar que para el profesor Roxín cuando entran en conflicto los fines de la pena antes señalados, debe recurrirse al principio de culpabilidad como elemento limitador de la sanción, para que nunca los fines de prevención o retribución estén por encima de la medida de la culpabilidad con que actuó el sujeto, pues así se desprende del principio de dignidad humana que inspira a los modernos Estados sociales de derecho. Esto es, que para efectos de satisfacer las necesidades de prevención general, especial o de retribuir el daño no es posible sobrepasar la pena tasada para el sujeto de conformidad con el grado de culpabilidad con el

que actuó, pues de otro modo se estaría cosificando al individuo para servir a propósitos ajenos a él mismo.

La teoría del Garantismo de Luigi Ferrajoli

Esta propuesta teórica se sustenta en que el fundamento de la pena está en la evitación de castigos incontrolables en contra del delincuente por parte del ofendido o del conglomerado social. En efecto, se acepta que todo comportamiento desviado genera una acción repulsiva por parte de la víctima, la cual puede desembocar en una venganza incontrolada que desconozca el concepto de justicia.

Ante ello, la pena se muestra como una alternativa para racionalizar las represalias sociales ante el comportamiento desviado, canalizando esa venganza a través de un proceso rodeado de garantías suficientes para el procesado. La propuesta es ampliamente desarrollada por el profesor Ferrajoli en su obra *Derecho y Razón*², en la cual plantea principalmente que el objeto de lo prohibido debe estar siempre en el plano de lo convencional, y por lo tanto, alejado de todo sustancialismo que borre la frontera entre el derecho y la moral.

A esta propuesta se le ha objetado que desconoce el problema fundamental de la legitimación de la pena como forma de reacción ante la conducta desviada. En efecto, al afirmar que la pena tiene como objetivo evitar la causación de daños incontrolables producto de la venganza en contra del infractor, nada se dice respecto a la necesidad de que esos posibles daños se eviten a través del mecanismo denominado pena, puesto que para ese propósito de protección del delincuente ante la venganza bien pueden ser útiles otros medios, que no necesariamente deben revestir la forma de pena, y mucho menos representada en su actual manifestación de privación de la libertad.

La teoría del restablecimiento de la norma de Günther Jakobs

El profesor alemán Günther Jakobs formula un planteamiento sobre la teoría de la norma que resulta de especial interés por la consistencia que guarda con los fundamentos sociológicos y filosóficos de toda su teoría del delito. A pesar de que para algunos se pueda reconducir esta propuesta a las teorías retribucionistas o a las de prevención general, se hace necesario efectuar en esta ocasión una referencia a él por las particularidades que ofrece en relación con las demás teorías.

La idea central sobre la pena que plantea el profesor Jakobs es que su objeto no es enviar mensaje alguno a la persona del infractor, ni causar en su conducta una modificación que le permita insertarse en la dinámica social, motivo por el cual descarta de entrada las teorías de la prevención especial como fundamento de la sanción. Por el contrario, estima que el único objeto de la pena es el restablecimiento de la vigencia de la norma, la cual ha sido quebrantada con la realización del delito.

Visto así el fenómeno, pareciera que Jakobs se adscribe en su planteamiento a las teorías absolutas de la pena. Sin embargo, ello no es así, puesto que discrepa de que el fin último de la sanción sea el de compensar un mal causado a la víctima con otro mal causado al delincuente. Por el contrario, su tesis va más allá, y sostiene que si bien la pena causa un mal, su objeto es el de restablecer el orden jurídico desconocido por el infractor, efecto frente al cual, el sufrimiento padecido por el autor del delito sólo resulta ser algo secundario.

Del mismo modo, el restablecimiento en la vigencia de la norma tampoco es sinónimo de prevención general. Al menos no lo es en la primera formulación de la teoría consignada en el Manual de Derecho Penal³. Sin embargo, en una formulación posterior el autor cede en su posición para afirmar que no basta sólo con el restablecimiento de la norma, sino que ese equilibrio debe expresarse en una confianza por parte de los ciudadanos, expresada en términos psicológicos, en que sus intereses jurídicos se encuentran a salvo gracias al imperio del derecho. Con ello parece adscribir su tesis dentro de las teorías de la prevención general.

No obstante lo anterior, su concepto sobre la pena resulta todavía de interés como objeto individual de estudio, toda vez que resulta consistente con el punto de partida sociológico que inspira su teoría del delito. En efecto, Jakobs comparte la tesis de la teoría de los sistemas de Niklas Luhmann, para quien la sociedad está integrada por diferentes sistemas que se comunican entre sí, y que funcionan gracias a códigos de conducta que deben observar sus integrantes para reducir la complejidad social. Esos códigos de conducta están dados por normas jurídicas, cuyo papel es el de garantizar la expectativa de los asociados en que el orden legal se mantenga vigente.

Como se ve, el planteamiento de la pena como restablecimiento de la vigencia de la norma es completamente consistente con el papel que Luhmann da a la norma como estabilizador de las expectativas sociales. Pero a ese planteamiento hay que agregar otra consideración relativa al fondo de la cuestión, que hasta aquí no ha sido superado por Jakobs. Se trata del

fundamento axiológico para que ante la conducta prohibida se deba reaccionar por parte del Estado a manera de pena de prisión.

Para superar este cuestionamiento Jakobs acude a las tesis de Hegel, en donde a partir de la dialéctica encuentra el sustento para afirmar que la pena es la contradicción del acto mediante el cual el delincuente a su vez contradujo el orden jurídico. Bajo ese esquema, la pena se califica con la conocida expresión de la “negación de la negación” del mensaje con el que el delito desconoce la vigencia de la norma.

A lo anterior hay que agregar que según Hegel, el contenido de la sanción reivindica al infractor, puesto que con su conducta desconoció el pacto social que lo hace merecedor de su condición humana. En efecto, la calificación como “persona” sólo se atribuye a aquellos sujetos que se comportan de acuerdo a las expectativas que la sociedad ha fijado a través de normas jurídicas, y cuando alguien se aparta de esas expectativas cometiendo un delito, también desconoce voluntariamente su condición de persona. Pese a ello, puede volver a recuperar tal calificación si se somete a la expiación que supone la pena. Así, se puede entender cabalmente la expresión Hegeliana según la cual “el delincuente tiene derecho a la pena”, pues a través de ella el infractor puede recuperar la condición de “persona” que ha perdido gracias a su acto delictivo.

Con esa breve revisión sobre las teorías de la pena, podemos ahora ensayar algunas reflexiones aplicables a los fines de la sanción disciplinaria, las cuales se expresan en el siguiente acápite.

REFLEXIONES APLICABLES EN DERECHO DISCIPLINARIO

Lo primero que cabe decir con relación a la sanción disciplinaria es que frente a la pregunta por el objeto que ella persigue no resulta suficiente conformarse con el contenido del artículo 16 de nuestra actual Ley 734 de 2002, según el cual aquella “tiene función preventiva y correctiva, para garantizar la efectividad de los principios y fines previstos en la constitución, la ley y los tratados internacionales, que se deben observar en el ejercicio de la función pública.”⁴

Y no resulta suficiente tal aseveración, porque el objetivo de la sanción disciplinaria debe estar sujeto a una comprobación empírica, pues no se puede confundir los fines que se quiere que cumpla la sanción, con los fines que en realidad la misma satisface, pues tal imprecisión en los planos de la

discusión comporta un típico caso de sofisma de petición de principio, al dar por sentado aquello que precisamente debe ser objeto de demostración.

Entonces, lo que se quiere poner de presente en este escrito es que el discurso generalizado da por sentado que el derecho disciplinario es una herramienta útil para proteger los principios de la función pública, no obstante lo cual esa afirmación nunca ha sido objeto de comprobación empírica, por lo que es necesario examinar tal proposición con más detalle. Por el contrario, no podemos negar que para todos resulta deseable que así sea, es decir, que la sanción disciplinaria debería facilitar el correcto funcionamiento del aparato estatal, pero la verdad es que no estamos en capacidad de aseverar con total seguridad que el derecho sancionador de los servidores del Estado sea una herramienta apta para realizar los fines que a éste le corresponden.

Y es que la realización de los cometidos del Estado no sólo depende de que se impongan sanciones por cuenta de su incumplimiento, pues también hay que tener en cuenta otros factores como los recursos disponibles, el grado de profesionalización de la función pública, la correcta planeación del objeto misional de las diferentes entidades, etc. En atención a ello consideramos que se requiere una reflexión académica profunda sobre la finalidad que se necesita realizar a través del derecho disciplinario, para luego confrontar si ese objetivo se puede alcanzar por medio de las sanciones que se han contemplado dentro del catálogo de la ley vigente.

Así las cosas, con la previa revisión de las contradicciones y críticas formuladas a la teoría de la sanción penal, esta disertación constituye una invitación para que en el ámbito de lo propio, los operadores de la ley disciplinaria realicemos un esfuerzo por teorizar cuál es el objetivo que pretendemos conseguir con las sanciones que se imponen a los servidores públicos cuando incumplen o se extralimitan en el ejercicio de sus funciones.

La primera de las consideraciones que se debe poner de presente es que no resulta apropiado acudir a un único criterio fundamentador de la sanción disciplinaria, así como tampoco se debe invocar simple y llanamente a la teoría de la unión por adición en el afán de sortear las limitaciones que tienen las teorías absolutas y relativas individualmente consideradas, porque según la revisión anterior, todas desnudaron su incapacidad para resolver el problema del fin de la sanción penal, y por ende también carecen de suficiente capacidad para explicar la razón de ser de la sanción disciplinaria. Por eso el mejor camino para explicar el fundamento de la *pena disciplinaria* quizás sea acudir a una adaptación de la teoría de la unión dialéctica esbozada por Roxín para el derecho penal, pero que tenga en

cuenta la especificidad de la función pública, el sentido de esta y el papel que deben cumplir los servidores públicos como destinatarios del esquema disciplinario.

En el marco de esa teoría de la unión dialéctica, en que la culpabilidad cumple un papel limitador, cabría señalar que también en derecho disciplinario serán preferibles todas las modalidades de sanción que se alejen de la simple intimidación –llámense prevención general o especial-, para en su lugar potenciar la inoculación de los principios de la función pública en los servidores sancionados, porque la medida de las sanciones que sólo buscan la prevención negativa siempre es mayor que las medidas de reentrenamiento, y por lo tanto las primeras suponen una mayor tendencia a ir en contra de la medida de la culpabilidad con que actuó el sancionado, mientras que aquellas sanciones que privilegien la prevención positiva –sea general o especial- no precisan del mismo grado de severidad, y por lo tanto son menos proclives a desconocer la medida de la culpa con que haya actuado el disciplinado.

Es decir que las sanciones que sólo buscan intimidar al infractor tienden a ser más agresivas que aquellas otras que buscan mejorar su desempeño como servidor público. Por esa razón son preferibles todas las medidas que instruyan al infractor, pues ellas se corresponden mejor con el quantum de la culpabilidad.

Así mismo, las reflexiones aquí presentadas deben entenderse en el marco de una dificultad que es natural al actual sistema de sanciones disciplinarias en nuestro país. Se trata de la diversidad de respuestas que contempla la Ley 734 de 2002 frente a la falta, lo cual obligaría en estudios más detallados a analizar cada una de esas modalidades de acuerdo con las diferentes teorías antes planteadas. Por supuesto, ello hace la tarea más difícil que lo que ha sido en derecho penal, en donde la única manifestación de la pena como privación de la libertad sólo obliga a evaluar una modalidad de respuesta ante el delito de acuerdo con las teorías vigentes sobre la pena, amén de ocuparse también del problema de la necesidad y proporcionalidad de la sanción.

Contrario sensu, en derecho disciplinario no sólo se deben analizar los tópicos cuantitativos sobre la necesidad y proporcionalidad de la sanción, sino que también es preciso estudiar por separado la justificación de la destitución, la suspensión, la multa y la amonestación a la luz de las teorías absolutas, relativas, la del garantismo y también la de la vigencia de la norma. Aunque es evidente que las dimensiones que reviste tal problema

sobrepasan el estado actual de avance de la ciencia del derecho disciplinario, esa situación no puede sino ser una invitación para que afrontemos la tarea lo más pronto posible, pues una reflexión de tal naturaleza es urgente en nuestro campo de estudio. A despertar ese interés conducen estas líneas.

En nuestro criterio, conviene también tener en cuenta que salvo para el caso de la sanción de destitución, la prevención especial negativa no se puede alcanzar con el mismo rigor a través de las sanciones disciplinarias de suspensión, multa o amonestación. Ello es así por cuanto la mayor expresión de evitación de la reincidencia está en la anulación total del individuo como sujeto de comunicaciones jurídicamente relevantes, y ese efecto se alcanza en derecho penal con la privación de la libertad, que en nuestro campo de estudio se equipara a la exclusión de una persona del ejercicio de la función pública que comporta la destitución.

Por supuesto, no pretendemos afirmar que deba generalizarse la modalidad de destitución como respuesta ante la falta disciplinaria, sino que se trata de poner de presente su capacidad y limitaciones, máxime si se considera que su efecto sólo es temporal mientras están vigentes la destitución y la inhabilidad que le acompaña como sanción accesoria.

De otro lado, no se desconoce que el efecto preventivo frente al infractor no sólo se consigue con su exclusión del ejercicio de la función, pues también se intimida el disciplinado cuando en su psiquis ve la posibilidad de volver a sufrir una sanción de suspensión, multa o amonestación. Lo que se quiere expresar es que si sólo se trata de evitar la reincidencia, la sanción de destitución resulta ser la más eficiente, pero debe reservarse para aquellos casos en que la única alternativa frente a la falta sea expulsar al sujeto del seno de la función pública.

No obstante lo anterior, se debe considerar que el único efecto buscado con la destitución no es impedir la reincidencia del servidor sancionado, pues también habrá una necesidad represiva fundamentada en la prevención general y en la retribución por el daño causado a la función pública.

Así mismo, si se quisiera plantear una teoría de la unión dialéctica o diferenciadora de los fines de la sanción disciplinaria, cabría hacer algunas precisiones como las siguientes: el primer momento de la sanción, esto es el de su consagración abstracta en la ley, representaría con mayor énfasis el fin de prevención general, al tiempo que la dosificación concreta de la sanción en el fallo sería la materialización de la justicia, y finalmente al momento de su ejecución estaríamos ante la realización del fin de prevención especial.

Este planteamiento es muy cercano al esquema de Roxín para el derecho penal, pero habría que agregar que en los momentos en que se realiza el fin preventivo, esto es, la consagración de sanciones abstractas en la ley y la ejecución de las mismas, actualmente se privilegia la modalidad negativa de prevención antes que la positiva, puesto que el mensaje para los funcionarios y el disciplinado no es de pedagogía sobre los principios de la función pública o sus deberes concretos, sino que se concentra en la mera intimidación para evitar que los restantes funcionarios se aparten de sus deberes o que el infractor reitere su comportamiento.

Se deriva de lo anterior que el actual régimen de sanciones que contempla la ley disciplinaria no concentra sus esfuerzos en la prevención especial positiva, pues no se ve efecto educador alguno en las sanciones de destitución e inhabilidad, suspensión, multa o amonestación. Ante ello, valdría la pena pensar si, para determinadas faltas, por ejemplo las culposas o las cometidas en error de derecho, se debe modificar el catálogo de sanciones de tal forma que la modalidad represiva facilite el entrenamiento del infractor en aquellas normas por cuyo desconocimiento fue cometida la falta.

Así las cosas, se podría pensar en sanciones accesorias cuyo contenido implique para el infractor la obligación de realizar cursos de actualización por su propia cuenta, como requisito para retornar a la función. Incluso, si se entiende la prevención especial positiva de forma amplia, se podría pensar que algunas modalidades de resarcimiento del daño impuestas en forma de sanción también contribuyen a inculcar en el servidor sancionado los valores propios de la función pública consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política, piénsese, v.gr: en que la sanción principal se ve acompañada de una obligación accesoria consistente en capacitar a otros funcionarios mediante conferencias o talleres en donde se traten temas relacionados con la falta cometida. También sería consecuente con la prevención especial positiva que el infractor deba realizar algunas tareas pedagógicas a favor de la comunidad que redunden en la masificación del conocimiento del ordenamiento jurídico o las funciones de las agencias del Estado, y en especial de sus derechos como ciudadanos.

De forma concomitante, dentro del marco de la teoría de la unión diferenciadora se debe señalar que el papel limitador de la culpabilidad frente a los fines de la sanción es menor en el derecho disciplinario que en el derecho penal, puesto que los destinatarios en nuestro campo de estudio son sujetos activos calificados, y por lo tanto entrenados para cumplir con el deber

encomendado, lo que en consonancia con la relación especial de sujeción que los vincula, eleva el nivel de diligencia con que deben obrar.

Así las cosas, en derecho disciplinario se admitirán con mayor laxitud aquellas situaciones en que por privilegiar la vigencia de los principios de la función pública, o por reentrenar al funcionario disciplinado, sea necesario imponerle sanciones que se equiparen o incluso sobrepasen la medida de la culpabilidad con que cometió su conducta. Tal sería el caso, por ejemplo, de sanciones por faltas especialmente dañosas, como las que atentan contra el DIH, en donde a pesar de haberse actuado con imprudencia o en error de derecho, la tasación de la sanción se podría acercar más al quantum del dolo que en otras faltas culposas de menor gravedad.

Del mismo modo, en virtud de lo que podríamos denominar como el principio de *re-entrenamiento* del servidor público, el cual sería el símil disciplinario del principio de resocialización penal, se podría también ensayar modelos de ejecución condicional de la sanción para algunas faltas menores, lo cual también podría aplicar para las faltas culposas o cometidas en error de derecho. Es decir que algunas faltas tendrían sanciones cuya aplicación dependa del comportamiento posterior del infractor, o también de que éste restablezca de alguna manera los principios de la función pública que fueron desconocidos con su conducta.

De otro lado, en virtud de que el derecho disciplinario –a diferencia del derecho penal- tiene un alcance limitado en cuanto a sus destinatarios, el fin de prevención general merece un entendimiento particular en el sentido de que las sanciones sólo están dirigidas a evitar que los servidores públicos imiten comportamientos alejados de sus funciones. No obstante lo anterior, también se puede estimar que la confianza de los particulares en el cumplimiento de las funciones de los servidores públicos es otra manera de entender el principio de prevención general.

Para estos efectos resulta importante considerar la teoría de la vigencia de la norma que desarrolla el profesor Jakobs, pues en virtud de que servir al ciudadano es el único objeto que tienen el Estado y sus funcionarios, la percepción de estos últimos frente al correcto ejercicio de la función pública sería el equivalente disciplinario de la estabilización de expectativas normativas que cumple la sanción penal.

En ese sentido, la sanción frente a las faltas más dañosas debe tener una severidad tal que permita estabilizar el conflicto social generado con su realización, puesto que dichas infracciones no sólo desconocen los principios de la función pública, sino que resquebrajan la confianza de la comunidad

en su vigencia, sobre todo cuando se cometen por los más altos funcionarios del Estado, ya que su exposición mediática es el referente físico de la función pública que perciben los ciudadanos.

Por lo anterior, se puede colegir que en derecho disciplinario la prevención general negativa tiene un alcance limitado a los funcionarios públicos, mientras que la prevención general positiva busca generar unos efectos en los servidores del Estado y también en los particulares, siendo tal vez más importante en este último caso, el efecto causado en los ciudadanos antes que el efecto causado en los servidores públicos.

Lo anterior por cuanto la sanción disciplinaria impuesta a un servidor público concreto tiene menos fuerza para inculcar valores positivos en los demás funcionarios del Estado, que para revitalizar la confianza de los ciudadanos en la vigencia de los principios que rigen la función pública. Por ello, incluso podríamos ir más allá para señalar que en materia de prevención general de la sanción disciplinaria, su aspecto negativo comporta un mensaje dirigido exclusivamente a los funcionarios públicos, mientras que su aspecto positivo comporta un mensaje dirigido principalmente a los particulares.

Consecuencia de lo anterior es que en el marco de la función pública se puede afirmar que la prevención general se realiza mejor con un control efectivo por parte de los órganos encargados de administrar el poder disciplinario, que con la consagración abstracta de sanciones muy severas que por muchos factores finalmente no se puedan aplicar. En ese sentido, para efectos de persuadir a los posibles infractores sirve más una sanción cierta que una sanción demasiado drástica que solo se quede en el papel.

A ello se suma que la finalidad de prevención general se entorpece por factores inherentes al funcionamiento mismo de los órganos que administran la justicia disciplinaria, puesto que la congestión y el inadecuado uso de las técnicas de indagación e investigación conducen finalmente a la declaración de nulidades, prescripciones y absoluciones que envían un mensaje desfavorable a funcionarios y ciudadanos sobre la vigencia de los principios que rigen la función pública.

En ese sentido, la labor de los operadores, entendida como la aplicación eficiente y oportuna de las normas sancionatorias resulta de vital importancia, pues esa tarea es inescindible del cumplimiento mismo de la finalidad atribuida a la sanción disciplinaria. Así las cosas, podríamos decir que no importa lo bien intencionada o pertinente que sea la sanción en relación con el objetivo que persigue si el proceso no llega a una decisión de fondo, pues

un proceso mal orientado desde el punto de vista técnico puede fracasar en el camino y no permitirá que la sanción produzca la finalidad deseada.

Por ello, tal vez sea oportuno recordar el adagio que reza: “justicia tardía no es justicia”, a lo cual podríamos agregar que tampoco hay justicia cuando los procesos prescriben en nuestros despachos o cuando tenemos que absolver aplicando la duda por no haber recaudado adecuadamente las pruebas necesarias para decidir de fondo.

Entonces, a pesar de que la equivocada aplicación de las herramientas teóricas no pueda llevarnos a invalidar las mismas, si es importante recordar que de nada sirve una profunda teorización sobre los fines de la sanción disciplinaria si los funcionarios encargados de aplicarla no asumimos nuestro papel con eficiencia y responsabilidad, con “disciplina”, siendo conscientes de que en últimas, el mensaje que reciba la comunidad y el funcionario infractor al imponer un correctivo disciplinario reposa sobre nuestros hombros.

Finalmente, con relación al nuevo régimen de sanciones propuesto en la reforma, podemos señalar que se mantienen los mismos fines preventivos y correctivos y se elevaron a la categoría de principios la proporcionalidad y razonabilidad en la imposición de las sanciones. No obstante lo anterior, parece que el mayor esfuerzo se concentró en acompasar el régimen de sanciones de acuerdo con el principio de proporcionalidad, especialmente en lo que tiene que ver con modificar la equiparación punitiva entre el dolo y la culpa gravísima.

Lo anterior por cuanto se mantuvo el término de inhabilidad de 10 a 20 años para las faltas gravísimas dolosas, pero se redujo de 3 a 10 años para las gravísimas realizadas con culpa gravísima. Por su parte, se consideró que responde mejor al criterio de la proporcionalidad incrementar hasta dos años el límite de la suspensión para las faltas gravísimas realizadas con culpa grave, y hasta 18 meses para el caso de las faltas graves realizadas con dolo.

De la misma manera, se consideró que era más apropiado reducir el límite de las multas para las faltas leves dolosas, pasando de 180 días a sólo 90, por cuanto la naturaleza de esa clase de infracciones no se compadecía con una sanción que podía llegar a privar de su salario por medio año a un servidor del Estado, lo cual se muestra evidentemente desproporcionado.

Como se ve, el mayor esfuerzo de la reforma en lo que a la finalidad de las sanciones se refiere, tuvo que ver con la proporcionalidad de las mismas, lo cual ya es un avance en la materia, pero en un examen honesto de la misma, habrá que decirse que es incompleto en la medida que sin haber suficiente

claridad sobre el objetivo que debe cumplir cada modalidad de punición disciplinaria, todo juicio de proporcionalidad se muestra incompleto, pues a la ponderación que encierra la proporcionalidad le falta el referente conforme al cual se va a realizar la comparación con el daño causado al infractor.

En especial, se puede constatar que se extrañan nuevas modalidades de sanción que permitan realizar la finalidad de prevención especial positiva, esto es, que obliguen al disciplinado a hacer su propio re entrenamiento con recursos propios, para que desempeñe mejor la función pública encomendada, lo que podría reportar mayores beneficios para el funcionamiento del aparato estatal que las actuales formas de represión disciplinaria.

Por supuesto, las observaciones aquí presentadas no implican reducir la apreciación sobre el importante avance que la reforma encarna, puesto que ya en otros temas como el procedimental se superan muchas dificultades actuales de la práctica disciplinaria. Lo que se pretende con esta intervención es poner de presente que la pregunta por el fin de la sanción disciplinaria no puede simplemente satisfacerse con el dogma de que ella sirve para corregir y prevenir, pues más allá de esas fórmulas genéricas hay muchas consideraciones pendientes.

Finalmente, debemos afirmar que la teoría de la sanción disciplinaria es una de las múltiples aristas en donde el objeto de nuestra práctica cotidiana se muestra más fértil y urgente de reflexión. En otros términos, compartimos la idea de que el derecho disciplinario es una ciencia aún muy joven y por ello con variadas opciones de producción académica, lo cual, lejos de desalentar nuestros esfuerzos, constituye el motivo para redoblarlos en aras de mejorar nuestro papel como servidores del Estado.

Muchas gracias

Referencias

- 1 ROXIN, Claus. Problemas básicos del derecho penal. Trad. de Diego Manuel Luzón Peña. Ed. Biblioteca jurídica de autores españoles y extranjeros. Madrid, 1976. Pág. 12.
- 2 FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón - Teoría del Garantismo penal. Ed. Trotta. Madrid, 2001. 1020 págs.
- 3 JAKOBS, Günther. Derecho Penal Parte General, Fundamentos y teoría de la Imputación. Ed. Marcial Pons. Madrid, 2007. 1113 págs.
- 4 “Artículo 16. Función de la sanción disciplinaria. La sanción disciplinaria tiene función preventiva y correctiva, para garantizar la efectividad de los principios y fines previstos en la Constitución, la ley y los tratados internacionales, que se deben observar en el ejercicio de la función pública.”

RÉGIMEN DE
SANCIONES
EN EL NUEVO
CÓDIGO GENERAL
DISCIPLINARIO: Proyecto
de Ley 055 de 2014 del
Senado de la República
y 195 de la Cámara de
Representantes.¹

GUSTAVO A. CASTRO CAPERA *

** Veedor Procuraduría General de la Nación*

CONTENIDO

LÍNEAS PREVIAS: ANTECEDENTES DEL PROCESO LEGISLATIVO DEL	
CÓDIGO GENERAL DISCIPLINARIO231
RÉGIMEN DE SANCIONES EN EL NUEVO CÓDIGO GENERAL DISCIPLINARIO .	.236
CRITERIOS SOBRE LA GRAVEDAD O LEVEDAD DE LAS FALTAS:251
TEMA REFERIDO CON ALGUNOS CRITERIOS ATENUANTES Y AGRAVANTES	
DE LA GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN:253
EXCLUSIÓN DEL SISTEMA DE CUARTOS COMO FORMA DE TASACIÓN	
SANCIONATORIA EN MATERIA DISCIPLINARIA:255
DEL QUANTUM DE LAS SANCIONES DISCIPLINARIAS ADOPTADAS POR	
EL CÓDIGO GENERAL DISCIPLINARIO:258
ELIMINACIÓN DE LA AMONESTACIÓN COMO CORRECTIVO DISCIPLINARIO	
DE LAS FALTAS LEVES CULPOSAS:261
DEL BENEFICIO POR CONFESIÓN:261
DEL RÉGIMEN DE SANCIONES PARA LOS NOTARIOS:265
DEL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD EN LAS FALTAS GRAVÍSIMAS	
COMETIDAS CON CULPA GRAVÍSIMA:266

Se ha culminado el trámite legislativo iniciado a través del proyecto de Ley 055 del 6 de agosto de 2014², presentado por el Jefe del Ministerio Público y el señor Defensor del Pueblo, por el cual se expide por el Congreso de la República el Código General Disciplinario, que constituirá una nueva carta de navegación en el ejercicio del Derecho Disciplinario en Colombia.

Como testigo de excepción podemos presentar algunos argumentos que subyacen dicha iniciativa y que no –precisamente- se pueden explicitar directamente de su texto literal, en razón de que toda creación humana, en la cual confluyen múltiples voluntades, cobra vida propia³, se aparta de las ideas originales, pero en últimas, esos propósitos iniciales sirven de referentes sistemáticos para lograr un significado más aproximado al deber ser de las nuevas instituciones jurídicas.

Sobre la necesidad de la reforma ya se han ocupado varios eruditos que han explicado la virtud de la nueva codificación. Hablar del régimen de sanciones es tratar un tema transversal que está relacionado en forma directa con los siguientes tópicos incorporados a saber: contar con un cuerpo normativo mejor sistematizado en cuanto a un catálogo axiológico más completo de principios; a la tipicidad más elaborada de las faltas disciplinarias, evitando la reiteración de mandatos generales (prohibiciones) y, luego, como faltas gravísimas; un procedimiento más ágil y expedito a tono de las orientaciones de la oralidad – no como sistema procesal sino como herramienta procedimental-; inclusión de los derechos de las víctimas en su nueva condición de sujetos procesales– por excepción-; una estructura probatoria propia, pese a su origen penalista; el incursionar en las definiciones de dolo y culpa en sede disciplinaria; la abolición de la remisión primigenia a la tipicidad penal, en tratándose de las faltas gravísimas; la exclusión de elementos subjetivos para la calificación final sobre la gravedad o levedad de la falta; aspectos que por su amplitud y profundidad sólo permite desarrollar -en forma puntual- la dialéctica que precedió a la norma básica y directa que configura el catálogo de faltas y sanciones, sin perder de vista que el nuevo Régimen de Sanciones en el Código General Disciplinario es sólo la consecuencia en el cambio de los paradigmas en los ejes temáticos antes anotados.

La pretensión no es cerrar los espacios de crítica y evolución que deben tener los sistemas jurídicos, por el contrario, es persistir en algunas ideas que no fueron desarrolladas por el Legislador o tuvieron un destino diferente a los que el grupo multidisciplinario⁴ quiso con la iniciativa presentada el pasado 6 de agosto de 2014. Pero hay que advertir, pese al imaginario

colectivo que ha hecho curso sobre el papel mínimo de nuestro legislador, que existió un ánimo de construir y mejorar “sobre lo ya construido” por parte de los ponentes en Senado y Cámara; que muchas veces sus ideas mejoraron los textos trabajados desde la Comisión de Reforma y que, además, fueron nutridos y ampliados en contenido y sustancia por la sociedad civil en los foros públicos organizados en las ciudades de Bogotá, Ibagué, Pasto, y en el propio Congreso de la República.

La metodología empleada será la de establecer unos puntos de partida del tema, luego revisión de los antecedentes legislativos consignados en las Gacetas del Congreso de la República, en las intervenciones de algunos ciudadanos e instituciones en dicho trámite y, por último, el desarrollo de algunas ideas que pueden explicar el impacto en la praxis de la actividad disciplinaria del nuevo sistema de sanciones que fue consagrado.

LÍNEAS PREVIAS: ANTECEDENTES DEL PROCESO LEGISLATIVO DEL CÓDIGO GENERAL DISCIPLINARIO

La imposición de las sanciones como consecuencia del poder de imperio del Estado sobre los ciudadanos, ha recorrido un largo camino para excluir los motivos arbitrarios y subjetivos que puedan manchar el producto final de todo procedimiento judicial o administrativo que tenga como finalidad la prevalencia de la justicia y la búsqueda de la verdad material. Indudablemente, procedimiento en donde se haya satisfecho plenamente las garantías debidos a las personas que en él intervienen.

La imposición de la sanción viene precedida de un debido proceso, que para el tema que nos ocupa se va a centrar en el proceso intelectual de la tasación del *quantum* previsto en la ley. Hay un principio de legalidad de las penas que constituye una cláusula pétrea para la autoridad disciplinaria y dada la estructura de la sanción, en general, entre un mínimo y un máximo, allí entran en juego diversos criterios de atenuación y agravación fijados por el legislador, pero que no son suficientes para asignar en cada caso el monto de la sanción.

La potestad disciplinaria sancionatoria se enmarca dentro de la potestad de gestión de la Administración en procura de la consecución de sus fines y funciones, valores del orden jurídico institucional y complemento de la potestad de mando, necesarias para el cumplimiento de las decisiones administrativas.⁵ “*Con esta potestad disciplinaria se busca de manera*

*general el logro de los fines del Estado mismo y particularmente asegurar el cumplimiento de los principios que gobiernan el ejercicio de la función pública, cuales son el de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad”.*⁶

La finalidad de la sanción disciplinaria fue consagrada en el artículo 5° del Código General Disciplinario en atención a su doble dimensión que corresponde a las finalidades tradicionales de la sanción en el régimen general penal como es el de la prevención general positiva y negativa, y de la prevención especial, positiva y negativa, al otorgarle también un fin correctivo, siempre en procura de unos fines en su aplicación los cuales son “*garantizar la efectividad de los principios y fines previstos en la Constitución, la ley y los tratados internacionales, que se deben observar en el ejercicio de la función pública*”.

La sanción existe y se impone porque está de por medio la materialización de los pilares del Estado social de derecho, socavados con la conducta reprochable de uno de sus agentes. La finalidad de la sanción disciplinaria no es simplemente disuasoria o correccional, es también instrumental para alcanzar los fines y valores a los que la organización estatal debe su razón de ser dentro de dicho modelo. Cada actuación disciplinaria pone vigente los paradigmas que el agente ha trasgredido y, en razón de su existencia y preponderancia, se le imponen sobre el comportamiento desviado a través de una sanción.

El legislador optó por consagrar unos principios rectores para mensurar el correctivo a imponer. El Código General Disciplinario consagró:

Artículo 6°. *Proporcionalidad y razonabilidad de la sanción disciplinaria.* La imposición de la sanción disciplinaria deberá responder a los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

La sanción disciplinaria debe corresponder a la clasificación de la falta y a su graduación de acuerdo con los criterios que fija esta ley.

Se cambió el epígrafe del artículo, que originalmente traía el de “principios de la sanción disciplinaria” con el fin de resaltar los parámetros que debe tener la dosificación de la sanción disciplinaria. Se quiso adicionar como otro principio rector el de “necesidad” pero se señaló que ante la naturaleza axiológica propia del derecho disciplinario, que constituye una “*ética juridizada*” donde prima el desvalor de acción la imposición del correctivo sólo podría excluirse en atención a la presencia de causales justificatorias

o de inculpabilidad y se hablaría de una conducta sin los matices de la falta por ausencia de una categoría dogmática; pero estructuradas todas sus categorías es preciso, al ser su consecuencia lógica, la imposición de la sanción.

La tradición penalista, en donde algunos eventos hacen innecesaria la imposición de la pena⁷, no son referentes dogmáticos en sede disciplinaria porque consideramos que esta área del derecho es el instrumento jurídico directo para asegurar por parte de los agentes estatales y particulares destinatarios la realización de los fines y valores de nuestro Estado social de derecho. Ya no se puede seguir concibiendo como un derecho correctivo-laboral-administrativo; ni el espacio de materialización de relaciones especiales de sujeción simplemente; tampoco es el agenciamiento de intereses particulares; menos el desarrollo de un escenario de partes.

Entendida la esencia del Estado social de derecho como la pretensión de la materialización de los derechos fundamentales de los asociados y enmarcado el derecho disciplinario como un instrumento propio para lograr dicha realización objetiva, más allá del control de la conducta de sus destinatarios ante el incumplimiento de sus deberes, es indudable que la imposición de la sanción no puede estar supeditada al criterio de “su necesidad”. Será siempre –ontológicamente- indispensable su imposición como elemento de la prevención general y supremacía de los valores estatales ante el comportamiento desviado de sus agentes.

La aflicción de la sanción disciplinaria por su imposición no conlleva otras circunstancias secundarias negativas al conglomerado social, como sí sucede en materia penal, por ejemplo, las penas privativas de la libertad en centros confinados no permiten la resocialización del transgresor sino todo lo contrario, lo que demuestra una de las falacias del derecho penal que ha dado pie a corrientes abolicionistas o de mínima intervención.

El principio de proporcionalidad en el régimen sancionatorio disciplinario implica que la sanción debe obedecer a unos fines, que no son otros que la efectividad de los principios que rigen la función pública y, a través de ellos, de los valores y principios de nuestro Estado social de derecho. *“Respecto de la sanción administrativa, la proporcionalidad implica también que ella no resulte excesiva en rigidez frente a la gravedad de la conducta, ni tampoco carente de importancia frente a esa misma gravedad”*.

El anterior artículo 18 del CDU refería el principio de proporcionalidad vinculando la sanción con la gravedad de la falta y ajustándola siguiendo

los criterios previstos expresamente por el legislador para el efecto. Ahora se pretende es adicionar otros referentes a la autoridad disciplinaria para imponer el correctivo sancionatorio con la expresión “*La sanción disciplinaria debe corresponder a la clasificación de la falta*”, se va más allá del concepto de “gravedad”, muy atado a la teoría tradicional de la pena en donde la sanción era delimitada por el daño ocasionado a los bienes jurídicos, primero, y, luego, se acudía a la forma de culpabilidad, la cual realmente debe ser el límite máximo y el parámetro para mensurar el castigo del autor dentro de un ámbito normativo ético donde el resultado material-corpóreo de la falta no interesa.

El análisis sobre la gravedad y el daño ocasionado con la falta disciplinaria no bastan para ponderar la sanción, es necesario revisar i) la clase de falta originada en los criterios de gravedad y levedad que señala el legislador para estructurar los tipos abiertos y catalogar la falta como grave o leve; también, ii) la forma de culpabilidad y iii) los criterios propios de la graduación de la sanción. En cuanto al estudio de las denominadas “faltas gravísimas” dicho análisis ya fue realizado por el Legislador y relevó al intérprete de cualquier elucubración del primer nivel de análisis indicado, y los otros dos restantes deberán ser completados por la autoridad disciplinaria.

La razonabilidad de la sanción disciplinaria atada a unos fines y el principio de proporcionalidad guiado por la culpabilidad conlleva un análisis objetivo de los factores atenuantes y agravantes presentes en las circunstancias específicas de comisión de los hechos, de cuya ponderación surja el *quantum* a imponer acorde con los fines que persigue el derecho disciplinario para el tipo de falta analizada.

En otras palabras hay una relación entre la cuestión fáctica reprochada y el deber ser normativo que fija los criterios de tasación de la sanción, aunado a la forma de culpabilidad empleada por el agente y enmarcado todo por el principio de legalidad de la sanción que arroja el *quantum*; por ello, “*El juicio de razonabilidad implica el análisis de la medida adoptada a efectos de determinar si es objetivamente justificable y si el fin perseguido con ella es constitucionalmente legítimo, debiendo existir correspondencia entre el medio y la finalidad*”.⁸

El anterior proceso intelectual debe ser muy cuidadoso y resulta muy ilustrativo las orientaciones hechas por la Corte Constitucional con ocasión del análisis del régimen de sanciones para los abogados que hizo en

la Sentencia C-884 de 2007, en cuanto a la concurrencia de la sanción de multa con otra sanción principal, cuando anotó:

...el legislador disciplinario no contempló un sistema de sanciones que estuviese clasificado en principales y accesorias, conforme a la fórmula sistémica usada en otros estatutos. Estableció, en principio, un catálogo de sanciones que debe ser aplicado de manera autónoma, con observancia de los criterios objetivos generales, de atenuación y agravación, que el mismo estatuto prevé. De manera particular, estimó el legislador que la multa puede ser aplicada como sanción autónoma, al igual que las otras, o como concurrente con la de suspensión o exclusión de la profesión, permitiéndosele a la autoridad disciplinaria un margen de discrecionalidad que debe ser administrado de manera muy cuidadosa, tomando en cuenta para ello los criterios objetivos que la propia ley le señala como orientadores del proceso de individualización de la sanción.

Los principios de proporcionalidad y razonabilidad no tendrían sentido completo si no se enmarcan dentro del principio de legalidad de la pena, ganancia de los ciudadanos desde la época de Beccaria, para que el arbitrio del juez en la imposición de la sanción sea mínimo amén que existen reglas claras para su dosimetría y cumplimiento. En sede disciplinaria no basta que el correctivo corresponda a la “clasificación de la falta”, lo que sería el principio de legalidad de la pena en forma estricta, sino que también la forma de mensurarlo lo sea según los criterios de dosificación, que fueron clasificados en atenuantes y agravantes, para que la autoridad se vea obligada a su motivación (razonabilidad) y ponderación (proporcionalidad) acorde con lo probado en la actuación.

Tradicionalmente la imposición de la sanción disciplinaria gira entre su mínimo y máximo, siendo el extremo menor inamovible. Ahora, al variarse el alcance de la confesión por su incidencia en la punibilidad del extremo inferior, implica un cambio de paradigma, como se explicará más adelante.

Otro aspecto digno de resaltar es el rescate de la forma de culpabilidad como elemento preponderante para imponer la sanción disciplinaria, siendo elemental la consideración que el correctivo disciplinario de una falta dolosa nunca se podría equiparar al proceder culposo, como se venía haciendo y para lo cual se apeló a múltiples teorías para equiparar lo que ontológicamente es diferente. Ello nos lleva a señalar que ahora sí se podrá

afirmar sin dudas la existencia de verdaderas “faltas gravísimas culposas” que en virtud de la figura prevista en el numeral 9° del actual artículo 43 del CDU hacia inexistente la configuración plena de tal tipo de faltas y se migraba a una de índole “grave culposa”.

El postulado normativo en mención tiene un sentido práctico excepcional porque es lo más acercado con la realidad del proceder del servidor público infractor de la ley disciplinaria, que lo hace –generalmente- con ocasión a un ingrediente generador de culpa, más no por la inquina o el proceder fútil, eminentemente doloso y propio de los actos de corrupción en sentido estricto. Esta figura, que fue muy criticada por algunos, le salió al paso a la praxis de equiparar lo doloso con lo culposo (culpa gravísima), previniendo con ello el retroceso de más de 200 años de evolución en el pensamiento jurídico de occidente con la consagración de dicha política sancionadora.⁹

Hoy ya no se requiere de dicha figura, por eso se excluye de nuestro ordenamiento jurídico. Nos parece que la anterior razón es la más apropiada para justificar la exclusión de la figura consagrada en el numeral 9° del artículo 43 del CDU, y no la referida en el trámite legislativo consistente en afirmar su derogatoria con el fin de excluir consideraciones subjetivas del proceso de adecuación típica, que es eminentemente objetivo.

Se pasa a revisar en forma estricta el trámite legislativo, en donde se podrá apreciar que algunas de las ideas expuestas fueron tratadas de manera muy sintética por los ponentes en la exposición de motivos y en las discusiones en comisiones y plenarias, pero la razón para ello no fue por el desconocimiento del tema, más bien, fue porque otros temas ocuparon la atención de los ponentes y en donde no hubo mucho consenso, a diferencia de los aquí expuestos que fueron aceptados y comprendidos a cabalidad. Veamos:

Régimen de sanciones en el Nuevo Código General Disciplinario

En la ponencia para primer debate en el Senado de la República al proyecto de Ley 055/2014, acumulado al 050/2014¹⁰, se dejó consignado en la exposición de motivos que:

2.5 Modificación del régimen de sanciones disciplinarias

La reforma también introduce cambios en los límites de las sanciones disciplinarias, haciéndolas más acordes con la naturaleza de la imputación subjetiva. Esto significa reducir la sanción de inhabilidad para las faltas gravísimas realizadas con culpa gravísima, la cual oscilaría de 3 a 10 años, diferenciándola claramente de un comportamiento doloso, respecto de los cuales el proyecto mantiene la severidad de la inhabilidad mínima de 10 años, pues así lo ha dejado claro la Corte Constitucional en recientes pronunciamientos y, valga decirlo, esa severidad es más que necesaria para los temas de corrupción pública, en todas y cada una de sus modalidades, y para los casos de evidente ineficacia administrativa que tanto daño le hacen al desarrollo nacional y territorial.

Así mismo y respecto a los criterios de agravación y atenuación de la sanción, ellos se dividieron de forma técnica, para que la autoridad disciplinaria pueda aplicarlos conforme a su especial naturaleza.

Igualmente y acorde con los efectivos beneficios por colaboración, se hace necesario ajustar los mínimos de las sanciones disciplinarias consistentes en suspensión y multa. Para ello, y en lo que tiene que ver con las faltas gravísimas realizadas con culpa grave y las faltas graves dolosas, el término de suspensión comenzaría desde los tres meses y no de un mes como está actualmente vigente. Del mismo modo, tanto para las faltas leves dolosas como culposas se adopta la sanción de multa, cuya cuantía se estableció de forma proporcional. En ese sentido, se elimina la sanción de amonestación a la hoja de vida.¹¹

La ponencia en primer debate del Senado de la República, en el cual se resalta el articulado que tiene relación directa con la temática que nos ocupa, tuvo el siguiente tenor:

<p>PROYECTO DE CÓDIGO GENERAL DISCIPLINARIO. Ponencia para 1er Debate Senado de la República</p>	<p>LEY 734 DE 2002 (febrero 5) <i>Por la cual se expide el Código Disciplinario Único.</i></p>
<p>Artículo 5°. Legalidad. Los destinatarios de este Código sólo serán investigados y sancionados disciplinariamente por comportamientos que estén descritos como falta en la ley vigente al momento de su realización. La preexistencia también se predica de las normas complementarias. La labor de adecuación típica se someterá a la aplicación de los principios de especialidad y subsidiariedad.</p>	<p>Artículo 4°. Legalidad. El servidor público y el particular en los casos previstos en este Código sólo serán investigados y sancionados disciplinariamente por comportamientos que estén descritos como falta en la ley vigente al momento de su realización</p>
<p>Artículo 6°. Fines de la sanción disciplinaria. La sanción disciplinaria tiene finalidad preventiva y correctiva, para garantizar la efectividad de los principios y fines previstos en la Constitución, la ley y los tratados internacionales, que se deben observar en el ejercicio de la función pública.</p>	<p>Artículo 16. Función de la sanción disciplinaria. La sanción disciplinaria tiene función preventiva y correctiva, para garantizar la efectividad de los principios y fines previstos en la Constitución, la ley y los tratados internacionales, que se deben observar en el ejercicio de la función pública.</p>
<p>Artículo 7°. Principios de la sanción disciplinaria. La imposición de la sanción disciplinaria deberá responder a los principios de proporcionalidad y razonabilidad. La sanción disciplinaria debe corresponder a la clasificación de la falta y a su graduación de acuerdo con los criterios que fija esta ley.</p>	<p>Artículo 18. Proporcionalidad. La sanción disciplinaria debe corresponder a la gravedad de la falta cometida. En la graduación de la sanción deben aplicarse los criterios que fija esta ley.</p>

<p>Artículo 9°. Favorabilidad. En materia disciplinaria la ley permisiva o favorable, sustancial o procesal de efectos sustanciales, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Este principio rige también para quien esté cumpliendo la sanción, salvo lo dispuesto en la Constitución Política.</p>	<p>Artículo 14. Favorabilidad. En materia disciplinaria la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Este principio rige también para quien esté cumpliendo la sanción, salvo lo dispuesto en la Carta Política.</p>
<p>LIBRO I PARTE GENERAL TÍTULO V FALTAS Y SANCIONES DISCIPLINARIAS (Capítulos I y II)</p>	<p>LIBRO I PARTE GENERAL TÍTULO V FALTAS Y SANCIONES DISCIPLINARIAS (Capítulos I y II)</p>
<p>Artículo 47. Clasificación de las faltas disciplinarias. Las faltas disciplinarias son: 1. Gravísimas. 2. Graves. 3. Leves.</p>	<p>Artículo 42. Clasificación de las faltas. Las faltas disciplinarias son: 1. Gravísimas 2. Graves. 3. Leves.</p>
<p>Artículo 48. Criterios para determinar la gravedad o levedad de la falta disciplinaria. Las faltas gravísimas están taxativamente señaladas en la ley. Se determinará si la falta es grave o leve de conformidad con los siguientes criterios: 1. El grado de culpabilidad. 2. La naturaleza esencial del servicio. 3. El grado de perturbación del servicio. 4. La jerarquía y mando que el servidor público tenga en la respectiva institución. 5. La trascendencia social de la falta o el perjuicio causado.</p>	<p>Artículo 43. Criterios para determinar la gravedad o levedad de la falta. Las faltas gravísimas están taxativamente señaladas en este Código. Se determinará si la falta es grave o leve de conformidad con los siguientes criterios: 1. El grado de culpabilidad. 2. La naturaleza esencial del servicio. 3. El grado de perturbación del servicio. 4. La jerarquía y mando que el servidor público tenga en la respectiva institución.</p>

<p>6. Las modalidades y circunstancias en que se cometió la falta, que se apreciarán teniendo en cuenta el cuidado empleado en su preparación, el nivel de aprovechamiento de la confianza depositada en el investigado o de la que se derive de la naturaleza del cargo o función, el grado de participación en la comisión de la falta, si fue inducido por un superior a cometerla, o si la cometió en estado de ofuscación originado en circunstancias o condiciones de difícil prevención y gravedad extrema, debidamente comprobadas.</p> <p>7. Los motivos determinantes del comportamiento.</p> <p>8. Cuando la falta se realice con la intervención de varias personas, sean particulares o servidores públicos.</p>	<p>5. La trascendencia social de la falta o el perjuicio causado.</p> <p>6. Las modalidades y circunstancias en que se cometió la falta, que se apreciarán teniendo en cuenta el cuidado empleado en su preparación, el nivel de aprovechamiento de la confianza depositada en el investigado o de la que se derive de la naturaleza del cargo o función, el grado de participación en la comisión de la falta, si fue inducido por un superior a cometerla, o si la cometió en estado de ofuscación originado en circunstancias o condiciones de difícil prevención y gravedad extrema, debidamente comprobadas.</p> <p>7. Los motivos determinantes del comportamiento.</p> <p>8. Cuando la falta se realice con la intervención de varias personas, sean particulares o servidores públicos.</p> <p>9. La realización típica de una falta objetivamente gravísima cometida con culpa grave, será considerada falta grave. (DESAPARECE ESTE NUMERAL, POR CUANTO SE ESTABLECE UNA SANCIÓN ACORDE A LA FALTA GRAVÍSIMA CON CULPA GRAVE).</p>
<p>Artículo 49. Clases y límites de las sanciones disciplinarias. El servidor público está sometido a las siguientes sanciones:</p> <p>1. Destitución e inhabilidad general de diez (10) a veinte (20) años para las faltas gravísimas dolosas.</p>	<p>Artículo 44. Clases de sanciones. El servidor público está sometido a las siguientes sanciones:</p> <p>1. Destitución e inhabilidad general, para las faltas gravísimas dolosas o realizadas con culpa gravísima.</p>

<p>2. Destitución e inhabilidad general de tres (3) a diez (10) años para las faltas gravísimas realizadas con culpa gravísima.</p> <p>3. Suspensión en el ejercicio del cargo de tres (3) meses a dos (2) años e inhabilidad especial hasta por el mismo término para las faltas gravísimas realizadas con culpa grave.</p> <p>4. Suspensión en el ejercicio del cargo de tres (3) a dieciocho (18) meses e inhabilidad especial <u>hasta por el mismo término</u> para las faltas graves dolosas.</p> <p>5. Suspensión en el ejercicio del cargo de uno (1) a doce (12) meses para las faltas graves culposas.</p> <p>6. Multa de veinte (20) a noventa (90) días de salario básico devengado para la época de los hechos para las faltas leves dolosas.</p> <p>7. Multa de cinco (5) a veinte (20) días de salario básico devengado para la época de los hechos para las faltas leves culposas.</p> <p>8. La inhabilidad será permanente cuando la falta afecte el patrimonio económico del Estado.</p> <p>Parágrafo. Conversión de la suspensión. En el evento en que el disciplinado haya cesado en sus funciones para el momento de la ejecutoria del fallo o durante su ejecución, cuando no fuere posible ejecutar la sanción, se convertirá el término de suspensión o el que faltare, según el caso, en salarios de acuerdo al monto de lo devengado para el momento de la comisión de la falta, sin perjuicio de la inhabilidad especial.</p>	<p>2. Suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial para las faltas graves dolosas o gravísimas culposas.</p> <p>3. Suspensión, para las faltas graves culposas.</p> <p>4. Multa, para las faltas leves dolosas.</p> <p>5. Amonestación escrita, para las faltas leves culposas.</p> <p>Parágrafo. Habrá culpa gravísima cuando se incurra en falta disciplinaria por ignorancia supina, desatención elemental o violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento. La culpa será grave cuando se incurra en falta disciplinaria por inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones.</p> <p>Artículo 46. Límite de las sanciones. La inhabilidad general será de diez a veinte años; la inhabilidad especial no será inferior a treinta días ni superior a doce meses; pero cuando la falta afecte el patrimonio económico del Estado la inhabilidad será permanente.</p> <p>La suspensión no será inferior a un mes ni superior a doce meses. Cuando el disciplinado haya cesado en sus funciones para el momento de la ejecutoria del fallo o durante la ejecución del mismo, uando no fuere posible ejecutar la sanción se convertirá el término de suspensión o el que faltare, según el caso, en salarios de acuerdo al monto de lo devengado para el momento de la comisión de la falta, sin</p>
--	--

	<p>perjuicio de la inhabilidad especial. La multa no podrá ser inferior al valor de diez, ni superior al de ciento ochenta días del salario básico mensual devengado al momento de la comisión de la falta. La amonestación escrita se anotará en la correspondiente hoja de vida.</p>
<p>Artículo 50. Definición de las sanciones.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. La destitución e inhabilidad general implica: <ol style="list-style-type: none"> a) La terminación de la relación del servidor público con la administración, sin que importe que sea de libre nombramiento y remoción, o b) La desvinculación del cargo, en los casos previstos en los artículos 110 y 278, numeral 1, de la Constitución Política, o c) La terminación del contrato de trabajo, y d) En todos los casos anteriores, la imposibilidad de ejercer la función pública en cualquier cargo o función, por el término señalado en el fallo, y la exclusión del escalafón o carrera. 2. La suspensión implica la separación del ejercicio del cargo en cuyo desempeño se originó la falta disciplinaria y la inhabilidad especial, la imposibilidad de ejercer la función pública, en cualquier cargo distinto de aquel, por el término señalado en el fallo. 3. La multa es una sanción de carácter pecuniario. Si al momento del fallo el servidor público o el particular sancionado presta servicios en el mismo o en otro cargo similar en la misma entidad o en otra entidad oficial, incluso 	<p>Artículo 45. Definición de las sanciones.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. La destitución e inhabilidad general implica: <ol style="list-style-type: none"> a) La terminación de la relación del servidor público con la administración, sin que importe que sea de libre nombramiento y remoción, de carrera o elección, o b) La desvinculación del cargo, en los casos previstos en los artículos 110 y 278, numeral 1, de la Constitución Política, o c) La terminación del contrato de trabajo, y d) En todos los casos anteriores, la imposibilidad de ejercer la función pública en cualquier cargo o función, por el término señalado en el fallo, y la exclusión del escalafón o carrera. 2. La suspensión implica la separación del ejercicio del cargo en cuyo desempeño se originó la falta disciplinaria y la inhabilidad especial, la imposibilidad de ejercer la función pública, en cualquier cargo distinto de aquel, por el término señalado en el fallo.

<p>en período diferente, deberá comunicarse la sanción al representante legal o a quien corresponda, para que proceda a hacerla efectiva.</p>	<p>3. La multa es una sanción de carácter pecuniario. 4. La amonestación escrita implica un llamado de atención formal, por escrito, que debe registrarse en la hoja de vida. Si al momento del fallo el servidor público o el particular sancionado presta servicios en el mismo o en otro cargo similar en la misma entidad o en otra entidad oficial, incluso en período diferente, deberá comunicarse la sanción al representante legal o a quien corresponda, para que proceda a hacerla efectiva.</p>
<p>Artículo 51. Criterios para la graduación de la sanción. La cuantía de la multa y el término de duración de la suspensión e inhabilidad se fijarán de acuerdo con los siguientes criterios:</p> <p>1. Atenuantes:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) La diligencia y eficiencia demostrada en el desempeño del cargo o de la función; b) La confesión de la falta antes de la formulación de cargos; c) Haber procurado, por iniciativa propia, resarcir el daño o compensar el perjuicio causado; y d) Haber devuelto, restituido o reparado, según el caso, el bien afectado con la conducta constitutiva de la falta, siempre que la devolución, restitución o reparación no se hubieren decretado en otro proceso. <p>2. Agravantes:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Haber sido sancionado fiscal o disciplinariamente dentro de los cinco (5) años anteriores a la comisión de la conducta que se investiga; 	<p>Artículo 47. Criterios para la graduación de la sanción.</p> <p>1. La cuantía de la multa y el término de duración de la suspensión e inhabilidad se fijarán de acuerdo con los siguientes criterios:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Haber sido sancionado fiscal o disciplinariamente dentro de los cinco años anteriores a la comisión de la conducta que se investiga; b) La diligencia y eficiencia demostrada en el desempeño del cargo o de la función; c) Atribuir la responsabilidad infundadamente a un tercero; d) La confesión de la falta antes de la formulación de cargos; e) Haber procurado, por iniciativa propia, resarcir el daño o compensar el perjuicio causado;

<p>b) Atribuir la responsabilidad infundadamente a un tercero;</p> <p>c) El grave daño social de la conducta;</p> <p>d) La afectación a derechos fundamentales;</p> <p>e) El conocimiento de la ilicitud; y</p> <p>f) Pertenece el servidor público al nivel directivo o ejecutivo de la entidad.</p>	<p>f) Haber devuelto, restituido o reparado, según el caso, el bien afectado con la conducta constitutiva de la falta, siempre que la devolución, restitución o reparación no se hubieren decretado en otro proceso;</p> <p>g) El grave daño social de la conducta;</p> <p>h) La afectación a derechos fundamentales;</p> <p>i) El conocimiento de la ilicitud;</p> <p>j) Pertenece el servidor público al nivel directivo o ejecutivo de la entidad.</p>
<p>Artículo 52. Concurso de faltas disciplinarias. A quien, con una o varias acciones u omisiones, infrinja varias disposiciones de la ley disciplinaria o varias veces la misma disposición, se le graduará la sanción de acuerdo con los siguientes criterios:</p> <p>a) Si la sanción más grave es la destitución e inhabilidad general, esta última se incrementará hasta en otro tanto, sin exceder el máximo legal; y</p> <p>b) Si la sanción más grave es la suspensión especial, se incrementará hasta en otro tanto, sin exceder el máximo legal; y</p> <p>c) Si la sanción más grave es la multa, esta se incrementará hasta en otro tanto, sin exceder el máximo legal.</p>	<p>Artículo 47. Criterios para la graduación de la sanción. (...)</p> <p>2. A quien, con una o varias acciones u omisiones, infrinja varias disposiciones de la ley disciplinaria o varias veces la misma disposición, se le graduará la sanción de acuerdo con los siguientes criterios:</p> <p>a) Si la sanción más grave es la destitución e inhabilidad general, esta última se incrementará hasta en otro tanto, sin exceder el máximo legal;</p> <p>b) Si la sanción más grave es la suspensión e inhabilidad especial, se incrementará hasta en otro tanto, sin exceder el máximo legal;</p> <p>c) Si la sanción más grave es la suspensión, esta se incrementará hasta en otro tanto, sin exceder el máximo legal;</p>

	<p>d) Si las sanciones son de multa se impondrá la más grave aumentada en otro tanto, sin exceder el máximo legal;</p> <p>e) INEXEQUIBLE. Si las sanciones a imponer para cada una de las faltas son la multa o la amonestación, se impondrán todas. Corte Constitucional C-1076 de 2002.</p>
<p>LIBRO III RÉGIMEN ESPECIAL TÍTULO I RÉGIMEN DE LOS PARTICULARES</p>	<p>LIBRO III RÉGIMEN ESPECIAL TÍTULO I RÉGIMEN DE LOS PARTICULARES</p>
<p>Artículo 74. Sanción. Los particulares destinatarios de la ley disciplinaria estarán sometidos a las siguientes sanciones principales:</p> <p>Multa de diez a cien salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la comisión del hecho y, concurrentemente, según la gravedad de la falta, inhabilidad para ejercer empleo público, función pública, prestar servicios a cargo del Estado, o contratar con este de uno a veinte años. Cuando la conducta disciplinable implique detrimento del patrimonio público, la sanción patrimonial será igual al doble del detrimento patrimonial sufrido por el Estado.</p> <p>Cuando la prestación del servicio sea permanente y la vinculación provenga de nombramiento oficial, será de destitución e inhabilidad de uno a veinte años.</p>	<p>Artículo 56. Sanción. Los particulares destinatarios de la ley disciplinaria estarán sometidos a las siguientes sanciones principales:</p> <p>Multa de diez a cien salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la comisión del hecho y, concurrentemente según la gravedad de la falta, inhabilidad para ejercer empleo público, función pública, prestar servicios a cargo del Estado, o contratar con este de uno a veinte años. Cuando la conducta disciplinable implique detrimento del patrimonio público, la sanción patrimonial será igual al doble del detrimento patrimonial sufrido por el Estado.</p>

	<p>Cuando la prestación del servicio sea permanente y la vinculación provenga de nombramiento oficial, será de destitución e inhabilidad de uno a veinte años.</p>
<p>Artículo 75. Criterios para la graduación de la sanción. Además de los criterios para la graduación de la sanción consagrados para los servidores públicos, respecto de los destinatarios de la ley disciplinaria de que trata este libro, se tendrán en cuenta el resarcimiento del perjuicio causado, la situación económica del sancionado y la cuantía de la remuneración percibida por el servicio prestado.</p>	<p>Artículo 57. Criterios para la graduación de la sanción. Además de los criterios para la graduación de la sanción consagrados para los servidores públicos, respecto de los destinatarios de la ley disciplinaria de que trata este libro, se tendrán en cuenta el resarcimiento del perjuicio causado, la situación económica del sancionado, y la cuantía de la remuneración percibida por el servicio prestado.</p>
<p>LIBRO III RÉGIMEN ESPECIAL TÍTULO II RÉGIMEN DE LOS NOTARIOS</p>	<p>LIBRO III RÉGIMEN ESPECIAL TÍTULO II RÉGIMEN DE LOS NOTARIOS</p>
<p>Artículo 81. Sanciones. Los notarios estarán sometidos al siguiente régimen de sanciones:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Destitución para el caso de faltas gravísimas realizadas con dolo o culpa gravísima. 2. Suspensión en el ejercicio del cargo para las faltas graves realizadas con dolo o culpa y las gravísimas diferentes a las anteriores. 3. Multa para las faltas leves dolosas. 	<p>Artículo 63. Sanciones. Los notarios estarán sometidos al siguiente régimen de sanciones:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Destitución para el caso de faltas gravísimas realizadas con dolo o culpa gravísima. 2. Suspensión en el ejercicio del cargo para las faltas graves realizadas con dolo o culpa y las gravísimas diferentes a las anteriores. 3. Multa para las faltas leves dolosas.

<p>Artículo 82. Límite de las sanciones. La multa es una sanción de carácter pecuniario la cual no podrá ser inferior al valor de diez, ni superior al de ciento ochenta (180) días de salario básico mensual establecido por el Gobierno Nacional. La suspensión no será inferior a treinta días, ni superior a doce meses.</p>	<p>Artículo 64. Límite de las sanciones. La multa es una sanción de carácter pecuniario la cual no podrá ser inferior al valor de diez, ni superior al de 180 días de salario básico mensual establecido por el Gobierno Nacional. La suspensión no será inferior a treinta días, ni superior a doce meses.</p>
<p>Artículo 83. Criterios para la graduación de la falta y la sanción. Además de los criterios para la sanción consagrados para los servidores públicos, respecto de los notarios se tendrá en cuenta la gravedad de la falta, el resarcimiento del perjuicio causado, la situación económica del sancionado, la cuantía de la remuneración percibida por el servicio prestado y los antecedentes en el servicio y en materia disciplinaria.</p>	<p>Artículo 65. Criterios para la graduación de la falta y la sanción. Además de los criterios para la graduación de la falta y la sanción consagrados para los servidores públicos, respecto de los notarios se tendrá en cuenta la gravedad de la falta, el resarcimiento del perjuicio causado, la situación económica del sancionado, la cuantía de la remuneración percibida por el servicio prestado y los antecedentes en el servicio y en materia disciplinaria.</p>

En la ponencia para segundo debate en el Senado de la República, publicada en la Gaceta N.º 842 del 10 de diciembre de 2014, se resaltan los tópicos que fueron objeto de mayor debate y relacionados con la potestad disciplinaria sobre los servidores públicos de elección popular, la tipicidad coincidente con el tipo objetivo de la codificación penal sustantiva y algunos aspectos de la prueba trasladada, procedente del ámbito penal. Así mismo, se introdujo el nuevo título a la ley como “Código General Disciplinario”.

En el ámbito que nos ocupa, el Senado de la República elimina la sanción de amonestación escrita e indica la necesidad de aumentar los mínimos para las faltas gravísimas realizadas con culpa grave y las faltas graves dolosas a partir de los tres meses de suspensión e inhabilidad especial dentro del marco de “los beneficios por colaboración”.

Realmente no existe precisión al utilizarse esta última expresión, máxime que se incluyó fue un beneficio por confesión que impacta la dosimetría de la sanción a imponer pero bajo el principio de que corresponde a una compensación por la colaboración con la administración en procura de ahorrar gastos, tiempo y permite el esclarecimiento de los hechos que constituyen faltas disciplinarias. Dista mucho de la justicia negocial o premial que avala delaciones sospechosas en el ámbito penal.

Se consideró prudente mejorar la redacción del artículo 49, numerales 3º y 4º del proyecto de la expresión “hasta”, con el fin de precisar que en materia disciplinaria rigen sólo las sanciones principales y no existe dualidad de sanciones principales y accesorias como se presenta en materia penal, “[E]n resumen, la suspensión y la inhabilidad especial es una sola sanción¹², cuyo carácter es principal, por lo cual deben fijarse por el mismo término”, así:

Suspensión en el ejercicio del cargo de tres (3) meses a dos (2) años e inhabilidad especial por el mismo término para las faltas gravísimas realizadas con culpa grave.

4. Suspensión en el ejercicio del cargo de tres (3) a dieciocho (18) meses e inhabilidad especial por el mismo término para las faltas graves dolosas.

El texto aprobado en la plenaria del Senado de la República se publicó a través de la Gaceta N.º 879 del 22 de diciembre de 2014, sin más modificaciones que las ya referidas. El artículo 74 del proyecto de Senado, hoy artículo 73, que consagra el régimen de sanciones de los particulares, no sufrió modificaciones en su trámite en la Cámara de Representantes; así

mismo, corresponde en forma idéntica al que ya estaba consagrado en la Ley 734 de 2002, en su artículo 56.

LIBRO III RÉGIMEN ESPECIAL TÍTULO I RÉGIMEN DE LOS PARTICULARES	LIBRO III RÉGIMEN ESPECIAL TÍTULO I RÉGIMEN DE LOS PARTICULARES
<p>Artículo 74. Sanción. Los particulares destinatarios de la ley disciplinaria estarán sometidos a las siguientes sanciones principales:</p> <p>Multa de diez a cien salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la comisión del hecho y, concurrentemente, según la gravedad de la falta, inhabilidad para ejercer empleo público, función pública, prestar servicios a cargo del Estado, o contratar con este de uno a veinte años. Cuando la conducta disciplinable implique detrimento del patrimonio público, la sanción patrimonial será igual al doble del detrimento patrimonial sufrido por el Estado.</p> <p>Cuando la prestación del servicio sea permanente y la vinculación provenga de nombramiento oficial, será de destitución e inhabilidad de uno a veinte años.</p>	<p>Artículo 56. Sanción. Los particulares destinatarios de la ley disciplinaria estarán sometidos a las siguientes sanciones principales:</p> <p>Multa de diez a cien salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la comisión del hecho y, concurrentemente según la gravedad de la falta, inhabilidad para ejercer empleo público, función pública, prestar servicios a cargo del Estado, o contratar con este de uno a veinte años. Cuando la conducta disciplinable implique detrimento del patrimonio público, la sanción patrimonial será igual al doble del detrimento patrimonial sufrido por el Estado.</p> <p>Cuando la prestación del servicio sea permanente y la vinculación provenga de nombramiento oficial, será de destitución e inhabilidad de uno a veinte años.</p>

En el proceso de estructuración de la ponencia para tercer debate en la Comisión Primera de la Cámara de Representantes, que fue registrada a través de las Gacetas Número 276 del 11 de mayo y 317 del 21 de mayo de 2015 (pliego de enmiendas), se indicó en forma muy genérica el alcance de la propuesta que cambió el régimen de sanciones en el proyecto de ley aprobado.

Se llama la atención que no se puede tener dicho texto como el lugar en el cual yace la motivación de los cambios, la nueva dosimetría disciplinaria obedece a muchas más otras razones que surgen del proceso de

socialización de la iniciativa legislativa a través de audiencias públicas realizadas el 20 de febrero de 2015, en la ciudad de Ibagué, en el auditorio de la Universidad de Ibagué; el 2 de marzo de 2015, en la ciudad de Bogotá, en el auditorio de la Universidad Santo Tomás de Aquino; y el 6 de marzo de 2015, en la ciudad de Pasto, en el auditorio de la Universidad Mariana. Luego, en la misma sesión de debate en Comisión Primera de Cámara se presentaron más de treinta proposiciones al articulado, lo que denota un debate y participación ampliada y extensa. También hasta el cuarto debate se hicieron pequeños ajustes, pero fundamentales para el entendimiento de la norma.

Retomando la cronología de la expedición de la norma el día viernes, 24 de abril de 2015, la Comisión Primera de la Cámara de Representantes efectuó una audiencia pública en el Capitolio Nacional en la que participaron distintas personas pertenecientes a diversos sectores académicos y organizaciones públicas y privadas. Entre ellas se destacan la Universidad del Rosario, el Colegio de la Judicatura de Colombia, el Consejo Superior y Seccional de la Judicatura, el Instituto Colombiano de Derecho Disciplinario, la Defensoría del Pueblo, la Procuraduría General de la Nación y algunos doctrinantes y litigantes en Derecho Disciplinario.

Es preciso advertir que, en un primer momento, al proponerse la integración en la redacción de los artículos 2° y 3° del proyecto de Senado en la ponencia del tercer debate en la Cámara de Representantes, se cambió toda la numeración del articulado y así se registra en la Gaceta 276 del 11 de mayo de 2015¹³, acotación necesaria para el lector cuando quiera revisar la cronología de los cambios.

Luego, en un segundo espacio de reflexión, al verificar el alcance de la ponencia inicial el equipo de trabajo de los legisladores se encontraron con la existencia de algunas inconsistencias que deberían ser mejoradas tanto en la redacción como en el alcance de algunas expresiones, por lo cual fue necesario adicionar como proposiciones el texto normativo a ser debatido en la Comisión Primera de la Cámara de Representantes, y se publicó la Gaceta N.º 317 el 21 de mayo de 2015 como Pliego de Enmiendas. Este pliego nace de los propios ponentes en la Cámara de Representantes.

Retomando el primer momento, se dejó consignado en la Gaceta del Congreso N.º 276 del 11 de mayo de 2015, en la Comisión Primera de la Cámara de Representantes, como motivación del tema que nos ocupa:

2.1.5. Modificación del régimen de sanciones disciplinarias:

La reforma también introduce cambios en los límites de las sanciones disciplinarias, haciéndolas más acordes con la naturaleza de la imputación subjetiva. Esto significa reducir la sanción de inhabilidad para las faltas gravísimas realizadas con culpa gravísima, diferenciándola claramente de un comportamiento doloso, respecto de los cuales el proyecto mantiene la severidad de la inhabilidad mínima de 10 años, pues así lo ha dejado claro la Corte Constitucional en recientes pronunciamientos y, valga decirlo, esa severidad es más que necesaria para los temas de corrupción pública, en todas y cada una de sus modalidades, y para los casos de evidente ineficacia administrativa que tanto daño le hacen al desarrollo nacional y territorial.

Así mismo y respecto a los criterios de agravación y atenuación de la sanción, ellos se dividieron de forma técnica, para que la autoridad disciplinaria pueda aplicarlos conforme a su especial naturaleza.

Igualmente y acorde con los efectivos beneficios por colaboración, se hizo necesario efectuar los ajustes correspondientes.

En los tópicos que impactan el Régimen de Sanciones se abrió la discusión en el trámite legislativo y, en especial, por las audiencias públicas, así:

Criterios sobre la gravedad o levedad de las faltas:

La Universidad del Rosario efectuó observaciones sobre algunos criterios referentes a la gravedad o levedad de las faltas *“en la medida en que el operador disciplinario tiene que decidir si una falta es grave o leve con criterios demasiado amplios y de textura abierta, los cuales ya venían establecidos en la Ley 734 de 2002. Por ello, se dice que se debe excluir la posibilidad de que la tipificación provenga del criterio subjetivo del operador, en vez de que sea por un criterio objetivo definido por el legislador”*.

Se recuerda que la dosimetría disciplinaria está cimentada en dos baluartes a saber: la modalidad de la forma de culpabilidad empleada por el agente y la gravedad o levedad de la falta, cuyas combinaciones arrojan un *quantum sancionatorio* que es impuesto por el juez disciplinario al ejercer la ponderación bajo los criterios de proporcionalidad y razonabilidad. Por lo cual, cualquier cambio en las consideraciones sobre los elementos o criterios de gravedad o levedad impacta directamente en el sistema de sanciones.

Se acogió la propuesta de la Universidad del Rosario de eliminar como criterio para colegir la gravedad o levedad de la falta disciplinaria el actual

criterio contenido en el numeral 1° del artículo 43 de la Ley 734 de 2002 y referido “al grado de culpabilidad”. Se consideró por los ponentes que:

Sin embargo, en lo que sí se está de acuerdo con la Universidad del Rosario es con eliminar el primer criterio referido al grado de culpabilidad, pues este criterio ofrece dos dificultades: primero, que para estos comportamientos el dolo se asocia únicamente con las faltas graves, y la culpa, con las faltas leves, cuando lo cierto es que pueden haber faltas graves culposas y faltas leves dolosas. Y el segundo es que los aspectos de la culpabilidad no deben seguir incidiendo en el análisis objetivo de la falta. La mejor muestra de ello es la eliminación que hizo el Senado del actual numeral 9 del artículo 43 de la Ley 734 de 2002.

<p>TEXTO APROBADO EN SESIÓN DE LA COMISIÓN PRIMERA DE LA CÁMARA DE REPRESENTANTES EL DÍA 13 DE MAYO DE 2015 - PROYECTO DE LEY NÚMERO 55 DE 2014 SENADO Y 195 DE 2014 CÁMARA</p> <p><i>Por medio de la cual se expide el Código General Disciplinario y se derogan la Ley 734 de 2002 y algunas disposiciones de la Ley 1474 de 2011, relacionadas con el Derecho Disciplinario.</i></p> <p>ACUMULADO CON EL PROYECTO DE LEY NÚMERO 50 DE 2014 SENADO</p> <p>El Congreso de Colombia DECRETA:</p>	<p>TEXTO PROPUESTO PARA SEGUNDO DEBATE EN LA PLENARIA DE LA CÁMARA DE REPRESENTANTES AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 55 DE 2014 SENADO Y 195 DE 2014 CÁMARA¹⁴</p> <p><i>Por medio de la cual se expide el Código General Disciplinario y se derogan la Ley 734 de 2002 y algunas disposiciones de la Ley 1474 de 2011, relacionadas con el derecho disciplinario.</i></p> <p>ACUMULADO CON EL PROYECTO DE LEY NÚMERO 50 DE 2014 SENADO</p> <p>El Congreso de Colombia DECRETA:</p>
<p>Artículo 47. Criterios para determinar la gravedad o levedad de la falta disciplinaria. Las faltas gravísimas están taxativamente señaladas en la ley. Se determinará si la falta es grave o leve de conformidad con los siguientes criterios:</p>	<p>Mismo tenor.</p>

- | | |
|---|--|
| <ol style="list-style-type: none"> 1. La naturaleza esencial del servicio. 2. El grado de perturbación del servicio. 3. La jerarquía y mando que el servidor público tenga en la respectiva institución. 4. La trascendencia social de la falta o el perjuicio causado. 5. Las modalidades y circunstancias en que se cometió la falta, que se apreciarán teniendo en cuenta el cuidado empleado en su preparación, el nivel de aprovechamiento de la confianza depositada en el investigado o de la que se derive de la naturaleza del cargo o función, el grado de participación en la comisión de la falta, si fue inducido por un superior a cometerla, o si la cometió en estado de ofuscación originado en circunstancias o condiciones de difícil prevención y gravedad extrema, debidamente comprobadas. 6. Los motivos determinantes del comportamiento. 7. Cuando la falta se realice con la intervención de varias personas, sean particulares o servidores públicos. | |
|---|--|

Tema referido con algunos criterios atenuantes y agravantes de la graduación de la sanción:

En el tópico referido con algunos criterios atenuantes y agravantes de la graduación de la sanción se indicó por dicha universidad que era desproporcionado tener como parámetro de ponderación para la imposición de la sanción la condena previa en materia fiscal o disciplinaria, dentro de los cinco años anteriores, que se estaría violando el principio del *non bis in ídem*; también que el criterio concerniente al “grave daño social de la conducta” era indeterminado o de “difícil determinación” por la autoridad disciplinaria.

El legislador no acogió tales planteamiento en atención a que “*El régimen disciplinario no es otro que el de ser un ética juridizada, por lo que se estima prudente que aquel que ha venido cometiendo comportamiento irregulares merezca una distinción así sea mínima para efectos de imponer la respectiva sanción.*” De igual manera, se recordó que “el grave daño social de la conducta” es un criterio de graduación de la sanción que viene de la

Ley 734 de 2002 (Artículo 47, numeral 1°, literal g), que ante la variedad modal en la comisión de las faltas disciplinarias es, perfecta y generalmente, posible su presencia.

Ampliando tal raciocinio es deber indicar que ello no obsta para trasladar genéricamente el fundamento de la responsabilidad del agente del desvalor de acción a uno de resultado, lo que es extraño en la generalidad de las faltas que interesan al derecho disciplinario.

En consonancia con lo anterior y para mantener como criterios de graduación de la sanción los actuales literal h) “la afectación a derechos fundamentales” e i) “el conocimiento de la ilicitud”, del actual artículo 47 de la Ley 734 de 2002, la Comisión de Ponentes en forma acertada concluyó:

Pese a ello, y en el entendido de que estos criterios no fueron tenidos en cuenta para calificar la gravedad o levedad de la falta, se estima que sí es necesario mantenerlos como criterio para la calificación de la sanción. En este preciso aspecto y en lo que tiene que ver con la afectación de derechos fundamentales obsérvese que correctamente el resultado no es condición de la configuración del injusto, pero sí factor determinante de una mayor punibilidad.

En cuarto y último lugar, y en lo que tiene que ver con el “conocimiento de la ilicitud”, esta crítica no es procedente, por cuanto ella está sustentada en idéntica forma al problema jurídico que resolvió la Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-1076 de 2002. En esta sentencia se dejó absolutamente claro que, lejos de vulnerarse el principio de non bis in ídem, esta redacción constituía una decisión del legislador razonable y proporcionada, que no desbordaba su margen de configuración normativa, pues allí se concluyó que el conocimiento de la ilicitud se tomaba en consideración en dos oportunidades distintas: en el caso de la culpabilidad, con el propósito de evitar que se incurriera en un régimen de responsabilidad objetiva; y, en materia de punibilidad, como elemento de juicio que le servía al funcionario que impondría una multa, o que debe determinar la duración de una suspensión o de una inhabilidad.

Por las anteriores razones y en la medida en que respecto del segundo bloque no se explicaron ni se argumentaron las razones por las cuales se justificaba la inclusión de otros criterios sustancialmente diferentes, los suscritos ponentes consideran que se debe mantener el texto aprobado por el Senado.

Exclusión del sistema de cuartos como forma de tasación sancionatoria en materia disciplinaria:

Como habíamos tenido la oportunidad de exponer en oportunidad pasada¹⁵, la necesidad de crear un sistema de dosimetría disciplinaria para la tasación de la sanción no puede enmarcarse en los parámetros del “sistema de cuartos” que rige la punibilidad en materia penal. El carácter multiforme de la función pública y las conductas de sus agentes implican es la aplicación del principio de proporcionalidad, con criterios de razonabilidad, cuando haya que imponerse las sanciones por sus desafueros; los yerros del juez disciplinario deben ser superados por esta vía y no por la imposición de reglas previas de corte matemático, va contra la independencia y autonomía propias de una actividad en donde se aplican criterios materiales de justicia en un sistema de *numerus apertus* y de tipos abiertos.

Estas breves reflexiones son para presentar la postura del legislador que salió al paso de la propuesta de imponer un sistema tarifario -con menos criterios de referencia- para la sanción de los particulares que son sujetos disciplinables, bajo el argumento que no eran necesarias las orientaciones que se originan en tales criterios, de textura abierta, básicos para tasar una sanción disciplinaria.

3.1.9 Sobre las sanciones a los particulares disciplinables.

La Universidad del Rosario efectuó una serie de observaciones, respecto del artículo 74 del proyecto de Código, que se refiere a la sanción de los particulares disciplinables, reconociendo en todo caso que se trata de una reproducción de lo que actualmente regula la Ley 734 de 2002.

En orden de complejidad y en primer lugar, destacó que no era necesaria la expresión «según la gravedad de la falta». Sin embargo, este aspecto está superado, pues revisado el proyecto que provino del Senado esta expresión fue suprimida.

En segundo lugar, no es conveniente eliminar la expresión «cuando la conducta disciplinable implique detrimento del patrimonio público, la sanción patrimonial será igual al doble del detrimento patrimonial sufrido por el Estado», pues es perfectamente posible que dichos detrimentos superen con creces el límite establecido de los cien salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Y en tercer lugar, es cierto que tanto la dosificación de la multa como la de la inhabilidad son bastante amplias, pues para la primera se contempla una multa de diez a cien salarios mínimos legales mensuales vigentes, mientras que la inhabilidad se contempla de uno a veinte años.

Pese a ello, se considera que la multiplicidad de eventos en que se pueden dar irregularidades a cargo de particulares es muy amplia, por lo que los errores en la tasación de la sanción no obedecen a un presunto defecto de la norma, sino de la proporcionalidad que debe aplicar el respectivo servidor público. Con todo, no es el sistema de cuartos del derecho penal el que podría dar la solución, pues además de que con los cuartos se seguiría manteniendo ese margen amplio, dichos criterios son incompatibles con la naturaleza del derecho disciplinario. Por el contrario, la dependencia a dichos factores podrían afectar la independencia y autonomía del derecho disciplinario, principios que se han defendido por todos y cada uno de los intervinientes en la audiencia de observaciones.

Por las anteriores razones, los suscritos ponentes consideran que el texto de proyecto, en cuanto a este artículo, debe mantenerse. (Subrayado y negrillas propio)

La norma quedó de la siguiente manera:

<p>TEXTO APROBADO EN SESIÓN DE LA COMISIÓN PRIMERA DE LA CÁMARA DE REPRESENTANTES EL DÍA 13 DE MAYO DE 2015 - PROYECTO DE LEY NÚMERO 55 DE 2014 SENADO Y 195 DE 2014 CÁMARA¹⁶</p> <p><i>Por medio de la cual se expide el Código General Disciplinario y se derogan la Ley 734 de 2002 y algunas disposiciones de la Ley 1474 de 2011, relacionadas con el Derecho Disciplinario.</i></p> <p>ACUMULADO CON EL PROYECTO DE LEY NÚMERO 50 DE 2014 SENADO El Congreso de Colombia DECRETA:</p>	<p>TEXTO PROPUESTO PARA SEGUNDO DEBATE EN LA PLENARIA DE LA CÁMARA DE REPRESENTANTES AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 55 DE 2014 SENADO Y 195 DE 2014 CÁMARA¹⁶</p> <p><i>Por medio de la cual se expide el Código General Disciplinario y se derogan la Ley 734 de 2002 y algunas disposiciones de la Ley 1474 de 2011, relacionadas con el derecho disciplinario.</i></p> <p>ACUMULADO CON EL PROYECTO DE LEY NÚMERO 50 DE 2014 SENADO El Congreso de Colombia DECRETA:</p>
<p>Artículo 73. Sanción. Los particulares destinatarios de la ley disciplinaria estarán sometidos a las siguientes sanciones principales: Multa de 10 a 100 salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la comisión del hecho y, concurrentemente, inhabilidad para ejercer empleo público, función pública, prestar servicios a cargo del Estado, o contratar con este de uno a veinte años. Cuando la conducta disciplinable implique detrimento del patrimonio público, la sanción patrimonial será igual al doble del detrimento patrimonial sufrido por el Estado. Cuando la prestación del servicio sea permanente y la vinculación provenga de nombramiento oficial, será de destitución e inhabilidad de 1 a 20 años.</p>	<p>Mismo tenor:</p>

Del quantum de las sanciones disciplinarias adoptadas por el Código General Disciplinario:

En la audiencia pública del pasado 24 de abril de 2015, en la Comisión Primera de la Cámara de Representantes, se dejó sentado la necesidad de redosificar las sanciones disciplinarias que fueron aprobadas en el Senado de la República en atención a criterios de justicia originadas en una mayor punibilidad para aquellos comportamientos más nocivos originados tanto en la forma de culpabilidad como en su mayor gravedad y el perjuicio causado.

El artículo 49 del proyecto del Senado de la República, correspondiente al artículo 48 del proyecto de la Cámara de Representantes, y cuya numeración corresponde al texto final de la ley, incrementó la sanción para las faltas así¹⁷:

Para las faltas gravísimas realizadas con culpa gravísima, se aumentó el mínimo de la inhabilidad inescindible de la destitución, de 3 a 5 años.

Para las faltas gravísimas realizadas con culpa grave, se aumentó el máximo de la suspensión e inhabilidad especial, de 2 a 4 años.

Para las faltas graves realizadas con dolo, se aumentó el máximo de la suspensión e inhabilidad especial, de 18 meses a 24 meses.

Para las faltas graves culposas, se aumentó el máximo de la suspensión, de 12 meses a 18 meses.

El correctivo disciplinario para las faltas leves dolosas y leves culposas conservó la tasación que hizo el Senado de la República, pero el texto final de la tasación de las faltas fue el aprobado por la Cámara de Representantes. Veamos la exposición de motivos¹⁸:

3.3.1.4. Clasificación y límite de las sanciones disciplinarias

En este bloque se abordaron, por una parte, los ajustes a las sanciones de suspensión en virtud de los principios de razonabilidad y proporcionalidad -violación del principio de igualdad, y por la otra, la eliminación de la falta leve. La intervención se resume así:

Se llama la atención respecto de que dada la gravedad de la falta, la connotación de la conducta y el perjuicio causado a la administración, las faltas gravísimas realizadas con culpa grave deberían sancionarse con suspensión hasta de tres años. Se considera que como está redactada la norma, puede ocurrir que un servidor público sea sancionado con suspensión del cargo de 3 a 18 meses cuando co-

meta una falta grave dolosa y al mismo tiempo se permite que un servidor pueda recibir sanción hasta de 12 meses cuando cometa una falta grave culposa. Así las cosas, siendo de mayor gravedad y connotación la falta grave dolosa, en algunos casos puede resultar con una pena menor que la impuesta a servidores que cometen falta culposa, lo que sin lugar a dudas, constituiría una violación del principio de igualdad por afectación de la razonabilidad y proporcionalidad de la sanción.

La misma situación se presenta al comparar las sanciones que se pueden imponer por cometer una falta gravísima respecto de las que dan lugar cuando la falta se califica como grave culposa, pues en este último caso, bien podría imponerse una pena mayor a quien por definición causa un daño menor a la función pública.

(...)

Por lo anterior, los ponentes consideran pertinente ajustar el quantum de las sanciones en sus justas proporciones, para lo cual se sugiere lo siguiente:

<p>TEXTO APROBADO EN EL SENADO CAPÍTULO II <i>Clasificación y límite de las sanciones disciplinarias</i></p>	<p>TEXTO SUGERIDO CÁMARA CAPÍTULO II <i>Clasificación y límite de las sanciones disciplinarias</i></p>
<p><i>Artículo 49. Clases y límites de las sanciones disciplinarias. El servidor público está sometido a las siguientes sanciones:</i></p> <ol style="list-style-type: none"> <i>1. Destitución e inhabilidad general de diez (10) a veinte (20) años para las faltas gravísimas dolosas.</i> <i>2. Destitución e inhabilidad general de tres (3) a diez (10) años para las faltas gravísimas realizadas con culpa gravísima.</i> <i>3. Suspensión en el ejercicio del cargo de tres (3) meses a dos (2) años e inhabilidad especial hasta por el mismo término para las faltas gravísimas realizadas con culpa grave.</i> 	<p><i>Artículo 49. Clases y límites de las sanciones disciplinarias. El servidor público está sometido a las siguientes sanciones:</i></p> <ol style="list-style-type: none"> <i>1. Destitución e inhabilidad general de diez (10) a veinte (20) años para las faltas gravísimas dolosas.</i> <i>2. Destitución e inhabilidad general de cinco (5) a diez (10) años para las faltas gravísimas realizadas con culpa gravísima.</i> <i>3. Suspensión en el ejercicio del cargo de tres (3) a cuarenta y ocho (48) meses e inhabilidad especial hasta por el mismo término para las faltas gravísimas realizadas con culpa grave.</i>

<p>4. <i>Suspensión en el ejercicio del cargo de tres (3) a dieciocho (18) meses e inhabilidad especial hasta por el mismo término para las faltas graves dolosas.</i></p> <p>5. <i>Suspensión en el ejercicio del cargo de uno (1) a doce (12) meses para las faltas graves culposas.</i></p> <p>6. <i>Multa de veinte (20) a noventa (90) días de salario básico devengado para la época de los hechos para las faltas leves dolosas.</i></p> <p>7. <i>Multa de cinco (5) a veinte (20) días de salario básico devengado para la época de los hechos para las faltas leves culposas.</i> <i>Parágrafo. Conversión de la suspensión. En el evento en que el disciplinado haya cesado en sus funciones para el momento de la ejecutoria del fallo o durante su ejecución, cuando no fuere posible ejecutar la sanción, se convertirá el término de suspensión o el que faltare, según el caso, en salarios de acuerdo al monto de lo devengado para el momento de la comisión de la falta, sin perjuicio de la inhabilidad especial.</i></p>	<p>4. <i>Suspensión en el ejercicio del cargo de tres (3) a veinticuatro (24) meses e inhabilidad especial hasta por el mismo término para las faltas graves dolosas.</i></p> <p>5. <i>Suspensión en el ejercicio del cargo de uno (1) a dieciocho (18) meses para las faltas graves culposas.</i></p> <p>6. <i>Multa de veinte (20) a noventa (90) días de salario básico devengado para la época de los hechos para las faltas leves dolosas.</i></p> <p>7. <i>Multa de cinco (5) a veinte (20) días de salario básico devengado para la época de los hechos para las faltas leves culposas.</i> <i>Parágrafo. Conversión de la suspensión. En el evento en que el disciplinado haya cesado en sus funciones para el momento de la ejecutoria del fallo o durante su ejecución, cuando no fuere posible ejecutar la sanción, se convertirá el término de suspensión o el que faltare, según el caso, en salarios de acuerdo al monto de lo devengado para el momento de la comisión de la falta, sin perjuicio de la inhabilidad especial.</i></p>
---	---

El anterior texto fue el que quedó aprobado en la Comisión de Conciliación que finiquitó el texto del Código General Disciplinario, según informe publicado en la Gaceta 409 del 12 de junio de 2015 y texto definitivo aprobado en plenaria de Cámara y publicado en la Gaceta N.º 426 del 17 de junio de 2015.

Eliminación de la amonestación como correctivo disciplinario de las faltas leves culposas:

Sobre la eliminación de la amonestación como correctivo de las faltas leves culposas es muy esclarecedor lo consignado por los ponentes de la Cámara de Representantes, quienes ante el argumento de no consagrar la existencia de faltas leves culposas¹⁹ escogieron por su preservación ante el impacto que puede acarrear la comisión reiterada de tales comportamientos en la prestación de la función público y la necesidad de consagrar un correctivo disciplinario disuasivo, bajo el principio de prevención general, dirigido a los infractores inveterados que tiene el servicio público en el país. Se señaló:

Ahora bien en lo que tiene que ver con la eliminación de las faltas leves, se debe tener en cuenta que la reforma preserva las medidas correctivas en cabeza del jefe inmediato ante esas conductas que en menor grado afectan la función pública. La consagración de la falta leve demanda que se agoten todas las categorías que la estructura; en este sentido, si un comportamiento no alcanza a ser sustancialmente ilícito pues no conllevará responsabilidad.

Es importante tener en cuenta que en el ejercicio de la función pública se pueden cometer conductas recurrentes que en un principio pueden pasar desapercibidas, pero que en el transcurrir del tiempo generan entorpecimiento de la función pública, en el que el llamado de atención se queda corto como correctivo. Este presupuesto es el que se recoge en la modificación de la sanción que trae el proyecto para la faltas leves culposas, al haberse entendido que la amonestación escrita no cumplía con las finalidades de la sanción, por lo que ahora se contempla una multa de 5 a 20 días. Por lo tanto, la proposición no se acoge.²⁰

Del beneficio por confesión:

El Código General Disciplinario adopta la figura de confesión, no sólo como medio probatorio autónomo, sino como elemento que afecta la dosimetría de la sanción disciplinaria. Se le da un tratamiento más complejo de la consideración a ser un simple criterio de atenuación de la sanción, como es hoy previsto en el literal d) del numeral 1° del artículo 47 de la Ley 734 de 2002.

La primera versión de dicha figura que impacta la dosimetría de la sanción se hizo en forma tímida en el artículo 163 del proyecto del Senado

de la República, en donde se hace la salvedad que se iría a reconocer una disminución en “una tercera parte de la sanción a imponer”, pero que tal reducción no podría comportar la afectación de los “mínimos establecidos para cada tipo de sanción”.

Lo primero que hay que anotar es que el reconocimiento de responsabilidad debe estar precedido del juicio de exigibilidad que está contenido en el pliego de cargos y citación a audiencia, es allí en donde fijada la cuestión fáctica y delimitada la exigibilidad funcional y jurídica al disciplinado, puede existir una voluntad plena y libre para reconocer su responsabilidad en los hechos imputados.

Es así como la confesión disciplinaria, antes de la etapa de juicio, habilita es la readecuación del procedimiento para que una vez configurado el juicio de reproche el disciplinado pueda optar por esta vía para dar por terminado el proceso y reciba el beneficio. La simple confesión, además de un medio probatorio, exige de la autoridad disciplinaria corroborar su faliabilidad o no, bajo las reglas de la “sana crítica y los criterios para apreciar el testimonio”.

La propuesta del Senado de la República no contempló que esta figura supondría la rebaja punitiva de las faltas muy lesivas del ordenamiento jurídico y que socavan a las sociedades en grado sumo y que constituyen también faltas al DIH y DIDH, por ello fue necesario cerrar el paso a la aplicación de dicho beneficio para este tipo de faltas. También, bajo un análisis realista de la figura y la pretensión de sopesar el beneficio recibido por el Estado ante la admisión de responsabilidad del disciplinado, el último inciso de la propuesta procedente del Senado le quitaba el atractivo a la figura al ser inamovibles los mínimos de la sanción.

Por lo cual, en el tercer debate en la Cámara de Representantes, se presentó la propuesta que hoy corresponde al artículo 162 del Código General Disciplinario, donde se aclaró que tampoco se trata de una política de “justicia premial” como sí la hay en el sistema penal acusatorio. Así se adoptaron los cambios propuestos por la Cámara de Representantes:

b) Beneficios por colaboración y ajuste de sanciones disciplinarias

Por una parte, se manifiesta la oposición a que el Estado premie a quien infringe la ley, ya que desde el punto de vista ético repugna, no solo de quien acoge dicha figura sino que el Estado sacrifica principios humanistas para lograr su efectivismo.

Por la otra, señala que se opta por subir la penas para fomentar la colaboración, con el fin de premiar al delator, pero afectando, a aquellas personas que son vencidas en juicio y que podían haber sido beneficiadas con pena mínima, que hoy casi triplica la que normalmente se impone.

Al respecto, se debe mencionar que el proyecto en ninguna de sus partes consideró beneficios por colaboración. La adecuación de las sanciones atiende a presupuestos de proporcionalidad y razonabilidad. No se busca con ello estimular colaboración o delación, el objetivo está encaminado a disuadir, atendiendo una de las funciones de la pena, la prevención.²¹

El texto resultante fue²²:

<p>TEXTO APROBADO EN SESIÓN PLENARIA AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 55 DE 2014 SENADO. TEXTO APROBADO EN SESIÓN PLENARIA DEL SENADO DE LA REPÚBLICA EL DÍA 15 DE DICIEMBRE DE 2014 AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 55 DE 2014 SENADO</p>	<p>TEXTO PROPUESTO PARA DAR PRIMER DEBATE EN CÁMARA AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 195 DE 2014 CÁMARA Y 55 DE 2014 SENADO</p>
<p>TÍTULO VI PRUEBAS (...)</p>	
<p>CAPÍTULO I Confesión</p>	
<p>Artículo 163. Beneficios de la confesión. Si al momento de instalar la audiencia el disciplinado acepta la responsabilidad que se le imputa en el auto de citación a audiencia y formulación de cargos, la autoridad disciplinaria inmediatamente la evaluará y de ser procedente suspenderá la audiencia por el término de diez (10) días para proferir el fallo sancionatorio. Al momento de dosificar la sanción la autoridad disciplinaria deberá disminuir la sanción de inhabilidad, suspensión o multa <u>hasta en una tercera parte de la sanción a imponer.</u> <u>El anterior beneficio no afectará los mínimos establecidos para cada tipo de sanción.</u></p>	<p>Artículo 163. Beneficios de la confesión. Si al momento de instalar la audiencia el disciplinado acepta la responsabilidad que se le imputa en el auto de citación a audiencia y formulación de cargos, la autoridad disciplinaria inmediatamente la evaluará y de ser procedente suspenderá la audiencia por el término de diez (10) días para proferir el fallo sancionatorio. Al momento de dosificar la sanción la autoridad disciplinaria deberá disminuir la sanción de inhabilidad, suspensión o multa hasta en una tercera parte de la sanción a imponer. El anterior beneficio no se aplicará cuando se trate de las faltas gravísimas contenidas en el artículo 52 de este Código. Cuando la confesión se presente durante la etapa de investigación, la autoridad disciplinaria la valorará y de encontrarla procedente la evaluará y citará a audiencia y formulará cargos.</p>

Otro elemento, vinculado con el anterior, hace relación a que la confesión tiene el componente de ser criterio para la graduación de la sanción, el cual fue recogido en el artículo 51 del proyecto del Senado de la República bajo la siguiente expresión: “*b) La confesión de la falta antes de la formulación de cargos*”. Lo que resulta inconsistente con lo explicado en precedencia, por lo cual se tuvo la necesidad de ajustar dicha redacción y asumirlo como criterio simple y llanamente, sin condicionante de la etapa procesal, se entiende que ante la estructura oral de la etapa de juicio el momento apropiado para la admonición de responsabilidad es una vez instalada la audiencia, explicado el auto de citación y registrado en forma exacta el juicio de responsabilidad elevado contra el disciplinado.

En el texto de la ponencia para tercer debate en la Cámara de Representantes se señala como “atenuante” la: “b) Confesión de la falta”.

Del régimen de sanciones para los notarios:

Sobre este particular es necesario acotar que en el trámite del tercer debate se corrigieron algunas inconsistencias relacionadas con el régimen de sanciones de los Notarios y referidos a la precisión de indicar que la sanción de destitución lleva aparejada la de inhabilidad, lo que no se había hecho en el artículo 81 del proyecto de Senado.

Así también, en el artículo 82 de dicho proyecto no se le había dado un término expreso a la inhabilidad prevista para los Notarios en el trámite del Senado de la República, lo que es inherente a la de destitución. Los ajustes fueron del siguiente tenor y constituyen el Pliego de Enmiendas que fue publicado en la Gaceta 317 del 21 de mayo de 2015:

CAPÍTULO III Sanciones	
<p>Artículo 81. <i>Sanciones</i>. Los notarios estarán sometidos al siguiente régimen de sanciones:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Destitución para el caso de faltas gravísimas realizadas con dolo o culpa gravísima. 2. Suspensión en el ejercicio del cargo para las faltas graves realizadas con dolo o culpa y las gravísimas diferentes a las anteriores. 3. Multa para las faltas leves dolosas. 	<p>Artículo 81. <i>Sanciones</i>. Los notarios estarán sometidos al siguiente régimen de sanciones:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Destitución e inhabilidad para el caso de faltas gravísimas realizadas con dolo o culpa gravísima. 2. Suspensión en el ejercicio del cargo para las faltas graves realizadas con dolo o culpa y las gravísimas diferentes a las anteriores. 3. Multa para las faltas leves dolosas.
<p>Artículo 82. <i>Límite de las sanciones</i>. La multa es una sanción de carácter pecuniario la cual no podrá ser inferior al valor de 10, ni superior al de ciento ochenta (180) días de salario básico mensual establecido por el Gobierno Nacional.</p> <p>La suspensión no será inferior a 30 días, ni superior a 12 meses.</p>	<p>Artículo 82. <i>Límite de las sanciones</i>. La inhabilidad no será inferior a cinco (5) ni superior a veinte (20) años.</p> <p>La suspensión no será inferior a un (1) mes 30 días, ni superior a 12 cuarenta y ocho (48) meses.</p> <p>La multa es una sanción de carácter pecuniario la cual no podrá ser inferior al valor de 10, ni superior al de ciento ochenta (180) días del salario mínimo legal mensual vigente establecido por el Gobierno Nacional.</p>

Del principio de favorabilidad en las faltas gravísimas cometidas con culpa gravísima:

La decisión adoptada por el legislador de restablecer el principio esencial de proporcionalidad en la aplicación de las sanciones en materia disciplinaria y dar un tratamiento diferencial a la comisión de las faltas disciplinarias gravísimas cometidas a título de dolo con aquellas cometidas con culpa, motivó la asignación de un correctivo diferente para unas y otras.

La forma de culpabilidad originada en el proceder culposo, así sea catalogada bajo la subespecie de “culpa gravísima” no podrá ser asimilada al

comportamiento intencional, al cual se le atribuye el origen de los actos de corrupción²³ más gravosos por parte de los agentes estatales. Generalmente, existe una apreciación genérica del fenómeno de corrupción asociada también con actos originados en la negligencia, impericia, imprudencia o violación de reglas de obligatorio cumplimiento por parte del servidor público, que generan el rechazo de la ciudadanía y son merecedores de sanciones ejemplarizantes. Aun así, es necesario separar aquellos comportamientos dolosos y culposos y asumir las consecuencias sancionatorias con diferente intensidad. Dogmáticamente la controversia entre la línea gris que separa un comportamiento intencional de otro culposo, a propósito de la culpa con representación, no desvirtúa el hecho de que la voluntad y libre decisión de los ciudadanos es la razón de entender cuál ha sido la finalidad que guía el comportamiento humano.

No se deberá sancionar de la misma forma la conducta guiada por una finalidad dirigida a defraudar conscientemente los principios y valores constitucionales de otra que ha nacido con un fin inocuo o jurídicamente irrelevante, pero que en el decurso de los acontecimientos por el obrar descuidado del agente trae consigo la violación de esos mismos preceptos y valores constitucionales.

Por la construcción de una “ética del conocimiento” que pretende edificar un juicio de responsabilidad de corte normativista para el servidor público, que haría más fácil edificar el elemento subjetivo de la falta disciplinaria, no se puede perder de vista que es la voluntad final la que deberá guiar la sanción dentro de la concepción de un Estado social de derecho garantista de los derechos fundamentales de todos los asociados, incluidos los servidores públicos.

Siempre existió consenso en los miembros de la Comisión de Reforma en atribuir una sanción diferente a las faltas gravísimas dolosas, que son el parangón del fenómeno de la corrupción, de las faltas gravísimas cometidas con culpa gravísima. Luego de superar el proceso legislativo persistió el mismo criterio y por ello los actos de corrupción en sentido estricto que corresponden a las faltas gravísimas dolosas siguen recibiendo como sanción la prevista en la Ley 734 de 2002 consistente en destitución e inhabilidad

general por el término de 10 a 20 años. No es cierto que se haya flexibilizado y relajado la lucha contra el flagelo de la corrupción como algunos detractores de esta iniciativa lo han querido presentar bajo el tamiz de elucubraciones sofisticadas.

En cuanto a las faltas gravísimas cometidas con culpa gravísima, que el Código Disciplinario Único – Ley 734 de 2002, le asignaba un mismo *quantum* sancionatorio que al de las faltas gravísimas dolosas, esto es, la destitución e inhabilidad general de 10 a 20 años, el Código General Disciplinario expedido les asigna hoy una sanción de destitución e inhabilidad de 5 a 10 años.

El principio de favorabilidad se aplica a las actuaciones que se encuentren en curso como a aquellas que hayan culminado, de tal suerte que también es pertinente su aplicación al sancionado. El texto aprobado es el mismo adoptado por el Senado de la República y de acuerdo al informe de conciliación fue el acogido; tiene el siguiente tenor:

Artículo 8°. Favorabilidad. En materia disciplinaria la ley permisiva o favorable, sustancial o procesal de efectos sustanciales, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Este principio rige también para quien esté cumpliendo la sanción, salvo lo dispuesto en la Constitución Política. (Subrayado y negrillas propio)

Como consecuencia de lo anterior se plantearon múltiples propuestas para instrumentalizar el principio de favorabilidad para aquellas situaciones jurídicas consolidadas con una sanción disciplinaria en tratándose de faltas gravísimas con culpa gravísima y sobre las que pesa una sanción igual a las faltas gravísimas dolosas, que si bien en vigencia de la Ley 734 de 2002 era lo lícito, hoy resulta incongruente con la postura filosófica que subyace el principio de congruencia atado a la forma de culpabilidad, línea de acción que siempre ha marcado el pensamiento occidental en las dos últimas centurias en pos de justicia material y que hoy fue rescatado para el derecho sancionador disciplinario.

La propuesta contenida en el proyecto original fue:

Artículo 270. *Aplicación del principio de favorabilidad*. Las sanciones de inhabilidad general que se estén cumpliendo como consecuencia de la realización de una falta gravísima cometida con culpa gravísima se reducirán así:

1. La de diez (10) y once (11) años, a tres (3) años.

2. La de doce (12) y trece (13) años, a cuatro (4) años.
3. La de catorce (14) y quince (15) años, a cinco (5) años.
4. La de dieciséis (16), a seis (6) años.
5. La de diecisiete (17), a siete (7) años
6. La de dieciocho (18), a ocho (8) años.
7. La de diecinueve (19), a nueve (9) años.
8. La de veinte (20) años, a diez (10) años.²⁴

La razón en su exposición de motivos fue presentada brevemente así:

2.9 Régimen de transición, vigencia y derogatoria

Este régimen ha sido pensado para generar los menores traumatismos en la adopción de normas públicas de aplicación inmediata como son las de índole procesal, máxime que se introduce un único procedimiento que conjuga el ordinario y el verbal. Así mismo, se pensó en un régimen de transición en las sanciones ya impuestas acorde con el principio de favorabilidad, acorde con el nuevo catálogo de sanciones atribuidas a las faltas tipificadas y que ya han sido objeto de definición en sede disciplinaria.

En su tránsito por el Senado de la República la formula no tuvo mayor controversia o reparo, en la ponencia para primer debate se señaló²⁵:

2.6 La aplicación del principio de favorabilidad

Como quiera que las sanciones para las faltas gravísimas con culpa gravísima se redujeron, es necesario que el proyecto contemple unos instrumentos efectivos para que pueda aplicarse el principio de favorabilidad, pues este también aplica para quienes estén cumpliendo la sanción disciplinaria. De no hacerse esta mención expresa, podría ocasionarse un vacío que generaría criterios encontrados y varias actuaciones administrativas innecesarias, situación que debe evitarse a toda costa. Súmese a ello que en el derecho disciplinario no existe una autoridad que desempeñe una función como el que guarda las proporciones cumplen los jueces de ejecución de penas en el ámbito del derecho penal, quienes se encargan de resolver, entre otros asuntos, los temas de la aplicación del principio de favorabilidad.

De esa manera, el artículo 270 del proyecto es un instrumento nuevo, el cual no tiene una norma con la cual compararse:

<p>PROYECTO DE CÓDIGO GENERAL DISCIPLINARIO</p>	<p>LEY 734 DE 2002 (febrero 5) <i>Por la cual se expide el Código Disciplinario Único.</i></p>
<p>LIBRO IV PROCEDIMIENTO TÍTULO XII TRANSITORIEDAD, VIGENCIA Y DEROGATORIA</p>	
<p>Artículo 270. <i>Aplicación del principio de favorabilidad.</i> Las sanciones de inhabilidad general que se estén cumpliendo como consecuencia de la realización de una falta gravísima cometida con culpa gravísima se reducirán así:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. La de diez (10) y once (11) años, a tres (3) años. 2. La de doce (12) y trece (13) años, a cuatro (4) años. 3. La de catorce (14) y quince (15) años, a cinco (5) años. 4. La de dieciséis (16), a seis (6) años. 5. La de diecisiete (17), a siete (7) años 6. La de dieciocho (18), a ocho (8) años. 7. La de diecinueve (19), a nueve (9) años. 8. La de veinte (20) años, a diez (10) años. 	<p>No existe norma para hacerse la comparación</p>

En la misma perspectiva el informe de ponencia para segundo debate recogió la misma argumentación y así fue aprobado por el Senado de la República.²⁶

Una vez llegado el trámite a la Cámara de Representantes, surtida una serie de audiencias públicas, se estableció la necesidad de considerar una fórmula más apropiada para dar realidad al propósito establecido en el Senado, el cual era evitar la inseguridad jurídica por el régimen sancionatorio diverso adoptado para este tipo de faltas. Existió al interior de la Comisión de Ponentes en Cámara un intenso debate sobre la conveniencia o no de reglamente en la ley un régimen de transición originado en el principio de favorabilidad, cuando la tradición jurídica del país lo ha dejado en manos de los criterios orientadores de la doctrina y la jurisprudencia. Pero ante la necesidad de llenar unos vacíos que no pueden ser suplidos por las autoridades disciplinarias se decidió en su reglamentación.

Artículo 265. Aplicación del principio de favorabilidad. Las sanciones de inhabilidad general que se estén cumpliendo como consecuencia de la realización de una falta gravísima cometida con culpa gravísima se **reducirán a la mitad del término impuesto.** (Negrillas propio)

Las razones para haber optado por la anterior propuesta son las siguientes:

2.1.6. La aplicación del principio de favorabilidad

Como quiera que las sanciones para las faltas gravísimas con culpa gravísima se redujeron, es necesario que el proyecto contemple unos instrumentos efectivos para que pueda aplicarse el principio de favorabilidad, pues este también aplica para quienes estén cumpliendo la sanción disciplinaria. De no hacerse esta mención expresa, podría ocasionarse un vacío que generaría criterios encontrados y varias actuaciones administrativas innecesarias, situación que debe evitarse a toda costa. Súmese a ello que en el Derecho Disciplinario no existe una autoridad que desempeñe una función como el que guardada las proporciones cumplen los jueces de ejecución de penal en el ámbito del derecho penal, quienes se encargan de resolver, entre otros asuntos, los temas de la aplicación del principio de favorabilidad. Con ello, también se evitaría la congestión judicial, en razón de probables acciones judiciales de protección de derechos fundamentales.

Sobre este aspecto han sido varias las propuestas que se han analizado, por lo que más adelante se explicará en detalle cuál es el texto que se acoge como ponencia en la Cámara de Representantes.

En todo caso, si el proyecto del nuevo Código no hace esta regulación, se presentarán las siguientes dificultades:

- a) No se tendrá certeza de cómo y en qué término se rebajará la sanción. Ejemplo: si a alguien se le impuso una inhabilidad de quince años, ¿cuál es el nuevo término a imponer? ¿siete años y medio, porque esta esta corresponde a la mitad del término entre tres a diez? ¿tres porque es el mínimo, pero con absoluta desproporción de aquel al que inicialmente se le impuso un término mayor?
- b) No se tendrá certeza de quién debe decidir la nueva sanción, pues ante una nueva regulación pueden darse distintas interpretaciones: ¿la autoridad que decidió el caso?, ¿el procurador general de la Nación?, ¿la Jurisdicción Contenciosa?, ¿un juez de tutela? En cambio, con esta regulación legal, bastará un nuevo registro en el SIRI, aspecto que se reduce a una simple cuestión operacional a cargo de la Procuraduría General de la Nación.
- c) Se presentará una congestión de solicitudes, conflictos de competencia y diversidad de criterios, problemas suficientemente resueltos con la nueva regulación.

La anterior argumentación no fue de recibo para los miembros de la Comisión Primera de la Cámara de Representantes, según proposición sustitutiva de un miembro de la Comisión, radicada el 26 de mayo de 2015, en la cual sin ninguna otra motivación solicitó la “eliminación” del artículo 264 de la ponencia presentada. En la sesión del miércoles 27 de mayo de 2015 se dispuso en votación no aprobar el artículo 265 del proyecto presentado por los ponentes, con lo cual, no quedó fórmula del legislador para instrumentalizar el principio de favorabilidad en relación con el cambio del *quantum* para las faltas gravísimas cometidas con culpa gravísima.

Revisado el proyecto de ponencia para segundo debate, contenido en la Gaceta del Congreso de la República N.º 394 del 10 de junio de 2015, ya no aparece ningún artículo relacionado con este tema al ser negado en comisión.

También consideramos que el tratamiento favorable controversial se extiende a las faltas leves dolosas ya que la nueva codificación si bien aumento el mínimo sancionatorio disminuyó el máximo en la mitad pasando de 180 días de multa a 90 días, lo que a todas luces resulta un tratamiento más benigno para quienes se encuentren cumpliendo una sanción por este tipo de falta disciplinaria en la cual se le haya impuesto un correctivo superlativo al máximo referido por el Código General Disciplinario. Veamos en forma más gráfica:

Ley 734 de 2002		Código General Disciplinario (confesión)	
Falta gravísima dolosa	destitución e inhabilidad de 10 a 20 años	Falta gravísima dolosa	destitución e inhabilidad de 10 a 20 años
Falta gravísima con culpa gravísima	destitución e inhabilidad de 10 a 20 años	Falta gravísima con culpa gravísima	destitución e inhabilidad de 5 a 10 años
Falta gravísima con culpa grave	Inexistente	Falta gravísima con culpa grave	Suspensión e inhabilidad especial de 3 meses a 48 meses
Falta grave dolosa	Suspensión e inhabilidad especial de 30 días a 12 meses	Falta grave dolosa	Suspensión e inhabilidad especial de 3 meses a 24 meses
Falta grave culposa	Suspensión un mes a 12 meses	Falta grave culposa	Suspensión uno a 18 meses
Falta leve dolosa	Multa 10 a 180 días salario básico	Falta leve dolosa	Multa de 20 a 90 días salario básico
Falta leve culposa	Amonestación escrita	Falta leve culposa	Multa de 5 a 20 días salario básico

Se ha hecho una revisión del trámite legislativo del Código General Disciplinario sobre los apartados que tienen relación con el Sistema de Sanciones adoptado por dicha codificación. Allí se ha analizado aspectos que tiene que ver con los criterios de gravedad y levedad de las faltas, de graduación de la sanción, de la confesión, del principio de favorabilidad, todos temas que podrían parecer disímiles con el objeto de análisis, pero que en realidad corresponden a elementos esenciales para concluir el debido ejercicio de la

tasación de la sanción en sede disciplinaria. También se ha abordado propuestas normativas que no tuvieron eco en el legislador, pero que pueden servir como parámetros de análisis futuro a las controversias que se seguro se van a suscitar sobre la materia.

Referencias

- 1 Ponencia para el V Congreso Internacional de Derecho Disciplinario “Nuevo Código General Disciplinario”. Bogotá 9 y 10 de julio de 2015.
- 2 Publicado en la Gaceta del Congreso N.º 401 de 2014. Senado de la República.
- 3 Esta es una de las razones para que los cultores de las formas de interpretación o hermenéutica jurídica basadas en conceptos tradicionales de exégesis semántica hayan perdido influencia en el pensamiento jurídico contemporáneo. La pretensión dogmática de “juicios universales” jurídicos es relativizada por su variabilidad y forma normativa contingente. Ver, entre otros: Formalismo. Jusnaturalismo, Sociologismo. El voluntarismo. Capítulo I. pág. 19 Introducción a la Crítica del Derecho Moderno. Oscar Correas.
- 4 Comisión de Reforma al Poder Disciplinario en Colombia convocada mediante Resolución 118 del 21 de abril de 2014 por el Jefe del Ministerio Público e integrada por representantes de la Defensoría del Pueblo, el Ministerio de Justicia, el Consejo de Estado, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, la Personería de Bogotá, D. C., el ICDD y el Colegio de Abogados en Derecho Disciplinario.
- 5 Sentencia C- 125 del 18 de febrero de 2003. Corte Constitucional.
- 6 Op. Cit.
- 7 Ley 599 de 2000: “Artículo 3o. Principios de las sanciones penales. La imposición de la pena o de la medida de seguridad responderá a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad.
El principio de necesidad se entenderá en el marco de la prevención y conforme a las instituciones que la desarrollan.”
Artículo 34: “(...)En los eventos de delitos culposos o con penas no privativas de la libertad, cuando las consecuencias de la conducta han alcanzado exclusivamente al autor o a sus ascendientes, descendientes, cónyuge, compañero o compañera permanente, hermano, adoptante o adoptivo, o pariente hasta el segundo grado de afinidad, se podrá prescindir de la imposición de la sanción penal cuando ella no resulte necesaria”
- 8 Sentencia C- 612 del 4 de septiembre de 2013. Corte Constitucional.
- 9 No se va a entrar a debatir el alcance de las modalidades culposas que el legislador señaló como constitutivas de “culpa gravísima” ni la corrección de los postulados de una ética del conocimiento que avala una sanción disciplinaria igual de drástica al proceder doloso con el culposo supino por exceder el alcance de estas breves reflexiones. Lo cierto es que por más inventiva que tengamos son fenómenos disímiles para poder ser equiparados con una misma consecuencia punitiva.
- 10 Iniciativa que no tuvo mayor eco en el legislativo y que nació como una propuesta muy puntual de modificar la competencia disciplinaria de los servidores públicos de elección popular. No prosperó tal iniciativa ante el análisis hecho por la Corte Constitucional en varias sentencias sobre dicha prerrogativa de la autoridad disciplinaria, en especial, según estudio muy amplio tratado en la Sentencia SU 712 de 2013. Se recordó por los ponentes para dar preponderancia al proyecto de ley 055/ de 2014 que: “Es oportuno señalar que en el marco del mecanismo

- de seguimiento de la implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción (Mesicic), que tuvo lugar en Washington, D. C., el Comité de Expertos de los Estados Partes recomendó al Estado colombiano fortalecer la Procuraduría General de la Nación como órgano de control superior en su lucha contra la corrupción y la ineficacia de los servidores públicos. Confróntese con el punto 4.4 del informe final aprobado en Sesión Plenaria del 13 de septiembre de 2013”.
- 11 Gaceta del Congreso 664 del 29 de octubre de 2014. Senado de la República
 - 12 Es estricto sentido aquí se debe entender que el tratamiento jurídico de la sanción de suspensión e inhabilidad especial deberá inescindible, más que la consideración de que son “una sola sanción”.
 - 13 Pág. 33.
 - 14 Gaceta Congreso N.º 394 del 10 de junio de 2015. Informe de ponencia para segundo debate en la Cámara de Representantes.
 - 15 “Dosimetría penal y disciplinaria”. Lecciones de Derecho Disciplinario. Volumen 10. Obra colectiva. Instituto de Estudios del Ministerio Público. Procuraduría General de la Nación. Bogotá, D.C., octubre de 2008. Pág. 111 a 119.
 - 16 Gaceta Congreso N.º 394 del 10 de junio de 2015. Informe de ponencia para segundo debate en la Cámara de Representantes.
 - 17 Gaceta N.º 276 del 11 de mayo de 2015. Informe de Ponencia para el primer debate en la Comisión Primera de la Cámara de Representantes.
 - 18 Op. Cit. Pág. 15 y 16.
 - 19 La intervención en tal sentido, de abolir las faltas leves culposas, fue presentada con el siguiente argumento: “Se agrega que las faltas leves culposas deberán desaparecer del ordenamiento jurídico, pues este tipo de faltas carecen de ilicitud sustancial, dado que el perjuicio que se causa a la administración no es significativo. A esto se suma que no existe proporcionalidad entre la naturaleza de la falta, los costos del proceso y los resultados del mismo, siendo más eficientes, efectivas y eficaces las acciones correctivas que el superior inmediato”
 - 20 Gaceta N.º 276 del 11 de mayo de 2015. Informe de Ponencia para el primer debate en la Comisión Primera de la Cámara de Representantes. Pág. 16.
 - 21 Op. Cit. Pág. 26.
 - 22 Op. Cit. Pág. 71.
 - 23 En desarrollo de lo dispuesto en el artículo 73 de la Ley 1474 de 2011 se expidió el Decreto 2462 del 17 de diciembre de 2012, por el cual se adopta la estrategia de lucha contra la corrupción en el Colombia, y se adopta la metodología contenida en el documento “Estrategias para la Construcción del Plan Anticorrupción y de Atención al Ciudadano” por parte de la Secretaría de Transparencia de la Presidencia de la República para tales efectos. Allí se define el riesgo de corrupción así: “Se entiende por Riesgo de Corrupción la posibilidad de que por acción u omisión, mediante el uso indebido del poder, de los recursos o de la información, se lesionen los intereses de una entidad y en consecuencia del Estado, para la obtención de un beneficio particular”. Si bien es cierto no es el tema central de este breve escrito el fenómeno de la corrupción es multiforme y complejo, aún de grados, pero siempre está permeado por una idea que le es transversal y es la búsqueda o deseo del agente de obtener un beneficio particular a través del abuso del poder, lo que en nuestro criterio se asemeja a un propósito consciente símil más del obrar doloso que del culposo.
 - 24 Gaceta del Congreso de la República, Senado, N.º 401 del 6 de agosto de 2014. Proyecto de Ley presentado.
 - 25 Gaceta del Congreso de la República, Senado. N.º 664 del 29 de octubre de 2014.
 - 26 Gaceta del Congreso de la República, Senado. N.º 842 del 10 de diciembre de 2014.

EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DISCIPLINARIOS

MANUEL EDUARDO MARÍN SANTOYO.¹ *

Procurador Judicial II Administrativo

CONTENIDO

I.	LOS FALLOS DISCIPLINARIOS COMO ACTOS ADMINISTRATIVOS DE NATURALEZA ESPECIAL.281
II.	EL CONTROL DE LEGALIDAD DE LOS FALLOS DISCIPLINARIOS..283
	LAS TESIS SOBRE EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LOS FALLOS DISCIPLINARIOS284
	TESIS SEGÚN LA CUAL EL CONTROL JURISDICCIONAL NO CONSTITUYE TERCERA INSTANCIA..285
	TESIS DEL CONTROL AMPLIO DE LEGALIDAD.288
	TESIS DEL CONTROL IRRESTRICTO DE CONSTITUCIONALIDAD.294
	ANÁLISIS COMPARATIVO DE LAS TESIS SOBRE EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LOS FALLOS DISCIPLINARIOS..301
	LAS CONSECUENCIAS DE LAS APLICACIÓN DEL CONTROL AMPLIO ESPECIALMENTE LA MODIFICACIÓN DE LOS FALLOS DISCIPLINARIOS DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 187 DEL CPACA.304

La naturaleza administrativa sancionatoria del Derecho Disciplinario ha sido determinada por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en diversos pronunciamientos, en los que ambas corporaciones coinciden en determinar que dicha connotación se desprende del objeto mismo del que se ocupa esta especialidad del derecho².

La Corte Constitucional ha fijado el punto anotado en la Sentencia C-252 de 2003 donde determinó lo siguiente:

“En punto del derecho disciplinario, se impone resaltar por qué el fundamento de la imputación y, en consecuencia, del ejercicio de la potestad sancionadora del Estado, está determinado por la infracción de los deberes funcionales del servidor público.

En ese marco, las autoridades de la República, a través de las cuales actúa el Estado como personificación jurídica de la nación, están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes y demás derechos y libertades y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. Esta orientación finalística de las autoridades de la República determina el fundamento de su responsabilidad y de allí que, de acuerdo con el artículo 6.º Superior, ellas respondan por infringir la Constitución y la ley y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. Esto es entendible: La atribución de función pública genera un vínculo de sujeción entre el servidor público y el Estado y ese vínculo determina no sólo el ámbito de maniobra de las autoridades con miras a la realización de los fines estatales, sino que también precisa el correlativo espacio de su responsabilidad, independientemente de la especificidad que en cada caso pueda asumir la potestad sancionadora del Estado.

Entonces, nótese cuál es el fundamento de la imputación disciplinaria: La necesidad de realizar los fines estatales le impone un sentido al ejercicio de la función pública por las autoridades. Éstas deben cumplir la Constitución y la ley, ponerse al servicio de los intereses generales, desarrollar los principios de la función administrativa y desempeñar para ello los deberes que les incumben. Una actitud contraria de las autoridades lesiona tales deberes funcionales. Como estos deberes surgen del vínculo que conecta al servidor con el Estado y como su respeto constituye un medio para el ejercicio de los fines estatales orientados a la realización integral de la persona humana, es entendible que su infracción constituya el fundamento de la imputación inherente al derecho disciplinario. De allí que la antijuridicidad de la falta disciplinaria remita a la infracción sustancial del deber funcional a cargo del servidor público o del particular que cumple funciones públicas”.

El anterior concepto debe acompañarse del vertido en la sentencia C-315 de 2012 sobre el concepto e integración del derecho disciplinario:

“En este orden de ideas, la Corte ha precisado, que el derecho disciplinario está integrado por todas aquellas normas mediante las cuales se exige a los servidores públicos un determinado comportamiento en el ejercicio de sus funciones, independientemente de cuál sea el órgano o la rama a la que pertenezcan, pues se trata de fijar las condiciones mínimas para que la actividad desarrollada por el Estado se preste de manera eficiente, motivo por el cual la consagración en un ordenamiento jurídico especial de las reglas y sanciones, no solamente constituye un derecho sino un deber del Estado.”

Y finalmente expresado de manera concreta por la sentencia C-030 de 2012:

“Esta Corporación se ha referido de manera reiterada a la potestad sancionadora en el derecho disciplinario, el cual hace parte del ius puniendi del Estado, conjuntamente con el derecho penal, el derecho contravencional y el derecho correccional. El ámbito disciplinario hace parte del denominado derecho administrativo sancionador y se refiere a “un poder de sanción ejercido por las autoridades administrativas que opera ante el incumplimiento de los distintos mandatos que las normas jurídicas imponen a los administrados y aún a las mismas autoridades públicas”.

En la misma orientación que el Tribunal Constitucional, el Consejo de Estado, en sentencia de Sala Plena de lo Contencioso Administrativo *en sentencia de 11 de julio de 2013, radicación 11001032500020110011500 (03902011)* determina lo siguiente:

“La potestad disciplinaria constituye una de las modalidades de los poderes sancionatorios del Estado; en la misma medida, el derecho disciplinario es una modalidad del derecho sancionador, cuya concepción misma, a más de su ejercicio, deben estar orientados a garantizar la materialización de los principios propios del Estado Social de Derecho, el respeto por los derechos y garantías fundamentales, y el logro de los fines esenciales del Estado que establece la Carta Política y justifica la existencia misma de las autoridades. La relación disciplinaria que existe entre los servidores públicos y el Estado se fundamenta, según ha explicado la Corte Constitucional, en la “(...) relación de subordinación que existe entre el funcionario y la administración en el ámbito de la función pública y se origina en el incumplimiento de un deber o de una

prohibición, la omisión o la extralimitación en el ejercicio de sus funciones, la violación de régimen de inhabilidades, incompatibilidades, etc.”

Sobre la naturaleza, finalidades y características de “la potestad disciplinaria que en razón de la función pública debe ser ejercida sobre los servidores públicos”

Ha dicho el Consejo de Estado que “las finalidades de la ley y de las sanciones disciplinarias son las de garantizar el cumplimiento de los fines y funciones del Estado en relación con las conductas de los servidores públicos que los afecten o pongan en peligro. // En efecto, si la función pública debe ser orientada a la satisfacción de las necesidades sociales y el aseguramiento de los intereses colectivos y no a la realización de los intereses de los servidores públicos, la acción disciplinaria entonces, se origina en el incumplimiento de esos deberes y tiene como finalidad garantizar el buen funcionamiento de la administración”. (...)

(...) aquellos actos expedidos en ejercicio de la potestad disciplinaria en sus ámbitos interno y externo, constituyen ejercicio de función administrativa, y por lo tanto son actos administrativos sujetos al pleno control de legalidad y constitucionalidad por la jurisdicción contencioso-administrativa. No se trata de actos que manifiesten la función jurisdiccional, ni mucho menos de una función sui generis o nueva del Estado, sino –se reitera con énfasis– de actos administrativos que tienen, por definición, control judicial.

Son numerosos y consistentes los pronunciamientos de la Corte Constitucional en los que expresamente se ha resaltado la naturaleza administrativa de la potestad disciplinaria, tanto interna de la Administración Pública como externa y preferente de la Procuraduría General de la Nación.

Así, por ejemplo, en la sentencia C-280 de 1996 (M. P. Alejandro Martínez Caballero), la Corte explicó que “los fallos disciplinarios son decisiones administrativas que pueden ser impugnadas ante la jurisdicción contencioso-administrativa”. De hecho, se parte de la base en la jurisprudencia constitucional de que el poder disciplinario es una manifestación del derecho administrativo sancionador, y no de una potestad judicial o jurisdiccional. Por eso mismo la Corte ha defendido la existencia de distintas especificidades en la aplicación de las garantías propias del derecho penal al ámbito del derecho administrativo sancionador.”

Partiendo de la sentada postura de los órganos jurisdiccionales de cierre, y respondiendo especialmente al carácter de actos administrativos de los fallos disciplinarios que se emiten por los órganos con competencia disciplinaria se presentan una serie de cuestiones sobre la manera como debe ser ejercido el control jurisdiccional de los actos administrativos disciplinarios.

En la presente ponencia se busca abordar dichas cuestiones partiendo como primera medida de una serie de características de los actos administrativos disciplinarios, para desde la misma observar la tendencia que ha tenido el Consejo de Estado y particularmente la Sección Segunda de dicha Corporación respecto del control jurisdiccional de dichos actos.

I. LOS FALLOS DISCIPLINARIOS COMO ACTOS ADMINISTRATIVOS DE NATURALEZA ESPECIAL.

La Sentencia de 11 de diciembre de 2012 dictada por la Sala Plena del Consejo de Estado en el radicado 11001032500020110011500 determina que los fallos disciplinarios si bien son una expresión de la administración, tienen una naturaleza especial, lo anterior fundado en la existencia de un funcionario investido de una potestad disciplinaria que ostenta la condición de juez natural respecto de aquellas conductas reprochables disciplinariamente, postura que debe acompasarse con las diferentes decisiones en las cuales la Corte Constitucional ha determinado que la función disciplinaria encarna una administración material de justicia, lo que consolida aún más la condición de juez natural respecto de quienes ostentan la potestad disciplinaria del estado.

De manera concreta dicho aspecto es desarrollado por la Sentencia C-429 de 2001 en la que se precisa lo siguiente:

“En materia disciplinaria, que es el tema que se regula en las normas acusadas, también rige el principio del juez natural, esto es, aquél a quien la Constitución o la ley le ha atribuido el conocimiento de un determinado asunto, está consagrado en el artículo 29 de la Constitución, en estos términos

“Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio (...)”.

Principio que aparece incluido en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, entre las garantías judiciales, así. “8. Garantías judiciales.

1.- Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus

derechos y obligaciones de orden civil, laboral, o de cualquier otro carácter.”
(Destaca la Corte)

De conformidad con estos preceptos, la competencia debe ser constitucional o legal; preexistente, es decir, anterior al hecho que motiva la actuación o proceso correspondiente, y explícita.

En cuanto atañe a la competencia del Procurador General de la Nación son varios los preceptos constitucionales que se refieren a ella. Veamos:

En el artículo 118 de la Constitución se señalan las funciones genéricas que corresponde ejecutar al Ministerio Público y a quienes lo integran.

“El Ministerio Público será ejercido por el Procurador General de la Nación, por el Defensor del Pueblo, por los procuradores delegados y los agentes del Ministerio Público, ante las autoridades jurisdiccionales, por los personeros municipales y por los demás funcionarios que determine la ley. Al Ministerio público corresponde la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas.”

Disposición que guarda consonancia con el artículo 275 del mismo ordenamiento, que instituye al Procurador General de la Nación como supremo director del Ministerio Público; lo que “implica que los diferentes órganos y funcionarios que lo conforman se encuentran articulados y subordinados orgánica, funcional y técnicamente a dicha institución y concretamente al referido funcionario, quien orienta, dirige y señala las directrices o pautas generales que deben ser observadas por los referidos órganos a efecto de asegurar la coordinación de las funciones y la unidad en las correspondientes acciones y decisiones 1

En el artículo 277 *ibídem*, se le atribuyen al Procurador General de la Nación una serie de funciones, las cuales puede ejercer directamente o por medio de sus delegados y agentes:

Dice así el precepto citado:

“El Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes, tendrá las siguientes funciones: (...)”

Entre tales funciones se encuentran, las de “Ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantas las investigaciones correspondientes e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley”, contenida en el numeral 6.”

En ese mismo sentido la existencia de una codificación y un proceso completo, aplicable de manera específica a los juicios disciplinarios denotan la presencia de una actividad que si bien no deja de tener naturaleza administrativa si tiene unos rasgos que la distinguen de la que ordinariamente le corresponde al estado.

De lo anterior se colige que los actos administrativos que se emiten como resultado de un proceso disciplinario son especiales, pues son la concreción de la potestad disciplinaria, la cual además de tener raigambre constitucional, se encuentra perfectamente delimitada y diferenciada del ejercicio de las demás potestades estatales.

Es por ello que el punto de partida del estudio que nos ocupa debe atender a la revisión de las particularidades de los actos administrativos disciplinarios, pues derivado de las mismas, y fundado en la basilar función que cumple el derecho disciplinario dentro del andamiaje estatal, principalmente procurando el obrar correcto de quienes desempeñan funciones públicas, se han suscitado diversas tesis sobre la manera como los jueces deben ejercer el control de legalidad de los fallos disciplinarios, lo que hace necesario realizar una analítica revisión de las diversas tesis existentes sobre el punto, a fin de encontrar el estado actual de la cuestión y a partir de el mismo emitir algún juicio conclusivo sobre este medular aspecto para el derecho disciplinario.

II. EL CONTROL DE LEGALIDAD DE LOS FALLOS DISCIPLINARIOS.

El sometimiento de los fallos disciplinarios al juicio de legalidad proviene además de su naturaleza administrativa, a su no inclusión dentro de aquellos actos de la administración que no son enjuiciables³, por lo que corresponde su control a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, esto de acuerdo con las reglas de jurisdicción y competencia que se prescriben en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Pese a la competencia que se vienen refiriendo en el párrafo que antecede, la existencia de la acción de tutela amerita una corta digresión sobre dicho mecanismo; al respecto habrá de decirse que el mimos de manera general no es procedente contra fallos disciplinarios, ello en virtud de la existencia de un mecanismo idóneo en la jurisdicción contencioso administrativo, como es el medio de control con pretensión de nulidad y restablecimiento

del derecho, en el cual proceden medidas cautelares⁴ que impiden incluso la el amparo como mecanismo transitorio, este aspecto lo ha destacado tanto el Consejo de Estado en Sentencia de 5 de marzo de 2014 radicado 2013-06871⁵ y la Corte Constitucional en las Sentencias Sentencia T-516-14 y SU-355- 15. No obstante lo anotado el amparo constitucional puede ser viabilizado solo en casos excepcionales, siempre y cuando exista una violación flagrante del debido proceso, la cual impida el acceso al medio de control, es decir que la transgresión sufrida por parte de quien ha sido sujeto disciplinado así lo determinó la Sentencia de 4 de diciembre de 2013 con radicado 25000 23 37 000 2013 01270 01 en la que la Sección Segunda del Consejo de Estado en el caso de un disciplinado al que se le impidió el ejercicio de los recursos contra el fallo de primera instancia, por lo cual se ordenó rehacer la actuación para permitir el agotamiento de los medios impugnatorios que le permitieran acceder posteriormente a la justicia Contenciosa.

Decantado lo relacionado con la acción de tutela tenemos entonces que el mecanismo ordinario para acudir a debatir la legalidad de los fallos disciplinarios corresponde al medio de control con pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho (antes denominada acción de nulidad y restablecimiento del derecho), en ejercicio del cual el Consejo de Estado ha emitido diversos pronunciamientos de los que se desprenden diversas tesis sobre la manera como debe ser ejercido el control de legalidad de los fallos disciplinarios, por lo cual se procede a efectuar un recuento de las mismas para proceder a su correspondiente análisis.

Las tesis sobre el control jurisdiccional de los fallos disciplinarios

Tanto la Sección Segunda como la Sala Plena del Consejo de Estado han efectuado importantes aportes a la cimentación del estado actual del derecho disciplinario, ayudando a la delimitación de los institutos jurídicos del mismo, dando alcance concreto a discusiones de orden dogmático y procesal, como ha ocurrido con las sentencias en las que se ha fijado el alcance de reglas como las que corresponden a la aplicación de la prescripción de la acción disciplinaria⁶, y al entendimiento de la ilicitud sustancial⁷, criterios que han sido acogidos en buena hora por el Código General Disciplinario, dando mayor claridad a temas de álgido debate entre los disciplinarios.

Sin embargo una de las mayores discusiones que se han suscitado en virtud de las competencias que atañen a la jurisdicción sobre los fallos

disciplinarios, es si el control que le corresponde tiene unos límites en virtud de la especialidad de la función disciplinaria, o si por el contrario debe tratarse de un control de legalidad en estricto sentido, o si se trata de un control absoluto.

De lo anterior se han desprendido tres tesis sobre la forma como debe ejercerse el control por parte de los jueces administrativos, una según la cual el mismo es limitado y no puede erigirse como una nueva instancia del juicio disciplinario; otra que contempla un control amplio de legalidad, que atiende una delimitación especial en virtud de la naturaleza de los actos; y una última y más reciente que cimienta un control absoluto constitucional, que permite incluso la modificación de las sanciones impuestas.

Respecto de estas tesis se realizará un estudio descriptivo atendiendo a su orden cronológico; para con base en ello proceder a realizar un análisis de las mismas y las distinciones que existen entre ellas, para finalmente ocuparse principalmente del problema que genera en el caso de la última la posibilidad de que el juez modifique las sanciones disciplinarias impuestas.

Tesis según la cual el control jurisdiccional no constituye tercera instancia.

La primera de las tesis entiende que el juez contencioso tiene una limitación absoluta en la revisión de la legalidad de los fallos disciplinarios, en la misma se sostiene que el control que se ejerce no puede de ninguna manera constituirse en una nueva instancia del proceso adelantado por parte del operador disciplinario, lo cual genera una serie de limitación que se desprenden de diversas sentencias, de las cuales se destacan los siguientes apartes:

“Esta Sección ha señalado reiteradamente que según el diseño Constitucional, la potestad disciplinaria se ejerce por la Procuraduría General de la Nación, a quien se le reconoce un poder preferente, por cuanto algunas entidades tienen la facultad de ejercerla directamente, sin embargo, en ambos casos es sometida al control judicial por parte de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. No obstante, dicho control no se realiza de cualquier modo, sino que está sujeto a limitaciones y restricciones que lo alejan de convertirse en una tercera instancia. Al respecto, resulta pertinente reiterar lo que expresó la Sala en el fallo de 3 de septiembre de 2009 en la cual consideró:

“De esta manera la posibilidad de demandar ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa las providencias que culminan el proceso disciplinario, no implica trasladar, de cualquier manera, a la sede contenciosa administrativa el mismo debate agotado ante las autoridades disciplinarias. Dicho de otra ma-

nera, el juicio que se abre con la acción de nulidad, no es una simple extensión del proceso disciplinario, sino que debe ser algo funcionalmente distinto, si es que el legislador consagró el debido proceso disciplinario como el lugar en que debe hacerse la crítica probatoria y el debate sobre la interrelación de la normatividad aplicable como soporte de la sanción, además del principio de la doble instancia, como una de las garantías más importantes para ser ejercidas en el interior del proceso.

Bajo esta perspectiva, el control de legalidad y constitucionalidad de los actos de la administración, que la Constitución ha confiado a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, implica una especial cualificación y depuración del debate, pues dicho control no puede convertirse en un nuevo examen de la prueba como si de una tercera instancia se tratara.

Decantado que el juzgamiento de los actos de la administración, no puede sustituir de cualquier manera el poder preferente de la Procuraduría General de la Nación, es menester añadir que ello tampoco implica la intangibilidad de los actos de juzgamiento disciplinario, pues ellos están sometidos a la jurisdicción. (...)

Entonces, en línea de principio puede predicarse que el control que a la jurisdicción corresponde sobre los actos de la administración, cuando ésta se expresa en ejercicio de la potestad disciplinaria, debe mantenerse al margen de erigirse en un nuevo momento para valorar la prueba, salvo que en su decreto y práctica se hubiere violado flagrantemente el debido proceso, o que la apreciación que de esa pruebas hace el órgano disciplinario resulte ser totalmente contra evidente, es decir, reñida con el sentido común y alejada de toda razonabilidad. Por lo mismo, el control judicial del poder correccional (...) no puede ser el reclamo para que se haga una nueva lectura de la prueba que pretenda hacer más aguda y de mayor alcance, pues esa tarea corresponde a las instancias previstas en el C.D.U.” (Negrillas de la Sala).

Todo lo anterior implica que en sede judicial, el debate discurre en torno a la protección de las garantías básicas, cuando quiera que el proceso disciplinario mismo ha fracasado en esa tarea, es decir, al momento en que el trámite impreso a la actividad correccional resulta intolerable frente a los valores constitucionales más preciados, como el debido proceso, el derecho de defensa, la competencia del funcionario y de modo singular, si el decreto y la práctica de las pruebas se hizo atendiendo estrictamente las reglas señaladas en la Constitución y en la ley.

A pesar de lo dicho, no cualquier defecto procesal está llamado a quebrantar la presunción de legalidad que ampara a los actos de la Administración, pues la

actuación disciplinaria debe adelantarse con estricta sujeción a las normas que la regulan, las cuales están inspiradas en las garantías constitucionales básicas. En ese sentido, si de manera general los actos de la administración están dotados de la presunción de legalidad, esa presunción asume un carácter más valioso en el juicio disciplinario, en el cual el afectado participa de modo activo en la construcción de la decisión, mediante el ejercicio directo del control de la actividad de la administración, cuando ella se expresa en su fase represiva. Dicho en breve, es propio de la actividad disciplinaria, que el control de las garantías sea la preocupación central del proceso correccional. Por ello, cuando el asunto se traslada y emerge el momento del control judicial en sede Contencioso Administrativa, no cualquier alegato puede plantearse, ni cualquier defecto menor puede erosionar el fallo disciplinario.”⁸

Se destaca entonces en esta postura que en sede judicial corresponde al juez de manera limitada una revisión del cumplimiento de las garantías básicas, sin poderse inmiscuir en aspectos sustanciales de apreciación probatoria o de aplicación normativa, sino que se trata de un examen absolutamente formal de la manera como se adelantó el juicio de reproche disciplinario, esta postura se solventa aún más en el siguiente pronunciamiento de la misma sección segunda:

“En lo que atañe a la competencia del Juez Administrativo en asuntos disciplinarios, la Corporación ha sostenido que en esta materia, la revisión de la legalidad de las decisiones, dadas las prerrogativas procesales propias de ese procedimiento, no deben repetir el debate agotado ante la autoridad administrativa competente. Es decir, que el juicio que inicia con la acción de nulidad y restablecimiento interpuesta ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, no puede constituirse en una simple extensión del trámite disciplinario, que involucre un nuevo examen de la prueba como si se tratara de una tercera instancia, pues, es funcionalmente distinto en la medida en que implica una especialidad y depuración del debate. Empero, tampoco significa la intangibilidad de los actos de juzgamiento disciplinario, pues ellos están sometidos a la Jurisdicción, aunque no de cualquier manera, sino con marcadas restricciones. Corresponde entonces a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, entre otras cosas, verificar que la prueba recaudada en el trámite disciplinario se haya ajustado a las garantías constitucionales básicas, es decir, la acción de nulidad resulta ser un momento propicio para la exclusión de la prueba, a condición de que la misma sea manifiestamente ilícita o producida con violación al debido proceso o de las garantías fundamentales, es decir, aquella en cuya

práctica se han trasgredido los principios rectores de esa actividad imprescindible para el ejercicio del derecho de defensa.

También es pertinente el análisis de legalidad, cuando en dicho proceso se ven comprometidos derechos de rango constitucional, como el debido proceso, la presunción de inocencia, el buen nombre, el honor y la dignidad, entre otros. En síntesis, a la Jurisdicción le corresponde proteger al ciudadano de la arbitrariedad, de la desmesura, de la iniquidad, de la ilegalidad, en fin, de las conductas de la Administración que atenten contra la Constitución Política y la ley, pero dentro del marco que se señaló precedentemente.”

Bajo el hilo conceptual de esta tesis solo la existencia de verdaderas arbitrariedades en el trámite del proceso o una flagrante ilegalidad en la aplicación normativa puede llevar al juez a anular los fallos disciplinarios, ello implica que no pueden volverse a practicar pruebas que se han agotado en el trámite disciplinario, así como tampoco se pueden realizar nuevas apreciaciones de derecho, pues el control se limitará a las realizadas en desarrollo de la defensa, y si la valoración de las mismas no son ilegales, lo que genera un control estrictamente formal, el cual se deriva de entender de manera imperativa el principio de juez natural disciplinario.

Tesis del control amplio de legalidad.

La Segunda tesis sobre el control de legalidad de los fallos disciplinarios la hemos denominado de control amplio de legalidad, la cual esta cimentada en la decisión de 11 de diciembre de la Sala Plena del Consejo de Estado dictada en el proceso con radicado 11001-03-25-000-2005-00012-00⁹, en la misma se delimitan una serie de presupuestos para la revisión de los actos administrativos disciplinarios, la cual si bien parte de la consideración de que la justicia contencioso administrativa no puede tener limitaciones, también soporta la necesidad de la existencia de unos lineamientos especiales de control a partir de la especialidad de la actividad disciplinaria del Estado, que es recogido por sentencia de la siguiente forma:

“Sobre el primer aspecto, es decir, el alcance del control de legalidad de los actos administrativos de naturaleza disciplinaria, debe partirse de la premisa según la cual el control de legalidad del juez administrativo sobre estos actos es pleno, es decir, no tiene restricciones ni limitaciones de ninguna índole por la naturaleza del acto administrativo que se enjuicia, como en general no las tiene sobre ningún acto administrativo.

En efecto, la jurisdicción de lo contencioso administrativo en el ordenamiento jurídico colombiano “está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas” (art. 82 del C.C.A., modificado por las Leyes 446 de 1998 y 1107 de 2006), pudiendo “juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de gobierno”.

En consecuencia no hay, en principio, restricciones a la facultad de la jurisdicción de lo contencioso administrativo para enjuiciar los actos de naturaleza disciplinaria. Ello es así dada la trascendencia social y constitucional de la responsabilidad de los servidores públicos en su actuar administrativo, tanto cuando son investigados y juzgados en virtud de esa actuación, como respecto del servidor responsable de esa investigación y enjuiciamiento. Tal es el sentido de la responsabilidad, de rango constitucional, de los servidores públicos (C. P. art. 6° y 124).

Existe en el ordenamiento una sola excepción a este criterio del carácter enjuiciable de los actos disciplinarios, originada en la Constitución de 1991 y desarrollada en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (Ley 270 de 1996) y en el C. C. A., establecida con respecto a las decisiones adoptadas por el Consejo Superior de la Judicatura y sus consejos seccionales, a las cuales se atribuyó el carácter de “decisiones jurisdiccionales”, razón por la cual no tienen control jurisdiccional.

Con respecto al segundo asunto, el de las particularidades del procedimiento disciplinario, es preciso señalar que la actividad administrativa disciplinaria comprende una función especializada, que se ejerce en el marco normativo del estatuto rector, entrañando una función preventiva y correctiva que busca garantizar la efectividad de los principios de moralidad, eficacia, economía y celeridad, garantizándose así el buen desempeño y gestión transparente en la función pública. De ahí que la actuación administrativa disciplinaria está regida por normas y procedimientos propios, en la que los principios que informan el derecho al debido proceso y a la defensa cobran significativa importancia.

Como lo ha señalado la Corte Constitucional “la preceptiva normativa de la ley 734 se completa a la manera de un concierto sistemático de reglas de derecho que al unísono contribuyen al mejor entendimiento y aplicación del Código Disciplinario Único:” .

Es así entonces, como el acto administrativo disciplinario tiene una connotación especial dada la especificidad del derecho disciplinario.”

Es así como partiendo de dicha especialidad de conformidad con la tesis que se viene reseñando el Consejo de Estado ha generado unos parámetros

especiales para la revisión de los fallos disciplinarios, por lo que se revisaran los mismos de manera separada.

La Sala Plena determina que este parámetro de especialidad se encuentra fijado a partir de la autonomía del juez disciplinario, la cual se funda en la existencia de un procedimiento especial, aspecto que la sentencia referida pone de presente de la siguiente manera:

“En materia disciplinaria, al igual que en lo judicial, la Constitución establece (art. 29) como principios el debido proceso, el enjuiciamiento conforme a leyes preexistentes, ante fallador competente y con la plenitud formal de los procesos.

Estos criterios constitucionales implican que el procedimiento disciplinario constituye un verdadero procedimiento, con reglas propias y con un funcionario competente para adelantar su trámite. Sin perder su naturaleza disciplinaria, en cuanto dicho procedimiento es enjuiciable ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, puede decirse que este procedimiento tiene una especie de “juez natural”, esto es, “aquél a quien la Constitución o la ley le ha atribuido el conocimiento de un determinado asunto, está consagrado en el artículo 29 de la Constitución”¹⁰, denominado en la ley disciplinaria como “titular de la acción disciplinaria”.

El funcionario titular de la acción disciplinaria, dada la autonomía e independencia del ejercicio de la autoridad que ejerce, puede hacer uso de las reglas de interpretación de las normas jurídicas, actuando dentro de unos límites impuestos por la Constitución y la ley, dentro del mismo criterio de autonomía funcional que el mismo legislador le autoriza.”

Con base en la anterior premisa se imponen una serie de criterios relacionados con los diversos aspectos que se deben evaluar en el juicio de legalidad. En lo que respecta a la interpretación, se reconoce la posibilidad de que la misma sea evaluada por el juez, sin embargo impone una serie de parámetros que refieren a que no puede anularse un fallo por la simple divergencia interpretativa con el operador disciplinario, sino que debe provenir de verdaderos yerros jurídicos, pues el juicio no tiene una naturaleza correctiva (como si lo tienen la mayoría de los controles de legalidad de los actos administrativos), sino de validez, este aspecto lo desarrolla la sentencia de la siguiente forma:

“De otro lado, la interpretación y aplicación de la ley, son un ejercicio de la autonomía funcionalmente conferida al servidor que tiene el poder disciplinario; entonces cuando éste adopta las decisiones interpretando y aplicando la ley, siguiendo su propio criterio, y con fundamento en los elementos de juicio aportados al proceso, el control de legalidad del acto no autoriza per se, la

imposición de un criterio de interpretación y valoración diferente; ello sólo es posible en los casos en los que la decisión desborde los límites que imponen la Constitución y la ley. El examen de legalidad del acto no es un juicio de corrección sino de validez.

En consecuencia, las diferencias interpretativas entre lo expuesto en la decisión disciplinaria por parte del titular de la misma y la interpretación que adopte el juez contencioso disciplinario frente a los mismos asuntos, no constituyen por sí mismas razones para invalidar la decisión administrativa sancionatoria. Mientras esta última esté debidamente fundamentada y argumentada, y la interpretación normativa y probatoria sea razonable, acorde con las normas legales disciplinarias y compatibles con la Constitución, el acto disciplinario debe mantener su presunción de legalidad.

Por la especificidad de la actuación administrativa disciplinaria, la carga argumentativa y probatoria para quien alega la ilegalidad del acto administrativo sancionatorio es mayor, y por tanto, al demandante le corresponde el deber procesal de dotar al juez de razones jurídicas y/o probatorias suficientes que permitan efectuar una verdadera confrontación del acto frente a las normas que se invocan como violadas.”

Resulta de vital importancia destacar como la Sala Plena determina que el control de legalidad no tiene como finalidad imponer un criterio interpretativo por parte del juez contencioso, sino que en el mismo se debe hacer un estudio sobre la hermenéutica usada en los fallos disciplinarios y la admisibilidad de la misma, lo que indica que solo los yerros de aplicación indebida de la Ley llevarían a poder anular los fallos disciplinarios.

En lo que respecta a la valoración probatoria la Sentencia que sustenta esta tesis considera que el debate probatorio no puede ser reabierto, sin embargo genera unos lineamientos que indican que si es necesario revisar la probidad en la actividad probatoria en el trámite del proceso disciplinario, y que la revisión de dicho aspecto se circunscribe precisamente a determinar si se dieron las garantías probatorias correspondientes, la Sentencia sobre el punto dice lo siguiente:

Siguiendo la línea jurisprudencial, la Sala reitera que “El proceso de control jurisdiccional de los actos que imponen sanciones disciplinarias, no es una tercera instancia en la que se pueda abrir nuevamente el debate probatorio para suplir las deficiencias del proceso disciplinario,...No puede tildarse de ilegal una decisión que se adopta con base en las pruebas que obran en un proceso

disciplinario, donde el inculpado interviene y ejerce en su favor los medios de defensa que el ordenamiento jurídico le permite...” . (....)

Bajo esta línea conceptual, la Sala retoma la jurisprudencia de la Sección Segunda de esta Corporación para reiterar la inviabilidad de extender a esta jurisdicción el debate probatorio de la instancia disciplinaria, así como la imposibilidad de anular el acto administrativo disciplinario frente a mínimos defectos del trámite procesal. Por el contrario, como también lo ha precisado la Sección Segunda, si se omitieron en el proceso disciplinario el cumplimiento de las normas que garantizan el debido proceso y los derechos de defensa y contradicción, tales deficiencias inciden en la validez y legalidad de la providencia sancionatoria y deben llevar a declarar su nulidad.”

De lo antedicho podemos concluir que los criterios dados por el Consejo de Estado se deben complementar con lo que ha dicho la Corte Constitucional respecto de la valoración probatoria, y la posibilidad de que de la misma se genere una vía de hecho judicial, lo cual *mutatis mutandi* resulta aplicable al proceso disciplinario. Pudiéndose decir entonces que los defectos fácticos que respecto de la valoración probatoria que pueden devenir en una vía de hecho que puedan generar la nulidad de los fallos disciplinarios son los siguientes recogidos en la Sentencia T-117/13:

“La Corte ha explicado que las deficiencias probatorias pueden generarse como consecuencia de: (i) una omisión judicial, como puede cuando el juez niega o valora la prueba de manera arbitraria, irracional y caprichosa o puede ser por la falta de práctica y decreto de pruebas conducentes al caso debatido, presentándose una insuficiencia probatoria; (ii) o por vía de una acción positiva, que se presenta cuando el juez aprecia pruebas esenciales y determinantes de lo resuelto en la providencia cuestionada que no ha debido admitir ni valorar porque, por ejemplo, fueron indebidamente recaudadas y al hacerlo se desconoce la Constitución., o por la valoración de pruebas que son nulas de pleno derecho o que son totalmente inconducentes al caso concreto, y (iii) defecto fáctico por desconocimiento de las reglas de la sana crítica.

Ocurre cuando el funcionario judicial al momento de valorar la prueba niega o valora la prueba de manera arbitraria, irracional y caprichosa u omite la valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados y sin razón valedera da por no probado el hecho o la circunstancia

que de la misma emerge clara y objetivamente. Esta dimensión comprende las omisiones en la valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados por el juez.

El supuesto fáctico por indebida valoración probatoria se configura, entre otros, en los siguientes supuestos: (i) Cuando el funcionario judicial, en contra de la evidencia probatoria, decide separarse por completo de los hechos debidamente probados y resolver a su arbitrio el asunto jurídico debatido; (ii) cuando a pesar de existir pruebas ilícitas no se abstiene de excluirlas y con base en ellas fundamenta la decisión respectiva; (iii) en la hipótesis de incongruencia entre lo probado y lo resuelto, esto es, cuando se adoptan decisiones en contravía de la evidencia probatoria y sin un apoyo fáctico claro; (iv) cuando el funcionario judicial valora pruebas manifiestamente inconducentes respecto de los hechos y pretensiones debatidos en un proceso ordinario, no por tratarse en estricto sentido de pruebas viciadas de nulidad sino porque se trata de elementos probatorios que no guardaban relación con el asunto debatido en el proceso; (v) cuando el juez de conocimiento da por probados hechos que no cuentan con soporte probatorio dentro del proceso y (vi) cuando no valore pruebas debidamente aportadas en el proceso.”

Tenemos entonces que en el evento de la aplicación de esta tesis el juez ejerce un control sustancial sobre la actividad probatoria, por ejemplo debe analizar las pruebas cuyo decreto y practica hayan sido denegadas, esto para definir si lo fueron de manera correcta o no, para lo cual puede revisar el criterio usado por quien adelanto el proceso disciplinario al momento de negar, o eventualmente y solo de manera excepcional practicar la prueba a fin de determinar si su ausencia pudiera llegar a modificar la decisión disciplinaria.

Es entonces claro que bajo esta tesis el control deja de ser eminentemente formal, pero que la sustancialidad del mismo debe atender a la especialidad de los actos administrativos disciplinarios, razón por la cual debe efectuarse bajo los parámetros antes descritos, es decir el juez si bien no tiene limitaciones en el control si debe ceñirse a los postulados reseñados.

Resulta pertinente precisar que en el caso de la tesis a la que venimos haciendo referencia la misma al estar contenida en una Sentencia de la Sala Plena tiene un valor especial, pues en virtud del artículo 270 del CPACA constituye sentencia de unificación en los aspectos que la misma decisión dilucide como de importancia jurídica, lo cual en el caso del alcance del

control de legalidad de los fallos disciplinarios fue fijado de manera expresa en el texto de la providencia de la siguiente forma:

“Con el objeto de delimitar el control de legalidad del acto administrativo sancionatorio que es demandado en sede judicial la Sala se ocupará de examinar varios aspectos relevantes: en primer término, se discutirá el alcance de ese control de legalidad; en segundo lugar, se examinarán las particularidades de la actividad administrativa disciplinaria; finalmente, se estudiarán las cargas argumentativas y probatorias del demandante en esta clase de procesos, así como el papel del juez administrativo frente a las mismas”.

Tesis del control irrestricto de constitucionalidad

Con posterioridad a la Sentencia de Sala Plena la Sección Segunda ha decantado lo que se ha denominado el control amplio de constitucionalidad, el cual implica la facultad irrestricta del juez administrativo para revisar la totalidad de los aspectos de los fallos disciplinarios, pudiendo según determina la misma tesis confrontar los mismos con todas las normas que se encuentren en el ordenamiento constitucional, sin atención a la justicia rogada.

Esta tesis se propone por primera vez en la Sentencia de 11 de julio de 2013 con radicación número: 11001032500020110011500 (03902011) en el proceso de Lauro Eduardo Montilla Gómez contra la Procuraduría General de la Nación¹¹.

La decisión previamente anotada parte de generar una nueva interpretación sobre las facultades del juez disciplinario, y concluye que no se trata de un rol diferente o especial que implique un análisis o estudio excepcional por la jurisdicción, esto se puede ver en el siguiente aparte de la providencia:

“En forma correlativa, precisa el Consejo de Estado que el control disciplinario que ejerce la Procuraduría General de la Nación no constituye ejercicio de función jurisdiccional. La Procuraduría no juzga ni sentencia, puesto que no es un juez; es la máxima autoridad disciplinaria en el ámbito externo de ejercicio de la potestad disciplinaria, pero como se aclaró, esa es una manifestación de la función administrativa, no de la función jurisdiccional. El juez competente es la jurisdicción contencioso-administrativa, encargada de ejercer el control sobre los actos administrativos disciplinarios y el procedimiento seguido para adoptarlos.

Se aclara a este respecto que la Procuraduría no es un poder omnímodo no sujeto a controles, ni es una nueva rama del poder, ni es un nuevo juez creado sobre la marcha en contravía del diseño constitucional; no se puede atribuir,

en contra de la Constitución Política que dice defender, estas funciones, ni puede siquiera sugerir que sus decisiones constituyen sentencias, con todas las garantías que revisten los fallos judiciales. La autonomía e independencia que la Constitución Política le otorgan a la Procuraduría no implican que este organismo no esté a su turno sujeto a controles, dentro del sistema de frenos y contrapesos ideado por el Constituyente. Más aún, el uso corriente de la expresión “juez disciplinario” por la Corte Constitucional para hacer referencia a la Procuraduría no puede interpretarse bajo ninguna perspectiva en el sentido de que la Procuraduría sea una autoridad jurisdiccional, ni de que sus dictámenes disciplinarios tengan la naturaleza jurídica de sentencias que hagan tránsito a cosa juzgada; tampoco el uso de la palabra “fallos” o “instancias”, en el que se suele incurrir.

Ahora bien, el Consejo de Estado es consciente de la deferencia que la Corte Constitucional en tanto juez de tutela ha demostrado hacia los actos administrativos disciplinarios de la Procuraduría distintos casos; sin embargo, dicha deferencia, lejos de obedecer al hecho de que se considere a tales actos administrativos como providencias judiciales, se deriva de la naturaleza propia de la acción de tutela, el procedimiento legal aplicable, y las funciones del juez de tutela mismo, teniendo en cuenta el carácter subsidiario, urgente e informal de esta acción constitucional.

También el Consejo de Estado es consciente de la tesis reiterada de la Corte Constitucional, en el sentido de que los actos administrativos disciplinarios son materialmente un ejercicio de administración de justicia. En criterio del Consejo de Estado, esta caracterización verbal no obsta para que estos actos disciplinarios mantengan su naturaleza jurídica fundamentalmente administrativa, ni enerva el control jurisdiccional integral sobre los mismos por parte de la jurisdicción contencioso administrativa. Esta caracterización de los actos disciplinarios como ejercicio material de administración de justicia ha sido adoptada por la Corte para justificar la incorporación de distintas garantías procesales, y derechos constitucionales posiblemente afectados, dentro del análisis en casos concretos; no ha sido realizada para restar competencias a la jurisdicción contencioso-administrativa, ni para transformar esa función administrativa en función jurisdiccional. Más aún, nota el Consejo de Estado que en todos los casos en los cuales la Corte Constitucional ha esgrimido este argumento, ha procedido, en la misma providencia, a caracterizar los actos disciplinarios de la Procuraduría como actos administrativos
(.....)

Por otra parte, tampoco se puede confundir la función administrativa disciplinaria de la Procuraduría con una función jurisdiccional o judicial por el hecho de que el otro órgano disciplinario constitucionalmente establecido –el Consejo Superior de la Judicatura- sí adopte fallos judiciales en el ámbito preciso en el cual cuenta con poderes constitucionales. Una cosa no lleva a la otra, y el ámbito de actuación del Consejo Superior de la Judicatura en tanto juez disciplinario está claramente definido por la Constitución y la jurisprudencia. Incluso en los casos de los empleados de la Rama Judicial que según la Corte Constitucional no están sujetos a la competencia del Consejo Superior de la Judicatura, la Procuraduría, al ejercer el poder disciplinario sobre tales empleados judiciales, sigue actuando en función administrativa disciplinaria, no en función judicial.

En esta misma línea, no se debe confundir la presunción de legalidad que ampara las decisiones disciplinarias, en tanto actos administrativos, con el efecto de cosa juzgada o la intangibilidad de las decisiones jurisdiccionales. El Consejo de Estado ha establecido claramente la distinción al resaltar que los fallos disciplinarios efectivamente están amparados, en tanto actos administrativos que son, por la presunción de legalidad. Esta presunción de legalidad, que está sumada a lo que la jurisprudencia constitucional ha llamado el efecto de “cosa decidida” (por oposición al de “cosa juzgada”), se encuentra sujeta en su integridad al control ejercido por la jurisdicción contencioso-administrativa. En igual medida, la aplicación mutatis mutandi de los principios aplicables al poder sancionatorio penal, o del principio del non bis in ídem, no transforma la potestad disciplinaria en una función jurisdiccional. El Consejo de Estado ha explicado que la aplicabilidad del non bis in ídem se deriva no de una aludida naturaleza jurisdiccional del control disciplinario, sino del hecho de que forma parte del derecho administrativo sancionador.”

Con fundamento en lo anterior decanta lo que denomina control pleno, que permite contrastar los fallos disciplinarios con todas las normas constitucionales sean alegadas o no por el demandante, para que en caso de que resulte violada alguna de ellas se genere la anulación de los fallos disciplinarios, este aspecto lo contiene de la siguiente forma la providencia:

“El control que ejerce la jurisdicción contencioso-administrativa sobre los actos administrativos disciplinarios proferidos por la Administración Pública o por la Procuraduría General de la Nación es un control pleno e integral, que se efectúa a la luz de las disposiciones de la Constitución Política como un todo y de la ley en la medida en que sea aplicable, y que no se encuentra restringido ni

por aquello que se plantee expresamente en la demanda, ni por interpretaciones restrictivas de la competencia de los jueces que conforman la jurisdicción contencioso-administrativa.

La entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, con su catálogo de derechos fundamentales y sus mandatos de prevalencia del derecho sustancial en las actuaciones de la administración de justicia (art. 228, C.P.) y de prevalencia normativa absoluta de la Constitución en tanto norma de normas (art. 4, C.P.), implicó un cambio cualitativo en cuanto al alcance, la dinámica y el enfoque del ejercicio de la función jurisdiccional, incluyendo la que ejercen los jueces de la jurisdicción contencioso-administrativa (incluyendo al Consejo de Estado). En efecto, según lo han precisado tanto el Consejo de Estado como la Corte Constitucional, la plena vigencia de los derechos y garantías fundamentales establecidos por el constituyente exige, en tanto obligación, que los jueces sustituyan un enfoque limitado y restrictivo sobre el alcance de sus propias atribuciones de control sobre los actos de la administración pública, por un enfoque garantista de control integral, que permita a los jueces verificar en casos concretos si se ha dado pleno respeto a los derechos consagrados en la Carta Política.

Esta postura judicial de control integral del respeto por las garantías constitucionales contrasta abiertamente con la posición doctrinal y jurisprudencial prevaleciente con anterioridad, de conformidad con la cual las atribuciones del juez contencioso-administrativo son formalmente limitadas y se restringen a la protección de aquellos derechos y normas expresamente invocados por quienes recurren a la justicia, posición -hoy superada- que otorgaba un alcance excesivamente estricto al principio de jurisdicción rogada en lo contencioso-administrativo. Este cambio, constitucionalmente impuesto y de gran calado, se refleja nítidamente en un pronunciamiento reciente del Consejo de Estado, en el cual la Sección Segunda – Subsección “B” de esta Corporación, recurriendo a los pronunciamientos de la Corte Constitucional y dando aplicación directa a los mandatos de la Carta, rechazó expresamente una postura restrictiva que limitaba las facultades garantistas del juez contencioso-administrativo en materia de control de las decisiones disciplinarias de la Procuraduría General de la Nación con base en el principios de jurisdicción rogada, y adoptó en su reemplazo una postura jurisprudencial que exige a las autoridades jurisdiccionales realizar, en tanto obligación constitucional, un control sustantivo pleno que propenda por materializar, en cada caso concreto, el alcance pleno de los derechos establecidos en la Constitución.

(...)

En términos aún más contundentes, el Consejo de Estado afirmó en sentencia del 19 de mayo de 2011 que el juez contencioso administrativo está en la obligación constitucional de confrontar los actos disciplinarios presentados a su conocimiento con la totalidad de las disposiciones de la Constitución Política, y no únicamente con aquellas disposiciones legales expresamente invocadas en la demanda correspondiente: “en criterio de esta Sala no le asiste la razón al Tribunal que profirió el fallo apelado al afirmar que el control que efectúa esta Jurisdicción respecto de los actos administrativos, es únicamente de legalidad y no de constitucionalidad. Si bien es cierto que el análisis que se realiza en sede Contenciosa Administrativa incluye la confrontación entre el acto administrativo y la Ley, ello no obsta para que se examinen los actos demandados a la luz de la Constitución que, como ya se dijo, es norma de normas.”

Lo que resulta aún más importante es que el control pleno por la jurisdicción contenciosa forma parte de las garantías mínimas del debido proceso a las que tiene un derecho fundamental el sujeto disciplinado, según la Corte Constitucional, por lo cual este control judicial contencioso-administrativo no puede ser objeto de interpretaciones que restrinjan su alcance.

(....)

El hecho de que el control que ejerce la jurisdicción contencioso-administrativa sobre los actos disciplinarios es un control pleno e integral, resulta confirmado por la amplísima jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de procedencia de la acción de tutela, en la cual se ha explícitamente afirmado que las acciones ante la jurisdicción contenciosa –en nulidad o nulidad y restablecimiento– son, en principio, los medios judiciales idóneos para proteger los derechos fundamentales de quienes estén sujetos a un proceso disciplinario. En efecto, la Corte Constitucional en jurisprudencia repetitiva ha explicado que los actos de la procuraduría son actos administrativos sujetos a control judicial por la jurisdicción contenciosa, regla que ha sido aplicada en incontables oportunidades para examinar la procedencia de la acción de tutela en casos concretos, en los que se ha concluido que ante la existencia de otros medios de defensa judicial, la tutela se hace improcedente salvo casos de perjuicio irremediable –que por regla general no se configuran con las decisiones sancionatorias de la procuraduría–. Se puede consultar a este respecto la sentencia T-1190 de 2004, en la cual la Corte afirmó que el juez de tutela no puede vaciar de competencias la jurisdicción contencioso-administrativa, encargada de verificar la legalidad de los actos administrativos proferidos por la Procuraduría en ejercicio de sus potestades disciplinarias. La lógica jurídica aplicada por la Corte Constitucional al declarar improcedentes acciones de tutela por ser

idóneos los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho para ventilar las pretensiones de anulación de decisiones disciplinarias por violación de la Constitución, es la misma lógica jurídica que sustenta el ejercicio de un control más que meramente formal por la jurisdicción contencioso-administrativa sobre estos actos administrativos.

La postura seguida consistentemente en la jurisprudencia del Consejo de Estado revela que en la inmensa mayoría de los casos esta Corporación ha entrado a valorar de fondo, en el contencioso de nulidad y restablecimiento, tanto las actuaciones procesales como las pruebas mismas obrantes en el proceso disciplinario y el razonamiento jurídico y probatorio de la Procuraduría o de las autoridades disciplinarias.”

El alcance de este juicio irrestricto de legalidad, que incluye el amplísimo margen del contraste constitucional, tiene su puerto de llegada en la tesis según la cual con base en el artículo 170 del Decreto 01 de 1984 y 187 del CPACA el juez administrativo puede incluso llegar a modificar el juicio de reproche disciplinario modificando los fallos imponiendo una nueva sanción.

En dicho sentido en la Sentencia de 20 de marzo de 2014¹² al determinar que la falta por lo que fue sancionado un agente de policía no había sido cometida a título de dolo sino de culpa grave la Subsección B de la Sección Segunda procedió a modificar la sanción impuesta de la siguiente manera:

“A efectos de determinar la forma en la que debe ser restablecido el derecho en el sub-lite, resulta necesario aludir al contenido del artículo 170 del Código Contencioso Administrativo, el cual es del siguiente tenor:

“La Sentencia tiene que ser motivada, debe analizar los hechos en que se funda la controversia, las pruebas, las normas jurídicas pertinentes, los argumentos de las partes y las excepciones con el objeto de resolver todas las peticiones. Para restablecer el derecho particular, los organismos de lo Contencioso Administrativo podrán estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas, y modificar o reformar éstas”. (Las negrillas y subrayas son de la Sala).

De acuerdo con la disposición transcrita, es evidente que el legislador facultó al Juez para reformar las decisiones acusadas o estatuir nuevas en su reemplazo y, en consecuencia, en el sub-lite nada le impide a la Sala reemplazar la sanción impuesta en sede Administrativa, la cual, como ya quedó ampliamente expuesto, fue abiertamente desproporcionada.

No puede ser otro el sentido de la norma, si se considera que debe primar la justicia material y que, como ya se advirtió, el control que ejerce la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo sobre los actos de contenido sancionatorio

es pleno e integral; se efectúa a la luz de las disposiciones de la Constitución Política como un todo y de la Ley en la medida en que sea aplicable; y no se encuentra restringido ni por aquello que se plantee expresamente en la demanda, ni por interpretaciones restrictivas de la competencia de los jueces que conforman la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

En ese orden de ideas, con fundamento en la disposición legal citada, procede la Sala a dictar una Sentencia declarando la nulidad de la sanción impuesta por la Policía Nacional remplazándola por la que en derecho corresponde; y a restablecer el derecho del demandante, en los siguientes términos:

(....)

En ese orden, en atención al principio de proporcionalidad, considerando los anteriores criterios de graduación de la sanción y los límites establecidos por el legislador; la Sala estima que la sanción que se le debió imponer al demandante es la de suspensión en el ejercicio del cargo por el término de 2 meses y la inhabilidad especial por el mismo lapso; y así se declarará en la parte resolutive de esta Sentencia.”

Esta postura fue igualmente sentada en aplicación del artículo 187 del CPACA en Sentencia en la que procedió a modificar la tipificación de la falta disciplinaria, imputando una completamente nueva y sancionando por un reproche distinto al efectuado en el proceso disciplinario:

“Lo hasta aquí expresado es suficiente argumento para que la Corporación, en ejercicio de atribución que le es propia, declare la nulidad de los actos administrativos sancionatorios aduciendo para ello las causas de invalidez que se dejaron consignadas, lo que no obsta para que de manera contemporánea esta Sala, con apoyo en la abundante secuencia procesal, deba precisar la correspondencia entre los actos imputados y probados al ex alcalde Alonso Salazar, con la respuesta disciplinaria equivalente prevista por el ordenamiento aplicable al caso, tal como enseguida se pasa a explicar.

En efecto:

En virtud de lo dispuesto en el artículo 138 del CPACA, como parte del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el juez contencioso-administrativo tiene la facultad de ordenar las medidas que sean procedentes para (i) restablecer en su derecho a la persona afectada por actos administrativos declarados nulos, y (ii) reparar el daño infligido.

Por su parte, el artículo 187 del CPACA, establece el contenido de las sentencias proferidas al término de un proceso judicial contencioso-administrativo, dispone expresamente en su inciso 3º que “[p]ara restablecer el derecho par-

particular, la jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas, y modificar o reformar éstas”. En aplicación de los anteriores mandatos legales, el Consejo de Estado considera procedente disponer: (1) a título de restablecimiento del derecho, que como consecuencia de la anulación de los actos y procedimientos administrativos demandados, se proceda a eliminar el exceso en el que se incurrió en el ejercicio de la potestad sancionatoria del Estado, y a manera de restitución se le impongan al señor Salazar las consecuencias disciplinarias que justamente se puedan deducir de su conducta, sin incurrir en ilegalidad ni desproporción”¹³

Este último aspecto desligado de la tesis del control amplio de constitucionalidad requiere que se resuelvan unos cuestionamientos especiales que atañen a las facultades del juez para arrogarse una competencia que constitucionalmente le ha sido reservada a otro órgano del Estado y al debido proceso del disciplinado en los eventos en que solicita la nulidad de los fallos y resulta sancionado como restablecimiento de su derecho, los cuales serán abordados más adelante en este escrito.

Análisis comparativo de las tesis sobre el control jurisdiccional de los fallos disciplinarios.

Vistas las tesis existentes sobre el control de legalidad se debe realizar un análisis sobre las diferencias que presentan las dos últimas, esto en virtud de que la existencia de la decisión de Sala Plena hizo que la tesis inicial perdiera vigencia.

La tesis del control amplio de legalidad reconoce los fallos disciplinarios como actos administrativos con naturaleza especial, lo que no desconoce que el control sobre los mismos sea pleno, sino le da una connotación a la carga argumentativa que la hace diferente a la de los demás actos, ya que su control implica la revisión del acto desde lo especializado de la función disciplinaria. Por el contrario el control irrestricto de constitucionalidad al no contemplar lo anterior concibe la revisión como la de los demás actos administrativos, sin exigir una carga argumentativa especial y específica, como es la necesaria para este tipo de actos por la naturaleza que la Sala Plena así le reconoce.

La Sentencia de la Sala Plena reconoce que la Constitución y la Ley le han otorgado al funcionario competente en materia disciplinaria la calidad de juez natural de dicho asunto, y considera bajo dicha óptica que las actuaciones deben mirarse a partir de su competencia como titular de la acción

disciplinaria dentro de una autonomía e independencia; en contrario, las Sentencias de la Sección Segunda consideran que no le es aplicable a quien ostenta la competencia disciplinaria la calidad de “juez disciplinario”, lo que le limita la autonomía y la independencia en sus funciones, considerándolo un funcionario administrativo más, sin connotaciones especiales.

La Sala Plena en la Sentencia que sustenta la tesis del control amplio de legalidad determinó que al juez contencioso le corresponde verificar que la interpretación jurídica efectuada por parte de quien emitió la decisión disciplinaria se haya enmarcado dentro de unos parámetros hermenéuticos que no sean contrarios a la Constitución y a la Ley; mientras que la interpretación efectuada en la tesis del control irrestricto de constitucionalidad el juez debe ir más allá, para analizar la aplicación efectuada en el fallo disciplinario frente a criterios distintos a los de la hermenéutica aplicable a las normas disciplinarias, por ejemplo aplicando conceptos propios del derecho administrativo general, a los cuales puede acudir no por remisión sino de manera directa y oficiosa, cuando considere que su aplicación era posible en el caso concreto.

La tesis del control amplio de legalidad sigue una línea conceptual según la cual al tratarse el procedimiento disciplinario de un trámite completo con etapas propias y partes delimitadas, el control jurisdiccional no puede constituir una tercera instancia. Por el contrario, la tesis del control amplio constitucional permitiría que en caso de que el Juez contencioso considere que algún principio o derecho constitucional no se encuentre satisfecho, se puedan rehacer etapas procesales, a través de la revisión de la misma, puesto que pese a que las dos sentencias aceptan de manera correcta que el control jurisdiccional no está restringido, la segunda no acepta ningún tipo de parámetro especial para la revisión del disciplinario, por lo que puede convertirse el proceso jurisdiccional según la consideración del juez en nueva instancia para el proceso disciplinario.

Sobre el debate probatorio, la Sentencia del caso del Ex Ministro Londoño determina que de ninguna manera el proceso jurisdiccional puede suplir las deficiencias probatorias del proceso disciplinario, en el cual el inculpado interviene y ejerce en su favor los medios de defensa. Entre tanto la postura sostenida por el control de constitucionalidad amplio, abre la posibilidad de que cuando se encuentre que existe afectación de alguna de las normas de la constitución, el juez proceda a subsanar deficiencias, lo que permitiría incluso las probatorias que considere presentadas.

En cuanto a las diferencias que surjan entre la interpretación dada por el titular de la decisión disciplinaria, y la que frente a un caso idéntico adoptaría el juez contencioso, la providencia de Sala Plena considera que las mismas no dan lugar a anular los actos disciplinarios, pues debe revisarse si la efectuada por quien tiene la competencia disciplinaria, se encuentra debidamente fundamentada y argumentada, y que la interpretación tanto normativa como probatoria sea razonable, además acorde y compatible con la ley disciplinaria y la Constitución. En lugar de lo anterior la forma como se concibe el control en las Sentencias de la Sección Segunda que hablan del control ilimitado y absoluto, permite que la jurisdicción contenciosa imponga sus criterios interpretativos por encima de los del titular de la acción disciplinaria, esto al determinar la sentencia que el juez contencioso está obligado a una revisión de cara a todos los criterios de la constitución, que incluiría la forma como las altas cortes hayan efectuado la interpretación de las normas sustantivas relevantes desde lo constitucional, contemplando lo que puede denominarse un control de alcance pleno constitucional, es decir que siempre el juez debe ponerse de cara a todos los derechos establecidos en la constitución para determinar si alguno de ellos fue vulnerado en la decisión disciplinaria, esto envuelve que el juez deba realizar una interpretación extensiva de los fallos, es decir, debe ir más allá de los mismos, e incluso revisar aspectos no contemplados en ello, a modo de ejemplo revisar si sobre la sanción impuesta a un alcalde se analizó la naturaleza del cargo y sus responsabilidades colectivas, a fin de determinar si con la decisión disciplinaria se pueden afectar los proyectos que se adelantan por su administración y la afectación sobre los derechos colectivos de los habitantes del municipio que dirigía, pues estos tienen el rango de constitucionales.

Entretanto la tesis que se contempla en la Sentencia de la Sala Plena incluye el concepto de justicia rogada fijando como criterio en el evento de que se acusen actos disciplinarios, el que la carga argumentativa para el demandante es mucho mayor, en razón a que en el decurso disciplinario se han cumplido una serie de instancias y de procedimientos que buscan garantizar el estudio de los argumentos sustanciales del disciplinado, por lo que es el demandante quien debe cumplir con la carga de entregar al juez las razones jurídicas y probatorias que permitan efectuar una verdadera confrontación del acto frente a las normas violadas, por el contrario como se ha anotado la postura del control amplio constitucional, en la revisión de las decisiones disciplinarias la carga argumentativa es del juez, quien debe contrastar el fallo disciplinario, frente a todas las disposiciones constitucionales, aspecto

este que desconoce el criterio fijado en la Sentencia de Sala Plena, y que modifica el concepto de justicia rogada que aplica en el estudio de este tipo de casos.

Tenemos entonces que la sentencia de la Sala Plena fija unos parámetros que de ninguna manera constituyen restricciones al control jurisdiccional de los actos administrativos disciplinarios, sino que se establecen un criterio para el juez contencioso, que debe realizar una constatación objetiva respecto a que los parámetros hermenéuticos y la actividad disciplinaria no hayan sido dictados desbordando la Constitución y la Ley, y por lo tanto no es posible convertir el proceso jurisdiccional en una nueva instancia disciplinaria; por el contrario los criterios de la tesis del control amplio de constitucionalidad conllevan una actividad sin límites y de carácter subjetivo respecto de la revisión del juez contencioso de los trámites disciplinarios, pues habilita a este a que no solo se ciña al debate que se plantee por el demandante, sino a que de manera obligatoria confronte las decisiones con la totalidad de las disposiciones constitucionales, lo que de suyo envuelve la posibilidad de un examen más allá de la constatación en el cumplimiento de unos lógicos y razonables criterios aplicables por quien tiene la facultad disciplinaria.

Respecto del anterior análisis encontramos que claramente las dos tesis contienen en su mayoría aspectos que resultan disimiles, sin embargo tal como se anotó con antelación en este escrito el control amplio de legalidad se encuentra fundado en una Sentencia de Unificación de la Sala Plena del Consejo de Estado, entretanto las decisiones que contemplan el control irrestricto de constitucionalidad y la modificación de los fallos disciplinarios provienen de las subsecciones de la Sección Segunda, razón por la cual la primera de las tesis tiene alcance vinculante para los jueces y las autoridades administrativa con fundamento en los artículo 10 y 270 del CPACA, por lo que su aplicación debe ser privilegiada sobre la segunda, entretanto esta no sea ratificada y fijada por el máximo órgano de la justicia contencioso administrativa, en este punto es pertinente precisar que de acuerdo con el auto de 23 de junio de 2014 emitido en por la Sala Plena del Consejo de Estado en el proceso con radicado 1100103250002014003600¹⁴ la discusión sobre la competencia del juez contencioso administrativo para ejercer el control de legalidad sobre los fallos disciplinarios volverá a ser nuevamente objeto de debate con miras a sentar jurisprudencia, lo que puede llevar bien a una ratificación o a una modificación de la tesis vigente en unificación.

Las consecuencias de las aplicación del control amplio especialmente la modificación de los fallos disciplinarios de conformidad con el artículo 187 del CPACA.

Teniendo en cuenta que sobre las tesis de control de los fallos disciplinarios la que más genera debate corresponde a la que en virtud del control irrestricto de constitucionalidad el juez puede llegar a modificar los fallos disciplinarios e imponer nuevas sanciones, es necesario presentar algunos cuestionamientos sobre dicha facultad, para frente a los mismos poner de presente nuestra postura a fin de generar un aporte a la discusión que ocupara tanto a la academia como a la justicia contenciosa.

Se considera que debe responderse a las siguientes preguntas para poder llegar a dilucidar el alcance de la tesis:

¿el juez contencioso administrativo puede ejercer como Juez Disciplinario, efectuando cuando la Constitución y la Ley han reservado dicha atribución a las Oficinas de Control Interno Disciplinario, Personerías, Procuraduría General de la Nación y Consejos Seccional y Superior de la Judicatura?

¿Es posible en virtud del artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo imponer una nueva sanción disciplinaria para restablecer un derecho particular?

¿Atenta contra el debido proceso el que el juez contencioso administrativo imponga un nuevo juicio de reproche disciplinario al modificar la sanción?

Como las cuestiones resultan relacionadas entre sí habrá que responder las mismas de manera conjunta.

Como primera medida tenemos que el principio de competencia indica que de conformidad con el artículo 6 de la Constitución Política a los órganos del Estado solo le es dable ejercer las facultades que la misma constitución o la ley les otorgue, en dicho sentido no es factible que el juez contencioso pueda realizar una actuación disciplinaria, es decir no puede llegar a configurar un nuevo juicio de reproche de manera completa, pues ello desconocería la existencia de unas competencias delimitadas de forma legal.

No obstante ello en virtud del artículo 187 del CPACA, si le asiste al juez administrativo la facultad de modificar los actos administrativos sujetos a control o instituir nuevos en reemplazo de los anteriores, sin embargo dicha potestad se limita a corregir errores formales¹⁵ o a modificar desproporciones¹⁶ dentro de un mismo juicio de reproche, lo que indica que la misma no puede llegar a modificar la estructura completa de la falta de tal suerte

que se sancione por una completamente diferente, esto ya que de realizarse de esta manera se vulneraría el debido proceso de quien fue sujeto disciplinario, pues se le sorprendería con un juicio de reproche sobre el cual no ha tenido posibilidad de presentar argumentos exculpatorios, lo que atentaría contra el derecho de defensa pilar fundamental del *ius puniendi* del Estado.

- 1 Abogado de la Universidad Santo Tomas de Bucaramanga, especialista en contratación de la Universidad Externado de Colombia, Maestrando en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario Universidad Católica de Colombia. Actualmente Procurador Judicial ante la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Docente Universitario en Pregrado, especialización y Maestría de la Pontificia Universidad Javeriana, Universidad Santo Tomas de Bucaramanga y Universidad Libre de Cali. Coautor del Libro Actos Procesales del IEMP.
- 2 Sobre esta precisión se pueden leer entre otras las Sentencia C-107 de 2013, C-252 de 2003, C-315 de 2012 de la Corte Constitucional; igualmente las Sentencias de 11 de julio de 2013, radicación 11001032500020110011500 (03902011) Consejo de Estado Sección Segunda y 11 de diciembre de 2012 radicación 11001-03-25-000-2005-00012-00 Consejo de Estado Sala Plena.
- 3 Los numerales 2 y 3 del artículo 105 del Código de Procedimiento Administrativo dictaminan cuales decisiones de las autoridades administrativas no pueden ser impugnadas ante la Jurisdicción Contenciosa: Artículo 105. Excepciones. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no conocerá de los siguientes asuntos: (...)
 2. *Las decisiones proferidas por autoridades administrativas en ejercicio de funciones jurisdiccionales, sin perjuicio de las competencias en materia de recursos contra dichas decisiones atribuidas a esta jurisdicción. Las decisiones que una autoridad administrativa adopte en ejercicio de la función jurisdiccional estarán identificadas con la expresión que corresponde hacer a los jueces precediendo la parte resolutive de sus sentencias y deberán ser adoptadas en un proveído independiente que no podrá mezclarse con decisiones que correspondan al ejercicio de función administrativa, las cuales, si tienen relación con el mismo asunto, deberán constar en acto administrativo separado.*
 3. *Las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley.*
- 4 Sobre la procedencia de las mismas se puede ver el auto de 17 de marzo de 2015 dictado por la Sala Plena del Consejo de Estado en el radicado 2014-03799 demandante: Gustavo Petro Urrego Demandado: Procuraduría General de la Nación.
- 5 Sala Plena del Consejo de Estado Consejero Ponente Alfonso Varvas Rincon Demandante: Gustavo Francisco Petro Urrego. Demandado: Procuraduría General de la Nación.
- 6 Definida en la Sentencia del CONSEJO DE ESTADO SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Consejera ponente: SUSANA BUITRAGO VALENCIA veintinueve (29) de septiembre de dos mil nueve (2009). Radicación número: 11001-03-15-000-2003-00442-01(S)Actor: ALVARO HERNAN VELANDIA HURTADO Demandado: EJERCITO NACIONAL
- 7 Conceptualización que se puede leer entre otras en la Sentencia del CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCION A Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN , veintidós (22) de agosto de dos mil trece (2013) Radicación número: 11001-03-25-000-2012-00106-00(0446-12)

- Actor: MARIA DE LOS ANGELES BARRAZA GOMEZ Demandado: NACION - MINSITE-
RIO DE RELACIONES EXTERIORES
- 8 CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION
SEGUNDA SUBSECCION “B” Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO
ARDILA., doce (12) de abril de dos mil doce (2012). Radicación número: 11001-03-25-000-
2010-00120-00(0930-10) Actor: LUIS JAVIER GARZON SALINAS Demandado: PROCU-
RADURIA GENERAL DE LA NACION
 - 9 CONSEJERO PONENTE: DR. GERARDO ARENAS MONSALVE AUTORIDADES NA-
CIONALES IMPORTANCIA JURÍDICA ACTOR: FERNANDO LONDOÑO HOYOS.
 - 10 C-429/01MP. Jaime Araujo Rentería.
 - 11 reiterada entre otras en la Sentencia once de julio de dos mil trece Radicación número:
11001032500020110012100 (041311) Actor: Alfonso Romero Cárdenas Demandado: Na-
ción – Procuraduría General de la Nación, y Municipio de San José de Cúcuta.
 - 12 CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN
SEGUNDA SUBSECCIÓN B CONSEJERO PONENTE: DR. GUSTAVO E. GÓMEZ
ARANGUREN (E).- veinte (20) de marzo de dos mil catorce (2014).- EXPEDIENTE No.
110010325000201200902-00.- NÚMERO INTERNO 2746-2012.- AUTORIDADES NA-
CIONALES.- ACTOR: VÍCTOR VIRGILIO VALLE TAPIA.-
 - 13 CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN
SEGUNDA SUBSECCIÓN A Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARAN-
GUREN veintiséis (26) de marzo de dos mil catorce (2014). Radicación número: 11001 03 25
000 2013 00117 00 (0263-13) Actor: Fabio Alonso Salazar Jaramillo Demandado: Nación
– Procuraduría General de la Nación
 - 14 Determina expresamente el auto lo siguiente: “De igual manera deberá abordarse con miras
a sentar jurisprudencia el aspecto relacionado con la competencia del juez de legalidad de los
actos administrativos sancionatorios disciplinarios en el marco de la garantía constitucional al
debido proceso.”
 - 15 Cuando se impuso una suspensión e inhabilidad especial, no obstante la falta solo pudiere
acarrear la sanción de suspensión.
 - 16 A modo de ejemplo cuando por al momento de definir la sanción no se tuvieron en cuenta
criterios sobre el disciplinado, que le podrían significar una inhabilidad menor a la impuesta.

RÉGIMEN DISCIPLINARIO DE LOS PARTICULARES: UNA VISIÓN DE LOS ÚLTIMOS VEINTE AÑOS

JUAN CARLOS NOVOA BUENDÍA *

** Procurador Delegado Sala Disciplinaria
Procuraduría General de la Nación*

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN310
LEY 200 DE 1995310
LEY 734 DE 2002313
ANÁLISIS DE LA EXPRESIÓN “SALVO LAS EMPRESAS DE ECONOMÍA MIXTA QUE SE RIJAN POR EL RÉGIMEN PRIVADO”316
ANÁLISIS DE ESTA SALVEDAD318
ANÁLISIS CONFORME A LA SENTENCIA C-338 DE 4 DE MAYO DE 2011319
¿SE VIOLA EL PRINCIPIO DEL <i>NON BIS IN ÍDEM</i> ENTRE EL RÉGIMEN DE DISCIPLINA LABORAL Y EL RÉGIMEN DISCIPLINARIOS DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS?320
LEY 1474 DE 2011. ESTATUTO ANTICORRUPCIÓN.322
CÓDIGO GENERAL DISCIPLINARIO323
NOVEDADES DEL CÓDIGO GENERAL DISCIPLINARIO FRENTE A LOS PARTICULARES:324
CONCLUSIONES325

INTRODUCCIÓN

El Instituto de Estudios del Ministerio Público me ha invitado honrosamente a su V Congreso Internacional de Derecho Disciplinario, para tratar con ustedes el tema del “régimen disciplinario de los particulares”.

Por supuesto, el tema a tratar es de gran importancia para nuestra juridicidad, pues hoy en día la línea de lo público y lo privado se hace menos perceptible y marcada. Sin duda en la hora de ahora, los particulares cumplen un papel importante en el cumplimiento de los fines estatales y, por tanto, cada vez más ganan terreno en los asuntos públicos.

Conforme a lo anterior, se hace necesario estudiar el “régimen de los particulares” desde una vista histórica con ayuda de las normas legales y sus modificaciones a lo largo del tiempo, así como de los respectivos pronunciamientos jurisprudenciales que se han proferido en los últimos veinte años.

En ese sentido, conviene empezar por referenciar a la i) Ley 200 de 1995, luego la ii) Ley 734 de 2002; posteriormente iii) la Ley 1474 de 2011, más conocida como Estatuto Anticorrupción; iv) el nuevo Código General Disciplinario y finalmente v) unas conclusiones.

LEY 200 DE 1995

La Ley 200 de 1995 es una normativa importante, porque pergeñó los inicios de la autonomía e independencia del derecho disciplinario dentro del género del derecho sancionador, buscando la unidad en estas materias, de ahí su nombre de Código Único. Sin embargo, como toda obra humana, susceptible de mejorar, sus principios y reglas quedaron cortas para el correcto ejercicio del poder disciplinario.

En cuanto a nuestro tema, la Ley 200 de 1995 estableció en su artículo 20 quienes eran destinatarios de la ley disciplinaria. El artículo decía lo siguiente:

Destinatarios de la Ley Disciplinaria. Son destinatarios de la Ley Disciplinaria los miembros de las corporaciones públicas, empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Para los mismos efectos se aplicará a los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma **permanente** o transitorias, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República, los integrantes de la Comisión de Lucha Ciudadana Contra la Corrupción

“y las personas que administren los recursos de que trata el artículo 338 de la Constitución Nacional.” (Resaltado fuera del texto)

Como podemos observar, la norma establece dos grandes categorías de sujetos disciplinables: por un lado, los servidores públicos y por el otro, los particulares. Respecto de éstos, la norma los hizo pasibles del poder disciplinario en dos eventos, uno: cuando ejercieran funciones públicas de manera permanente o transitoria y dos: cuando administraran recursos del Estado.

Sobre los particulares que ejercen funciones públicas, se planteó la inconstitucionalidad de la norma en cuanto al carácter permanente del ejercicio de la función, para lo cual se argumentó que darle permanencia a la función en los particulares era convertirlos en servidores públicos. El anterior razonamiento del demandante se apoyó en que la Constitución Política (art. 123) sólo contempla la posibilidad de que los particulares ejerzan función pública únicamente de forma “temporal.”

La Corte Constitucional en sentencia C-286 de 1996 declaró exequible la norma, bajo el argumento de que la Constitución no sólo consagra que los particulares ejerzan temporalmente la función, sino que prevé casos en los que los particulares la ejercen de manera permanente, verbigracia el caso de los notarios y las autoridades indígenas.

Vale la pena destacar que la Corte comete una imprecisión a la hora de entender el concepto de *función pública*, pues cuando ejemplifica los casos en los que los particulares ejercen función pública de manera permanente, incluye a los que prestan los servicios públicos.

La Corte dijo:

No obstante, ante la existencia de varias disposiciones constitucionales que hacen posible el ejercicio permanente de función pública por particulares -tales son los casos de los notarios (artículo 131 C.P.), de las autoridades indígenas en ejercicio de funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial (artículo 246 C.P.) y de la prestación de servicios públicos (artículo 365 C.P.), entre otros-, no puede afirmarse que la temporalidad deducida del enunciado artículo 123 de la Constitución sea regla absoluta y rígida que impida en cualquier caso el ejercicio de funciones públicas permanentes por personas privadas.¹

Sabemos bien que el concepto de función pública es diferente del servicio público. Es bien sabido por la posterior jurisprudencia de la Corte Constitucional y la ley, que la función pública no es servicio público.

No obstante la impropiedad de la Corte en confundir uno y otro concepto en el año 1996, esta confusión se mantuvo en el año 2002 cuando al resolver otra demanda de inconstitucionalidad contra el mismo artículo 20 de la Ley 200 de 1995, pero esta vez respecto del último aparte “las personas que administren los recursos de que trata el artículo 338 de la Constitución Nacional” , **al decir que el sometimiento de los particulares tan sólo se limita a los asuntos relacionados con la prestación del servicio público.**

Textualmente, la Corte dijo²:

Con todo, la Corte también ha precisado que los alcances del sometimiento de los particulares a la Ley disciplinaria no es total y que tan solo se limita a los asuntos directamente relacionados con la **prestación del servicio público.**

En cuanto a los particulares que administran recursos del Estado, la Corte también equiparó dicha actividad con la función pública, cuando hoy también es claro que la administración de recursos públicos no es en sí misma una función pública.

Dijo la Corte³:

Ello, por cuanto que **la administración de recursos fiscales y parafiscales es, por definición, una función pública.** Las entidades prestadoras del servicio de salud, por ejemplo, administran los recursos parafiscales de dicho sector y, con ello, prestan un servicio público susceptible de control estatal, al punto que la Contraloría General de la República ejerce la inspección del manejo de dichos recursos.

Desde el punto de vista constitucional es factible que la ley someta a responsabilidad disciplinaria, por el manejo de recursos del Estado, a los particulares encargados de dicha función, **pues la administración de los recursos públicos es, por sí misma, función pública.** (Resaltado fuera del texto).

No es apropiado equiparar la función pública con el servicio público ni con la administración de recursos públicos. Sobre este asunto volveremos más adelante cuando tratemos de definir qué es función pública y distinguirla del servicio público.

Como conclusión de este primer punto, podemos decir que la Ley 200 de 1995 puso a los particulares bajo el paraguas del poder disciplinario. Cuando estos ejercieran función pública y cuando administraran recursos del Estado. No obstante, la jurisprudencia de la Corte no distinguió la función pública del servicio público ni de la administración de recursos públicos.

LEY 734 DE 2002

Luego de la Ley 200 de 1995, surge como normativa importantísima la Ley 734 de 2002. Mucho más completa y, por tanto, mucho más clara en sus disposiciones.

En cuanto al tema de los particulares, dicha ley estableció lo siguiente en su artículo 25:

Destinatarios de la ley disciplinaria. Son destinatarios de la ley disciplinaria los servidores públicos aunque se encuentren retirados del servicio y los **particulares** contemplados en el artículo 53 del Libro Tercero de este código. (Resaltado fuera del texto).

El artículo 53 dispuso lo siguiente:

Sujetos disciplinables. El presente régimen se aplica a los particulares que cumplan labores de interventoría en los contratos estatales; que ejerzan funciones públicas, en lo que tienen que ver con estas; presten servicios públicos a cargo del Estado, de los contemplados en el artículo 366 de la Constitución Política, administren recursos de este, **salvo las empresas de economía mixta que se rijan por el régimen privado.** (Resaltado fuera del texto)

En cuanto a esta nueva normativa, se mantiene a los particulares como sujetos disciplinables. Mantiene expresamente a los que ejerzan función pública y a aquellos que administren recursos públicos. Adicionalmente, referencia a los que cumplan funciones de interventoría en los contratos estatales y a los que presten servicios públicos.

Sobre los particulares que presten servicios públicos, la Corte se pronunció en el sentido de declarar ajustado a la Constitución dicha expresión, pero “bajo el entendido de que el particular que preste un servicio público, solo es disciplinable cuando ejerza una función pública que implique la manifestación de las potestades inherentes al Estado, y éstas sean asignadas explícitamente por el Legislador.”

Así lo dijo la Corte en la sentencia C-037 de 2003. Aquí es importante destacar que el alto Tribunal entendió que la función pública es diferente del servicio público. No obstante en su intento por definir la función pública no fue solvente, pues acudió a la forma negativa de definir, diciendo que la función pública no es servicio público y luego al emprender la tarea de definirla afirmativamente dijo que la función pública son “las potestades inherentes al Estado” y que “éstas sean explícitamente asignadas por el Legislador”.

A decir verdad, la Corte no ofreció mayores criterios para determinar cuando en Colombia se está frente al ejercicio de función pública.

Es oportuno detenernos en este asunto porque es vital para poder comprender el poder disciplinario sobre los particulares. Es necesario tener claro o, por lo menos un criterio, que nos permita como autoridades disciplinarias establecer cuando estamos frente a la función pública que nos permita diferenciarla del servicio público. Es necesario distinguir para acertar.

Al respecto debemos en este escenario académico proponer un criterio. Este es el *principio de subsidiariedad*. Para su buena comprensión es menester tener claro los siguientes presupuestos:

En primer lugar, debemos señalar que en la sociedad existen pequeñas sociedades o cuerpos intermedios que se ubican entre el individuo y el Estado. Es bien sabido por todos que el individuo no nace aislado y solo. La persona humana nace naturalmente en sociedad. Nace y se desarrolla principalmente en la familia. Y luego pasa a experimentar otro tipo de sociedades o cuerpos intermedios como la escuela, el colegio, la universidad, los gremios, las corporaciones, etc., para continuar con su desarrollo. Estos cuerpos intermedios son importantes porque le ayudan al hombre a su bienestar no solo material, sino intelectual y moral, y porque en últimas lo protegen de los abusos en los que pueda incurrir el Estado.

Lo anterior implica que las pequeñas sociedades o cuerpos intermedios tengan funciones propias que deben cumplir frente al ser humano, así como también el Estado tendrá funciones propias que cumplir frente al ciudadano.

Aquí es importante detenernos para poner acento en un aspecto que nos va a llevar a descubrir el concepto de función pública. Y es el siguiente: cuando el Estado cumple las funciones que le son propias para propiciar el bienestar material y ayudar en la perfección moral e intelectual del ciudadano, esas funciones naturales, inherentes y reservadas que competen sólo al Estado y no a la sociedad o como hemos dicho aquí, a los cuerpos intermedios, esas actividades son las llamadas *funciones públicas*.

Con otras palabras, cuando estamos en presencia de funciones que son del resorte exclusivo del Estado, estamos frente a una típica función pública. Esto no quiere decir que solamente el Estado la deba ejecutar, pues es posible que los particulares las puedan realizar, pero siempre, claro está, en nombre del Estado.

Lo anterior se entiende con un ejemplo: La justicia es una función pública porque corresponde al Estado ejercerla de manera principal. La justicia

no corresponde a los cuerpos intermedios o sociedades pequeñas, pues la justicia privada o por propia mano quedó atrás. Eso no quiere decir que los particulares no puedan ejercer la justicia, pues es evidente que así ocurre actualmente, pero cuando éstos la ejercen lo hacen no en nombre propio sino en nombre del Estado. Lo mismo podemos decir con el poder sancionador, la banca central, la función fedataria de los documentos, las relaciones internacionales, la defensa del Estado. Todas estas actividades son funciones propias, naturales, inherentes y reservadas que competen sólo al Estado y no a la sociedad o como hemos dicho aquí, repetidamente, a los cuerpos intermedios.

Por otro lado, las pequeñas sociedades o los cuerpos intermedios también tienen sus funciones propias, naturales inherentes y reservadas que competen sólo a ellos y no al Estado. Sin embargo, cuando los cuerpos intermedios o las pequeñas sociedades no pueden o no quieren asumir debidamente sus funciones, debe el Estado entrar a ayudarlos *subsidiariamente*. Y cuando el Estado entra subsidiariamente a ayudar u suplir las funciones propias de los cuerpos intermedios estamos en presencia del *servicio público*.

Lo anterior se comprende con un ejemplo: Corresponde a los padres de familia la función natural y propia de educar y sostener a sus hijos (art. 42 constitucional). Cuando los padres de familia no pueden o no quieren asumir la función propia de educar y sostener a sus hijos, entra subsidiariamente el Estado a ayudarlos o a asumir esa función. Cuando el Estado entra a servir a los padres de familia lo hace prestando un servicio público. De lo anterior podemos decir que en Colombia la educación y el sostenimiento de los niños es un servicio público porque los cuerpos intermedios, llámese familia, padres de familia, corporaciones, asociaciones, o agremiaciones, no pueden o no quieren prestarlo. En la salud ocurre algo similar. En Colombia es un servicio público (arts. 46 y 48 constitucionales) porque los cuerpos intermedios, llámese familia, corporaciones, asociaciones, o agremiaciones, no pueden o no quieren prestarlo. Corresponde a las familias encargarse de los padres o abuelos. La familia es en principio su seguridad social. Los hijos están en la obligación natural de asegurar y proteger la salud y vejez de sus padres.

Sin más esfuerzo dialéctico podemos concluir que según el *principio de subsidiariedad*, cuando el Estado actúa principalmente lo hace en virtud de una potestad inherente o prerrogativa exclusiva, es decir, lo hace en ejercicio de función pública. Pero cuando lo hace subsidiariamente, esto es,

cuando los cuerpos intermedios en la sociedad no son capaces de asumir sus funciones principales, allí el Estado actúa en la prestación de un servicio público.

Con el mismo propósito de ahondar sobre el concepto de función pública pero ahora en el ánimo de distinguirla de la administración de recursos públicos, vale la pena detenernos para cuestionarnos lo siguiente: ¿la administración de recursos del Estado es una función pública o es un servicio público? Según lo expuesto, debemos decir que la administración de los recursos del Estado no es una función propia y principal del Estado, pues existen en la sociedad cuerpos intermedios que se dedican principalmente a esta labor como lo serían los bancos, fiducias. La administración de recursos públicos comportan un interés general, pero ello no convierte dicha actividad en función pública.

Por eso el legislador, refiere expresamente a la administración de recursos públicos, con la intención de la función pública. Si entendiera que es una función pública bastaría mencionar la función pública para entenderla comprendida en este concepto. Con esto, estamos en desacuerdo con la sentencia C-181 de 2002 al decir que “la administración de los recursos públicos es, por sí misma, función pública.”

En definitiva la función pública también se desmarca de la administración de recursos públicos, que si bien es una actividad importantísima para el Estado y la sociedad por el interés general que ello comporta, esa sola circunstancia no la hace merecedora de identificarse con la función pública.

ANÁLISIS DE LA EXPRESIÓN “SALVO LAS EMPRESAS DE ECONOMÍA MIXTA QUE SE RIJAN POR EL RÉGIMEN PRIVADO”

Pasemos a otro aspecto de la Ley 734 de 2002. Allí en su artículo 53, que referimos expresamente arriba, estableció cuales son los criterios para que los particulares puedan ser sujetos disciplinables. Pero a su turno, esa misma norma estableció una excepción a la regla al decir “salvo las empresas de economía mixta que se rijan por el régimen privado”. Aquí es menester detenernos para hacer unas consideraciones y reflexiones que nos lleven a una buena comprensión de esta salvedad.

El artículo 123 de la Constitución Política establece quiénes son servidores públicos y allí establece como categoría a “los empleados y trabajadores de las entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.”

Para verificar cuáles son las entidades descentralizadas por servicios, es necesario revisar la Ley 489 de 1998, la cual establece lo siguiente:

Artículo 38. Integración de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional. La Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades:

Del Sector Central:

- a) La Presidencia de la República;
- b) La Vicepresidencia de la República;
- c) Los Consejos Superiores de la administración; 15 d) Los ministerios y departamentos administrativos;
- e) Las superintendencias y unidades administrativas especiales sin personería jurídica.

2. Del Sector descentralizado por servicios:

- a) Los establecimientos públicos;
- b) Las empresas industriales y comerciales del Estado;
- c) Las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica;
- d) Las empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios;
- e) Los institutos científicos y tecnológicos;
- f) Las sociedades públicas y las **sociedades de economía mixta**;
- g) Las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público.

Parágrafo 1°. Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta en las que el Estado posea el noventa por ciento (90%) o más de su capital social, se someten al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado.

Parágrafo 2°. Además de lo previsto en el literal c) del numeral 1° del presente artículo, como organismos consultivos o coordinadores, para toda la administración o parte de ella, funcionarán con carácter permanente o temporal y con representación de varias entidades estatales y, si fuere el caso, del sector privado, los que la ley determine. En el acto de constitución se indicará el Ministerio o Departamento Administrativo al cual quedaren adscritos tales organismos. (Resaltado fuera del texto)

Hasta aquí, entonces, puede afirmarse que los empleados y trabajadores de las Sociedades de Economía Mixta son servidores públicos.

Por tanto, aquí vale la pena cuestionarnos lo siguiente: si los trabajadores de las sociedades de economía mixta son servidores públicos, por qué la ley disciplinaria los ubicó en el artículo de particulares, para exceptuarlos?

Es una impropiedad de la norma. Estaba claro desde la Ley 200 de 1995 y así nos lo enseña la sentencia C-280 de 1996 que los trabajadores de las sociedades de economía mixta, muy a pesar de su vinculación laboral privada, son servidores públicos. Es más, la misma Corte en sentencia C-736 de 2007 estableció que “las sociedades de economía mixta son entidades descentralizadas pertenecientes a la Rama Ejecutiva se tiene que las personas que les prestan sus servicios son servidores públicos”.

Análisis de esta salvedad

Así las cosas, esta salvedad admitiría una primera interpretación: que las empresas de economía mixta que se rijan por el régimen privado bajo ningún motivo pueden considerarse como particulares que ejercen funciones públicas. De esa manera, pareciera que el artículo diera a entender que existen empresas de economía mixta que se rigen por un régimen «distinto» al privado, como, por ejemplo, el régimen público, y, en ese sentido, que las empresas de economía mixta que se rijan por el régimen público sí pueden ejercer cualquiera de las cuatro modalidades de función pública descritas en el artículo 53 de la Ley 734 de 2002.

Pese a ello, esta primera interpretación trae aparejada una contradicción: los trabajadores de las empresas o sociedades de economía mixta, sean de régimen público o privado, no tienen la condición de particulares, sino de servidores públicos, tal y como se puede evidenciar a partir de lo establecido en el artículo 123 de la Constitución y en el artículo 38 de la Ley 489 de 1998.

Sobre la condición de servidores públicos de los trabajadores de las sociedades de economía mixta no hay duda, muy a pesar de que éstos puedan vincularse mediante un régimen laboral privado.

Así, una primera crítica que se podría hacer es que la salvedad del artículo 53 de la Ley 734 de 2002 es absolutamente incorrecta, pues dicha excepción tuvo como punto de partida considerar a los trabajadores de las empresas o sociedades de economía mixta como particulares, cuando constitucionalmente eran considerados servidores públicos.

Análisis conforme a la sentencia C-338 de 4 de mayo de 2011

Una segunda interpretación del artículo 53 de la Ley 734 de 2002 puede hacerse a partir del análisis de constitucionalidad que se hizo en la sentencia C-338 del 4 de mayo de 2011. En efecto, en este pronunciamiento se llegó a las siguientes conclusiones:

- a) Los trabajadores de las empresas o sociedades de economía mixta (cualquiera que ella sea) son servidores públicos, pues así lo establece la Constitución.
- b) Pueden haber distintas clases de servidores públicos y el legislador es el encargado de establecer su régimen disciplinario, pues así se deriva de lo establecido en el artículo 124 de la Constitución.
- c) Conforme a la línea jurisprudencial de la Corte, esta corporación consideró que las sociedades de economía mixta de acuerdo con la ley han de organizarse, bajo la forma de sociedades comerciales; tienen como objeto social el desarrollo de actividades industriales y comerciales y, estándoles vedado el desarrollo de actividades monopolizadas a favor del Estado, tienen vocación para actuar solo en aquellos ámbitos librados a la plena competencia con agentes económicos íntegramente privados. Estas razones, según la Corte, explican la decisión del legislador de «definir que el régimen jurídico aplicable a tales organismos sea el de derecho privado», lo que, tratándose de sus servidores, se traduce en que «por razones funcionales y técnicas» resulta más adecuado «al desarrollo de tales actividades la vinculación de sus trabajadores mediante un régimen de derecho privado»⁴.
- d) En el caso estudiado, la Corte encontró constitucional la salvedad efectuada por el legislador en el artículo 53 original de la Ley 734 de 2002; en tal sentido, por muy servidores públicos que sean los trabajadores de las de las empresas o sociedades de economía mixta que se rijan por el derecho privado, ellos estaban exceptuados del régimen disciplinario.
- e) La condición de servidor público no apareja como inexorable consecuencia la aplicación del régimen disciplinario previsto en la Ley 734 de 2002.

Las anteriores cinco conclusiones de la Corte Constitucional tienen un mismo punto de partida: la Corte interpretó el artículo 53 de la Ley 734 de 2002 como una norma que se refería a quiénes debían estar sujetos al régimen disciplinario (sin distinguir entre servidores públicos o particulares que ejercen funciones públicas), llegando a la conclusión de que los trabajadores de las empresas o sociedades de economía mixta que se regían por el

derecho privado, por muy servidores públicos que fueran, debían estar por fuera del régimen disciplinario, es decir, exentos del régimen que se le aplica a cualquier servidor público.

¿SE VIOLA EL PRINCIPIO DEL *NON BIS IN ÍDEM* ENTRE EL RÉGIMEN DE DISCIPLINA LABORAL Y EL RÉGIMEN DISCIPLINARIOS DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS?

Surge como cuestión inevitable lo siguiente:

¿Pueden coexistir, por una parte, el régimen privado de las sociedades de economía mixta, que en el Código Sustantivo del Trabajo contempla algunas faltas y sanciones propias del régimen privado laboral, y, por la otra, el poder disciplinario a partir de lo establecido en la Constitución y el Código Disciplinario?

La respuesta es afirmativa por varias razones:

Independencia: Porque la acción disciplinaria es independiente de cualquiera otra que pueda surgir de la comisión de la falta (Artículo 2 de la Ley 734 de 2002 y del Código General Disciplinario). De manera que si los servidores públicos de ECOPETROL S. A. están vinculados por un contrato de trabajo al cual le son aplicables las normas del Código Sustantivo, ello no es excluyente con el régimen disciplinario al que deben estar sometidos por disposición de la misma ley.

Fines distintos: El Código Sustantivo del Trabajo y su régimen de disciplina y las normas del Código Disciplinario protegen intereses jurídicos diferentes. El Régimen de disciplina regula la relación patrono – trabajador, y busca proteger la preservación del orden interno; mientras que el Código Disciplinario pretende salvaguardar los principios de la función pública, a partir del cumplimiento del deber funcional.

Régimen de Responsabilidad: Estas codificaciones se pueden diferenciar por su régimen de responsabilidad. Así, mientras que el régimen del Código Sustantivo del trabajo y el respectivo reglamento interno o el mismo contrato de trabajo pueden disponer de faltas que se estructuran de manera objetiva, el estatuto disciplinario parte del principio de culpabilidad, es decir de un régimen de responsabilidad subjetiva, mediante el cual se establece que para que una falta sea sancionable debe ser cometida a título de dolo

o culpa. Aquí es importante tener en cuenta la sentencia C-593 de 2014, en donde se declaró exequible el artículo 115 del Código Sustantivo del Trabajo⁵, bajo el entendido de que el procedimiento para imponer las sanciones de disciplina debe respetar el debido proceso⁶, en el que dentro de sus pasos no está el de analizar la culpabilidad de la conducta. Son asuntos atinentes a un régimen de responsabilidad objetiva.

La reserva de ley en materia disciplinaria. En cuanto al régimen disciplinario es reserva del legislador establecer las faltas y sus correspondientes sanciones. En cambio, el régimen de disciplina que trae el Código Laboral otorga al empleador la creación de faltas a través del reglamento interno de trabajo⁷, en el mismo contrato o inclusive en las convenciones colectivas, las cuales deberán corresponder a las sanciones que trae el Código Sustantivo del trabajo.

La proporcionalidad de las faltas y las sanciones: Por razón del régimen de responsabilidad objetiva, las faltas del régimen de disciplina privado son menores en razón a la menor severidad de sus sanciones⁸ (suspensiones de días o multas por días). En el disciplinario el catálogo de faltas que pueden cometer los servidores públicos se corresponde con la severidad de sus sanciones.

Por las razones anteriores, se puede afirmar que los dos regímenes son compatibles, no se oponen, en síntesis no violan el principio de *non bis in ídem*. Pero adicionalmente, porque la misma Ley 734 de 2002 en su artículo 51 consagra la posibilidad de este tipo de regímenes de disciplina al decir que: “Preservación de orden interno. 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.”

Además, la jurisprudencia de la Corte Constitucional también lo contempla. En la sentencia C-341 de 1996 se estudió el caso del Banco de la República que también gozaba de un régimen de disciplina privado y que a la entrada de la Ley 200 de 1995 se planteó la cuestión de una posible violación al principio del *non bis in ídem*. Allí la Corte definió que no se oponen los dos regímenes.⁹

Regresando al tema de los particulares, continuemos con nuestro repaso histórico.

Ley 1474 de 2011. Estatuto Anticorrupción.

Tan sólo transcurrieron dos meses y ocho días de haberse proferido la sentencia C-338 de 2011 (del 4 de mayo al 12 de julio de 2011), cuando se promulgó la Ley 1474 de 12 de julio de 2011, la cual, en su artículo 44, modificó el artículo 53 de la Ley 734 de 2002. En efecto, este artículo suprimió la expresión relativa a la salvedad que se había hecho en relación con las empresas de economía mixta que se rijan por el régimen privado:

ARTÍCULO 44. SUJETOS DISCIPLINABLES. El artículo 53 de la Ley 734 de 2002, quedará así:

El presente régimen se aplica a los particulares que cumplan labores de interventoría o supervisión en los contratos estatales; también a quienes ejerzan funciones públicas, de manera permanente o transitoria, en lo que tienen que ver con estas, y a quienes administren recursos públicos u oficiales.

Se entiende que ejerce función pública aquel particular que, por disposición legal, acto administrativo, convenio o contrato, realice funciones administrativas o actividades propias de los órganos del Estado, que permiten el cumplimiento de los cometidos estatales, así como el que ejerce la facultad sancionadora del Estado; lo que se acreditará, entre otras manifestaciones, cada vez que ordene o señale conductas, expida actos unilaterales o ejerza poderes coercitivos.

Administran recursos públicos aquellos particulares que recaudan, custodian, liquidan o disponen el uso de rentas parafiscales, de rentas que hacen parte del presupuesto de las entidades públicas o que estas últimas han destinado para su utilización con fines específicos.

No serán disciplinables aquellos particulares que presten servicios públicos, salvo que en ejercicio de dichas actividades desempeñen funciones públicas, evento en el cual resultarán destinatarios de las normas disciplinarias.

De esa forma, cabe preguntarse lo siguiente: ¿si la expresión «salvo las empresas de economía mixta que se rijan por el régimen privado», contenida en el artículo 53 original de la Ley 734 de 2002, desapareció del ordenamiento jurídico, puede decirse que los fundamentos de la sentencia C-338 de 4 de mayo de 2011 y la contradicción de los artículos 25 y 53 de la Ley 734 de 2002 también desaparecieron?

Obsérvese bien que si la respuesta es afirmativa la conclusión inobjetable es que ya no habría ninguna razón para exceptuar del régimen disciplinario

a los servidores públicos de las Sociedades de Economía Mixta que se rijan por el derecho privado, las que, por las razones atrás anotadas, obviamente son la mayoría.

Ahora bien, tanto la redacción original del artículo 53 de la Ley 734 de 2002 como el artículo 44 de la Ley 1474 de 2011 que lo modificó permiten distinguir cuándo los particulares pueden ser disciplinables por ejercer funciones públicas:

- a) Los que cumplan labores de interventoría en los contratos estatales.
- b) Los que ejerzan funciones públicas, en lo que tienen que ver con estas.
- c) Los que presten servicios públicos a cargo del Estado, de los contemplados en el artículo 366 de la Constitución Política.
- d) Los que administren recursos del Estado.
- e) Exceptuó a los particulares que presten servicios públicos.

En definitiva, podemos decir que esta norma derogó la excepción de los trabajadores de las empresas de economía mixta que se rijan por el régimen privado. Definió la función pública y la distinguió del servicio público y la administración de recursos del Estado.

CÓDIGO GENERAL DISCIPLINARIO

En ese mismo sentido, pero con una mejor redacción, el artículo 70 del Código General Disciplinario dispone quiénes son los particulares que pueden ser sujetos disciplinables:

Artículo 70. Sujetos disciplinables. El presente régimen se aplica a los particulares que ejerzan funciones públicas de manera permanente o transitoria; que administren recursos públicos; que cumplan labores de interventoría o supervisión en los contratos estatales y a los auxiliares de la justicia.

Los auxiliares de la justicia serán disciplinables conforme a este Código, sin perjuicio del poder correctivo del juez ante cuyo despacho intervengan.

Se entiende que ejerce función pública aquel particular que, por disposición legal, acto administrativo, convenio o contrato, desarrolle o realice prerrogativas exclusivas de los órganos del Estado. No serán disciplinables aquellos particulares que presten servicios públicos, salvo que en ejercicio de dichas actividades desempeñen funciones públicas, evento en el cual resultarán destinatarios de las normas disciplinarias.

Administran recursos públicos aquellos particulares que recaudan, custodian, liquidan o disponen el uso de rentas parafiscales, de rentas que hacen parte del presupuesto de las entidades públicas o que estas últimas han destinado para su utilización con fines específicos.

Cuando se trate de personas jurídicas la responsabilidad disciplinaria será exigible tanto al representante legal como a los miembros de la Junta Directiva, según el caso.

Novedades del Código General Disciplinario frente a los particulares:

Tiene una nueva redacción. Se define que ejerce función pública “aquel particular que, por disposición legal, acto administrativo, convenio o contrato, desarrolle o realice prerrogativas exclusivas de los órganos del Estado,” recogiendo lo que la jurisprudencia ha dicho sobre el tema, especialmente, en la sentencia C-037 de 2003.

Por lo anterior, deja atrás, por innecesaria, la ejemplificación de la función pública. En efecto, ya no se cita el poder sancionatorio como ejemplo de función pública.

Incluye expresamente a los *auxiliares de la justicia* que estaban bajo la competencia de la jurisdicción disciplinaria. Sin desconocer el poder de corrección del juez del caso.

En cuanto al régimen de inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y conflictos de intereses, excluyó como fuente de dicho régimen los “decretos”, por lo dicho en la sentencia C- 1076 de 2002, que los declaró exequibles pero condicionados a que fueran decretos ley. (art. 71).

Un aspecto importantísimo: Los particulares ya no serán competencia exclusiva de la Procuraduría General de la Nación, sino que también lo serán las personerías. (art. 92).

Se incluyen los *principios de especialidad y subsidiariedad* como criterios orientadores a la hora de tipificación de la conducta de los particulares. (art. 72 [11]). Esta inclusión es coherente respecto del régimen de los servidores públicos a quienes también se les impone la aplicación de estos principios, bajo el entendido de que la autoridad disciplinaria deberá preferir en primer orden y por *especialidad* las faltas gravísimas del Código General para adecuar la conducta que se investiga. Si no existe en el Código General una falta que cobije la conducta, podrá la autoridad disciplinaria acudir *subsidiariamente* al Código Penal.

CONCLUSIONES

Del recuento legal y jurisprudencial que hemos hecho a lo largo de los últimos veinte años, podemos razonablemente hacer las siguientes conclusiones:

Los particulares son sujetos disciplinables por dos criterios materiales, a saber: por ejercer función pública y administrar recursos públicos.

La función pública es aquella prerrogativa exclusiva e inherente que le compete al Estado. Y es diferente del servicio público y la actividad de administrar recursos del Estado.

El criterio para distinguir la función pública del servicio público y la administración de recursos del Estado es el principio de subsidiariedad, según el cual, cuando el Estado actúa principalmente lo hace en virtud de una potestad inherente o prerrogativa exclusiva, es decir, lo hace en ejercicio de función pública. Pero cuando lo hace subsidiariamente, esto es, cuando los cuerpos intermedios en la sociedad no son capaces de asumir sus funciones principales, allí el Estado actúa en la prestación de un servicio público.

Los trabajadores de las sociedades de economía mixta son servidores públicos y no particulares. Hubo un tiempo que estuvieron expresamente excluidos del poder disciplinario, pero a partir de la Ley 1474 de 2011 fueron nuevamente incorporados como sujetos disciplinables.

Finalmente, se incluyen en el Código General Disciplinario los *principios de especialidad y subsidiariedad* como criterios orientadores a la hora de tipificación de la conducta de los particulares.

Referencias

- 1 C-286 de 1996.
- 2 C-181 de 2002.
- 3 *Ibíd.*
- 4 Cfr. Sentencia C-736 de 2007.
- 5 PROCEDIMIENTO PARA SANCIONES. Antes de aplicarse una sanción disciplinaria al <sic> {empleador}, debe dar oportunidad de ser oídos tanto al trabajador inculpado como a dos representantes del sindicato a que este pertenezca. No producirá efecto alguno la sanción disciplinaria que se imponga pretermitiendo este trámite.
- 6 Dice la sentencia C-593 de 2014: “Además, ha agregado que tales procedimientos deben asegurar al menos: La comunicación formal de la apertura del proceso disciplinario a la persona a quien se imputan las conductas posibles de sanción; la formulación de los cargos imputados,

que puede ser verbal o escrita, siempre y cuando en ella consten de manera clara y precisa las conductas, las faltas disciplinarias a que esas conductas dan lugar y la calificación provisional de las conductas como faltas disciplinarias; el traslado al imputado de todas y cada una de las pruebas que fundamentan los cargos formulados; la indicación de un término durante el cual el acusado pueda formular sus descargos, controvertir las pruebas en su contra y allegar las que considere necesarias para sustentar sus descargos; el pronunciamiento definitivo de las autoridades competentes mediante un acto motivado y congruente; la imposición de una sanción proporcional a los hechos que la motivaron; y la posibilidad de que el encartado pueda controvertir, mediante los recursos pertinentes, todas y cada una de las decisiones.”

- 7 Artículo 108 del Código Sustantivo del Trabajo. Contenido del Reglamento de Trabajo: [...] 16. Escala de faltas y procedimientos para su comprobación; escala de sanciones disciplinarias y forma de aplicación de ellas.
- 8 ARTICULO 112. SUSPENSION DEL TRABAJO. Cuando la sanción consista en suspensión del trabajo, ésta no puede exceder de ocho (8) días por la primera vez, ni de dos (2) meses en caso de reincidencia de cualquier grado.
ARTICULO 113. MULTAS.
1. Las multas que se prevean, sólo puede causarse por retrasos o faltas al trabajo sin excusa suficiente; no puede exceder de la quinta (5a) parte del salario de un (1) día, y su importe se consigna en cuenta especial para dedicarse exclusivamente a premios o regalos para los trabajadores del establecimiento.
2. El {empleador} puede descontar las multas del valor de los salarios.
3. La imposición de una multa no impide que el {empleador} prescinda del pago del salario correspondiente al tiempo dejado de trabajar.
- 9 Sentencia C-341 de 1996. “Tampoco, es contrario a la Constitución el que a los trabajadores del Estado vinculados por contrato de trabajo se les aplique el régimen disciplinario previsto en la ley 200 de 1995, por las razones, ya reseñadas, expuestas por la Corte en la sentencia C-280/96. Además, la autonomía que se predica del Banco, no comporta lo correspondiente al régimen disciplinario de sus servidores, pues lo relativo a la responsabilidad disciplinaria de los servidores públicos es materia que corresponde regular al legislador, con fundamento, principalmente, en los arts. arts. 6, 124, 150-23 y 209 de la Constitución. Naturalmente esto no se opone a que en sus estatutos se determinen, como ya se hizo (arts. 51 a 54), inhabilidades, incompatibilidades, prohibiciones y deberes especiales para los trabajadores del Banco, ni que en el reglamento de trabajo se puedan regular aspectos de orden disciplinario, como los ya mencionados, siempre y cuando las respectivas normas no se opongan a la ley.” (Resaltado fuera del texto)



Carrera 5 No. 15-80 piso 16
Bogotá, D.C., Colombia
PBX: (1) 587 8750 Ext: 11621 Tel: 336 7147 Ext. 115
<http://iemp.procuraduria.gov.co>